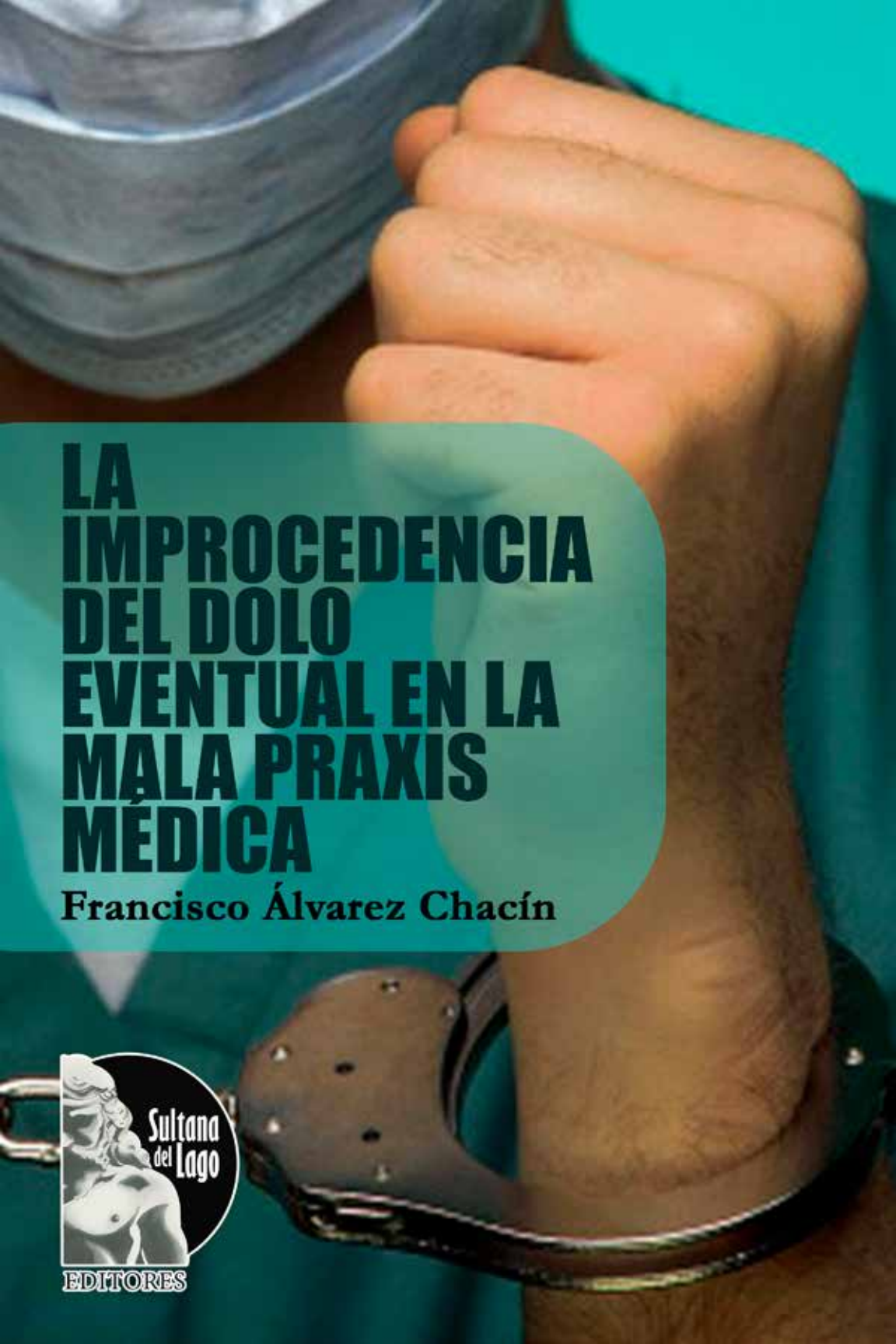


LA IMPROCEDENCIA DEL DOLO EVENTUAL EN LA MALA PRAXIS MÉDICA

Francisco Álvarez Chacín

Sultana del Lago
EDITORES



EDITORES

Improcedencia del dolo eventual en la mala praxis médica

Francisco Álvarez Chacín

Francisco Álvarez Chacín
Sultana del Lago Editores

Maracaibo, 2023.
SEGUNDA EDICIÓN

HECHO EL DEPÓSITO DE LEY

ISBN: 9798861466783
Depósito Legal: ZU2023000273

Diseño de la portada:
Luis Perozo Cervantes

Diagramación y maquetación:
Sultana del Lago Editores

www.sultanadellago.com
+584246723597

Salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44 de la Ley sobre el Derecho de Autor, queda prohibida la reproducción o comunicación, total o parcial de este libro, siendo que cualquier individuo u organización que incurriere en la conducta impropia señalada, podrá ser perseguido penalmente conforme a lo establecido por los artículos del 119 al 124 eiusdem, constitutivos éstos del Título VII de la aludida ley y sin perjuicio de las responsabilidades civiles a las que pudiera haber lugar.

En la inquietud y en el esfuerzo
de escribir, lo que sostiene es
la certeza de que en la página
queda algo de no dicho.
Cesare Pavese

Chachá:

Por las noches y solo en las noches para que esto sea entre tú y yo, he conversado conmigo mismo en primera y segunda persona para incluirte en esas pláticas.

Pero más que conversación es una recriminación…por qué te fuiste? Por qué te marchaste sin una despedida? Pero lo más duro que te enrostro, por qué partiste sin dejarme un libro?

Un libro que en cada mirada te viera.

Si el amory el culto por la lectura te la debo a ti, por qué no me dejaste un libro?

Un libro de tu autoría, de tus tantos y variados conocimientos de la vida y la política, pero en especial de la historia y las vivencias de nuestra Guayana!

Chachá no te he podido olvidar y no te quiero olvidar; en esas noches muchas veces te he llorado en silencio, para que esto sea siempre entre tú y yo…

…en esas noches la melancolía me abraza al degustar tu impronta.

Esta noche sin embargo estoy tranquilo, muy tranquilo, en este momento del día converso contigo, lo hago porque esta noche estoy escribiendo un libro.

A ti Chachá…dedico.

PRÓLOGO

Por **Abg. Roberto José Delgado Idrogo**.
Especialista en Ciencias Penales
y Criminológicas

El profesor Francisco Álvarez Chacín me concede el inmenso honor de prologar este magistral libro, titulado "*Improcedencia del Dolo Eventual en la Mala Praxis Médica*", desafiando la tradición literaria en la que el autor del prólogo es el maestro del autor del libro. En esta ocasión se invierte la faena, correspondiéndole a este servidor en mi condición de alumno y discípulo, prologar a uno de mis dilectos maestros no sólo en el ámbito académico en el que por efecto del destino me ha correspondido, en más de una oportunidad, suplirle en la noble tarea de la enseñanza universitaria, tanto en la Universidad Católica Andrés Bello Guayana como en la Universidad Gran Mariscal de Ayacucho, sino también en el campo de la administración de justicia en el que vestí, por unos años, la toga investido de la autoridad de juez tomando, si se me permite el atrevimiento, el testigo que dejó el Dr. Francisco Álvarez Chacín como Juez en el Circuito Judicial Penal del Estado Bolívar, donde se destacó y es ampliamente reconocido, por sus sentencias, pero aún más por su recto ejercicio.

Después del Manual sobre Derecho Humanos publicado por el citado autor, nos ofrece en esta ocasión

un análisis sobre uno de los aspectos de mayor discusión a lo largo de la historia de la dogmática penal como lo es el tema del Dolo Eventual, lo cual representa *per se*, un reto complejo e incluso arriesgado teniendo en consideración que transitar por su estudio, con sentido crítico y propositivo, equivale a una operación de neurocirugía, tanto por su dificultad como por una precisión.

Como puede inferirse del título, la postura asumida por el autor invita al debate. En efecto, el distinguido profesor se decanta por la improcedencia o inaplicabilidad del Dolo Eventual como una de las modalidades de Dolo y por ende, de los delitos dolosos o intencionales, en los casos de Mala Praxis Médica, los cuales son aquellos se refieren al daño, lesiones o afectación en salud, integridad física o mental de una persona, ocasionado como consecuencia de un acto médico. El dilema en estos casos radica en el aspecto subjetivo, es decir, en la vinculación mental del médico con el hecho lesivo producido, en el sentido de la difícil tarea de determinar si el daño ocasionado puede realmente ser atribuido al médico por haber obrado dolosamente, a título de dolo eventual o si, sólo es posible en razón de imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia, es decir, de forma culposa.

Este dilema es abordado por el autor partiendo de una revisión de los aspectos centrales de la Teoría General del Delito, repasando los elementos intrínsecos de las categorías dogmáticas. Este viaje al centro del universo jurídico penal facilita al autor su ubi-

cación dentro del sistema de acuerdo con la visión que él postula sobre la dogmática penal. Si bien este servidor se inclina por la ubicación sistemática del Dolo en la tipicidad y no en la culpabilidad como la postula el autor, comparte su posición sobre la capital influencia del elemento subjetivo en la estructura del delito; de allí que la toma de postura en torno a la procedencia o improcedencia del Dolo Eventual en los casos de Mala Praxis Médica sea de vital importancia, dado que la construcción del criterio parte de las bases del elemento subjetivo del delito, puesto que en la medida que se comprensa su sentido y alcance, en esa medida podrá arribarse a una conclusión sobre esta interrogante.

Luego de este viaje inicial dogmático, el lector tendrá la oportunidad de adentrarse en el complejo mundo de la ciencia médica. El autor entiende que sólo es posible fijar un criterio sobre este tema en la medida en que se precise el sentido y alcance de los conceptos básicos, como acto médico, salud, enfermedad, ejercicio de la medicina, entre otros, estableciendo en este sentido, un puente entre el Derecho y la Medicina que facilitará la comprensión del punto neurálgico del tema objeto de estudio en esta obra

Es posible que el lector no se decante por la postura asumida por el autor; sin embargo, seguramente encontrará una fuerte resistencia para alejarse de los postulados allí defendidos, especialmente, porque con la sapiencia debida, el dilecto profesor precisa que los casos de Mala Praxis Médica gravitan en el feudo de

la culpa, y los conceptos de imprudencia, negligencia o impericia operan como campos de atracción de los cuales será difícil zafarse.

Parafraseando la cita que abre la obra, la inquietud en el lector por no culminar este viaje obedece a que quizás haya algo aún no dicho, esa sensación por continuar la lectura, esa sensación que nos deja la letra bien escrita, esa sensación que el viaje apenas empieza. Estoy seguro que tanto para el autor como para usted, este viaje será buen comienzo.

JUSTIFICACIÓN

En nuestro país, como en nuestro entorno de países latinoamericanos, se ha venido aplicando por vía doctrinal y jurisprudencial el Dolo Eventual; señalamos ex profeso estas dos aristas, en razón de no encontrarse inscrito típicamente en nuestras leyes penales de la República, ni tampoco en la mayoría de Estados vecinos, esta forma de intención ,(caso excepcional los Códigos Penal de Colombia y Uruguay), más sin embargo, es prolífera la literatura y abundante y pacíficaslas sentencias en la utilización de esta forma elemental, de la culpabilidad en una y otra orientación. Ahora, si bien es cierto, que el Dolo Eventual, en lo que al foro venezolano se refiere, es aplicado por ejemplo mayoritariamente en delitos cuyo origen se encuentra en la materia de tránsito, no se puede descartar su aplicabilidad en otros aspectos de la vida o del acontecer mismo de la sociedad. En estos tiempos contemporáneos, hemos observado su enunciación por parte del Ministerio Publico, el monopolizador de la acción penal en nuestro país, esto especialmente, en la llamada "Mala Praxis Médica", lo cual en nuestra humilde opinión, constituye un desafuero desde el punto de vista de la dogmática jurídica y la esencia misma de dicha institución. Los conceptos del Dolo Eventual y el de la Mala Praxis Médica, a nuestro juicio y así nos encargaremos de indicarlo a lo largo de esta tesitura, son contradic-

torios en su esencia literal yen su razón de ser,pues tanto uno como el otro conservan una autonomía conceptual que le brinda su particularidad existencial en el mundo del derecho penal.

Mucho se ha escrito sobre el Dolo Eventual en el mundo entero y nuestro país no escapade tal actividad, es así que notables tratadistas de aquilatados méritos como por ejemplo, Chiossone,Arteaga Sánchez, GrisantiAveledo,Jiménez De Asúa, Mendoza, Roxin, Hassemer , Jakobs, Welsel , Muñoz Conde , Mir Puig , entre otros, han dedicado parte de su atención en plasmaropiniones sobre el Dolo Eventual en sus obras y cátedras, lo cual indudablemente, ha venido a construir un estamento doctrinal en relación a esta institución del derecho penal; es oportuno destacar, que tales manifestaciones han servido de apoyo a una extensa jurisprudencia en sus países de origen y también han sido soporte de decisiones en territorios distintos al de ellos. Es común que los tribunales en nuestro territorio nacional o en los extranjeros, indiquen en sus fallos, la versión de estos doctrinarios sobre este particular tema, a tal punto que los mismos no nos resultan extraños cuando son citados y comentados.

En cuanto a la "Mala Praxis Médica" el término ha venido tomando cuerpo no solo en el ámbito sanitario, sino que ha recalado también en el campo jurídico, una muestra de ello lo percibimos a través de caracteres impresos en textos penales y en las ya mencionadas sentencias de carácter jurídico. La llamada "Mala

Praxis Médica" se ha plasmado en forma conceptual en normativas profesionales para llegar de esta forma a lograr un interés general; al momento de escribir estas letras sabemos de la existencia de un proyecto de ley contra esta forma de actuación médica que tipifica la misma como delito y le asigna una pena o sanción para las distintas maneras censurables dispuesta en dicha norma. La Mala Praxis como habitualmente la denominamos por esa tan particularmanera de economizar palabras, se ha posesionado en elcampo de la medicina dejandoaparte inclusive, otras disciplinas hermanas como la enfermería, bioanálisis u odontología, ello sin mencionar otras actividades profesionales donde también la mala praxis puede ser objeto de punición, esto a tal punto, que personas ajenas al mundo médico o jurídico se manifiestan literalmente sobre este tema particular.

El Dolo Eventual y la Mala Praxis Médica creemos, son incompatibles en cuanto a su aplicabilidad jurisdiccional, es decir, de acuerdo a nuestro criterio y lo cual es el objeto y fin del presente trabajo, no son concomitantes en un proceso penal debido a las particularidades que conservan uno y otro concepto. Lo extenso del tema, la abundancia del mismo en lo que a literatura o doctrina se refiere y la pasión misma que despiertan ambas instituciones, nos dan la justificación suficiente para transitar metodológicamente por esta singladura que hemos tomado y así plantear en primer lugar, su problema en el mundo de la realidad procesal y posteriormente, llegar a una conclu-

sión que sirva por lo menos, como aporte a esta bella disciplina del derecho como lo es el derecho penal.

Es importante destacar y en ello profundizaremos más adelante, que la presente investigación estuvo basada en el análisis de la teoría del Dolo Eventual-perfectamente definida y reconocida por la dogmática penal, esto con el fin de establecero demostrar su inaplicabilidad en la Mala Praxis Médica conforme con el derecho penal venezolano, todo lo cual sumado al análisis jurisprudencial señalado y su interrelación con los principios generales del derecho marcaran,los conceptos fundamentales necesarios para establecer los criteriossólidos que son necesarios, pero de igual manera establecer una posición en esta tesitura de tanta importancia para nuestra disciplina, que en sí y desde luego, es objeto y fin mismo de este trabajo.También es fundamental añadir que el estudio no se queda en el único análisis del Dolo Eventual, no, por el hecho de vocear como propuesta este tipo de dolo y la Mala Praxis Médica, se ha hecho menester profundizar en todos los componentes que gravitan alrededor del acto médico censurado y así, desgranarlo de tal guisa que pueda convertirse en la base de sustentación de nuestra propuesta.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo,hemos tomado tal como antes loanunciamos, el tema del Dolo Eventual;sin embargo, y a pesar de que este tipo de dolo de por sí representa una materia extensa y de gran interés en la Teoría del Delito, lo hemos enmaridado con un aspecto que nominalmente despierta gran interés, nos referimos a la Mala Praxis Médica. Tal como panorámicamente lo reseñáramos en la justificación esquemática de esta tesis, son dos aspectos que a nuestro juicio consideramos improcedente en cuanto a su aplicaciónjurídica, esto dadola incongruencia que resulta de la estructura filosófica del Dolo Eventual y los elementos constitutivos de la Mala Praxis Médica.

Es necesario significar, en cuanto al dolo se refiere, que la dogmática penalista ha desarrollado una amplia gama de categorías o tipos del dolo, en esta clasificación que resulta de estas jerarquías precisamente nos encontramos con el Dolo Eventual, el cual dada su complejidadha consumido amplias extensiones de páginas tratando muchas veces, no solo de aclarar o definir el mismo sino también de unificar criterios a su alrededoro llegar a negarlo; de aquí la necesidad de abordar, tal como lo hemos practicado en este trabajo y en una primera etapa, un desarrollo teórico sobre el dolo para luego ir penetrando en las diferentes posturas doctrinales y luego compaginarla, en segundo lugar, con el otro aspecto que hemos tomado como postura.

Hemos consideradonecesario demostrar en el cuerpo de esta posición doctrinal, tal como asílo hicimos, una clara separación en cuanto a la aplicabilidad del Dolo Eventual y la Mala Praxis Médica, estodebido, no solo aspecto legal de dicha postura, sino también lo relativoa la penalización que implica una u otra responsabilidad penal. En los delito dolosos la penalización siempre será más severa que en los delitos culposos, Exempladocent, en el homicidio intencional, de acuerdo con nuestro Código Penal la pena oscila entre doce y dieciocho años de presidio, mientras que en el homicidio culposo la penalidad se encuentra entre los seis meses y cinco años de prisión, esto evidentemente y sin menospreciar el aspecto jurídico para colocarnos en el plano práctico u objetivo de la pena, resulta bastante significativo.

Consideramos que para llegar al desiderátum de la propuesta es forzoso investigar y profundizar en el ubérrimo mundo literario del dolo yubicarnos en él para estudiar y analizar esta categoríatanespecial como lo es el Dolo Eventual y, luegosepararlo, como en efecto así lo haremos, de la otra forma de culpabilidadtan parecida como lo es la culpa consciente.

Partiendo de lo que hemos justificado y aclarado en este acápite, proclamamos que este trabajo especial de ascenso, cumplió con las estrategias trazadas desde la óptica metodológica, esto atendiendo un modelo fijado por nuestra Casa de Estudios; así en esta línea estructuramos tres capítulos y de esta trilogía, en el primero instituimos lo relativo al problema for-

mulado como tesis, en el segundo se estructuraron diez acápites que en su conjunto conforman el llamado marco teórico del trabajo, allí en el primero, explanamos los antecedentes de tipo doctrinal que sirven de piedra angular a la teoría del delito; en relación a este último particular no solo nos ocupamos de definir o analizar este aspecto tan interesante del derecho penal, sino que en el segundo capítulo también desglosamos sus elementos según la literatura jurídica existente y nuestro criterio sobre los mismos. En el tercer capítulo abordamos lo concerniente a la culpabilidad y sus distintas manifestaciones. Sobre la culpa consideramos juicioso, plantear y desarrollarla en una capitulo independiente para de esta manera preparar didácticamente al lector en las particularidades siguientes. En los capítulos cuarto y quinto desarrollamos lo relativo a la inculpabilidad y la culpa como elemento en sí de culpabilidad. En el sexto lo relativo a la culpa, modalidades, teorías y su clasificación El séptimo aparte fue tomado para analizar la culpa,de acuerdo conel Código Penal Venezolano. El octavo particular trata lo concerniente al dolo y sus elementos estructurales,en una forma extensa claro esta, pero haciendo hincapié en las diversas particularidades que las integran. Con el noveno punto de este capítulo, estudiamos y analizamos el Dolo Eventual y el amplio espectro que presenta. Al arribar al décimo y al onceavo separado,nos referimos a la otra parte que le da sentido a nuestro planteamiento,estamos aludiendo a la denominadaMala Praxis Médica,

allí nos hemos ocupado de fijar en primer lugar, de ciertos aspectos propios del ejercicio de la medicina o que simplemente gravitan alrededor de ella; en segundo lugar nos ocupamos de desglosar los elementos que le dan figura a la misma, y de esto, luego predicar en un tercer Capítulo que comprende el resultado, recomendaciones y conclusiones sobre la improcedencia de la aplicación del Dolo Eventual en este tipo de conducta. Es importante acotar que en la actividad médica, nos referimos obviamente al Dolo Eventual y la llamada Mala Praxis Médica.

CAPITULO I: EL PROBLEMA

1.1.-Contexto del problema

Para la doctrina penal, el Dolo Eventual ha sido considerado como uno de los mayores problemas que se plantea la ciencia jurídico penal, esto en cuanto a su estudio y su consiguiente análisis teórico que nos presenta el mundo del saber. Pero bien, ante esta problemática doctrinal ella misma (la doctrina) le ha proporcionado a la Teoría del Delito, el material suficiente para fundamentar y justificar la existencia del Dolo Eventual, nos referimos a: la tesis de la representación y la tesis de la voluntad.

Ahora bien, si de interés y grandes consideraciones resulta la existencia del Dolo Eventual, a este esfuerzo dogmático le sumamos para su solución, un nuevo elemento necesario para edificar con el mismo un problema específico, nos estamos refiriendo a una práctica profesional que por lo general se ubica en el área o campo de las conductas no intencionales, aludimos claramente a la denominada Mala Praxis Médica.

La contextualización del Dolo Eventual y la Mala Praxis Médica dentro del marco de esta tesis, no tiene el interés de fomentar la discusión vana o estéril por el simple hecho de discordias, no, para nada, el problema que presentaremos en el próximo punto estructural del trabajo obedece a nuestro compromiso con nuestra disciplina, con ese fervor que nos motiva, que nos obliga y envuelve en su amplio mundo cognoscitivo, es un compromiso también con el

llano camino de la justicia y las exigencias que ese sendero presenta a sus caminantes. El contexto del problema nos puede dar muchas razones para plantearnos dificultades de orden filosófico, son muchas las aristas que brotan con el problema, nos referimos evidentemente al que diera lugar a la proposición tomada como empresa a desarrollar en la presente labor; por lo tanto se puede presuponer queardua ha sido la tarea ymuchos los senderos transitados, pero el resultado compensa con creces las dificultades que se presentaron.

"Iussumm cubique tribu ere", otorgar a cada uno su propio derecho tal como lo planteó Ulpiano en el Digesto en su título I, es el principio general del derecho que nos sirve en forma axiomática para sustentar o para darle razón de ser a la proposición que hemos formulado como fundamento de la tesis jurídica que presentamos. Es ajurídico, es contrario al espíritu o esencia misma de nuestra disciplina, aplicar, imputar, acusar o simplemente enrostrarle a un profesional de la medicina, una conducta que no encuadra dentro de las exigencias de la teoría del delito; de aquí que lo prudente y necesario para la solución del problema que ha de plantearse no es otra cosa que, otorgar a cada uno su propio derecho, y resulta viable entonces, negar la improcedencia del Dolo Eventual en casos de Mala Praxis Médica, tal como lo estantalaremos en el planteamiento del problema.

1.2.-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Hemos afirmado que el Dolo Eventual implica una conducta intencional y que si bien es cierto mayoritariamente se le identifica por el riesgo que se asume, no es menos cierto que también afirmamos, que en el Dolo Eventual se traspasan los linderos naturales de la culpa como consecuencia de un riesgo asumido por el agente, es decir, en la conducta hay más que impericia, más que imprudencia, más que negligencia o simplemente o la inobservancia de las ordenes o reglamentos como consecuencia de un riesgo asumido, y esto lógicamente, será profundizado con mayor atención en posteriores apartes. Ahora bien, con notable atención se ha presentado en el foro, una situación que a nuestro juicio constituye un problema para la recta aplicación del derecho en nuestro País, nos estamos refiriendo a las imputaciones de Mala Praxis Médica a título de Dolo Eventual. El quid del asunto estriba en que ambos títulos son incompatibles, siendo imposible entonces su maridaje o combinación, esto es, en la actuación médica podemos estar en presencia de una culpa consciente, mediata o inmediata, se puede estar en presencia de un dolo directo e indirecto, pero no en presencia de un Dolo Eventual.

Tal como ya desarrollaremos en el cuerpo de esta tesis, resulta totalmente improcedente la imputación de un profesional de la medicina a título de Dolo Eventual, cuando su conducta se encuentre dentro de los supuestos de la denominada Mala Praxis. Al indicar que se puede estar en presencia de un tipo de dolo

distinto al Dolo Eventual, estamos ratificando que un profesional de la medicina puede incurrir en una conducta dolosa o intencional, esto es, lo que se ha denominado Mala Praxis positiva o simplemente accionar ilícitamente como cualquier persona, es decir, como miembro de la sociedad o miembro de la especie humana, el médico no está ajeno a la comisión de un acto delictivo y ello entra dentro del campo de la factibilidad materializar una conducta tipificada como ilícita, verbi gracia, robo, hurto, estafa u otro u otros tipos de delito o porque no? Un delito de naturaleza culposa o no intencional como por ejemplo homicidio o lesiones derivadas de un accidente de tránsito; con esto significamos que es posible que el médico como ser consciente es capaz de cometer delitos distintos a su actividad sanitaria, pero también como antes lo hemos afirmado, el medico puede estar incursión en una Mala Praxis positiva cuando en ejercicio de su actividad médica realiza un hecho delictivo que involucra indefectiblemente actos propios de su ministerio y en caso contrario, es decir en la Mala Praxis negativa incurrir en conductas no intencionales. El problema que presentamos es que dadas las características propias del Dolo Eventual, se hace imposible adecuar la llamada Mala Praxis negativa en este tipo de intencionalidad. Esta imposibilidad, esta improcedencia es la génesis del problema que hemos tomado como título de nuestra tesitura.

1.3.-OBJETIVOS

• **1.3.1.-Objetivo General:** El propósito escogido como objetivo general de este trabajo, consiste en explanar teóricamente, una propuesta ecuménica sobre la imposibilidad de imputar los casos de Mala Praxis Médica a título de Dolo Eventual; desde luego, al formular tal tesitura realizaremos un pormenorizado estudio y análisis doctrinal sobre el dolo y específicamente sobre el Dolo Eventual, para así de esta guisa, crear una postura independientey autónoma en el amplio mundo del derecho penal.

Esta postura buscará un lugar particular y una explicación tecno-jurídica dentro de la doctrina, que además de ser admisible pueda servir de utilidad para los juristas que tienen su radio de acción en el ámbito penal.

• **1.3.2.-Objetivos Específicos:** Para cumplir con los Objetivos Específicos, la labor industrializada de nuestra parte se propone los aspectos que a continuación plasmaremos.

1.-Se tomará como primera intención una revisión exhaustiva de la doctrina penal y las diversas posturas que tienen existencia particular sobre el dolo y el dolo eventual.

2.-Valoraremos y haremos planteamientos analíticos y críticos de las diversas opiniones que han sido formulados doctrinalmente sobre el dolo eventual.

3. Ofertaremos una tesis con características particulares pero extensas y diáfanas que puedan crear una amplia conceptualización sobre el dolo eventual; esto nos permitirá como premisa sostener su imposibi-

lidad de aplicación en los casos de la llamada Mala Praxis Médica.

1.4.-METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1.- Tipo de Estudio.- El método de estudio utilizado para este trabajo es el método lógico-deductivo.El estudio a realizarse se hará con base a esta metodología pero desde luego, sin soslayarsedel debido y prudente análisis practicado no solo sobre la doctrina penal sinotambién, al efectuadoa la ciencia médica para con ello construir, con esta dos disciplinas, una propuesta que abarque todo lo relativo al Dolo Eventual y la Mala Praxis Médica; ello tiene el objetivo primario de revisar, confrontar y comparar los elementos tomados en consideración para esta actividad metodológica y así luego postular, una concepción eminentemente científica que le de soporte a la proclamación de lo improcedente que resulta,de aplicar el Dolo Eventual con respeto a la Mala Praxis Médica, tal como así lo indicáramos en el planteamiento del problema.

1.4.2.- Procedimiento.-

El procedimiento utilizado resultó eminentemente teórico, nos apoyamos en una bibliografía extrapolada tanto de la ciencia jurídico penal como de la ciencia médica y en esta orientaciónnos permitimos no solo alimentar nuestros conocimientos en lo referente al dolo y especialmente al Dolo Eventual, sino que

nos dio la consistencia precisa para formular la propuesta génesis de la presente labor. Es imprescindible acotar, que en el desarrollo de la hipótesis proclamamos o enunciamos aspectos doctrinales que nos proporcionó nuestra ciencia jurídico-penal y la ciencia médica, hilvanamos argumentos demostrativos constitutivos de nuestra tesitura, con las objeciones que dieron lugar, sus respectivos estudios analíticos con sus deducciones y conclusiones para alcanzar de esta manera los objetivos trazados y antes apuntados. Conforme con lo retro indicado, podemos resumir este aspecto indicando que la metodología impresa transitó los siguientes derroteros:

• El acopio de la bibliografía existente en nuestra biblioteca particular y la de colegas de nuestro afecto.
• La utilización de la informática a travésde buscadores de páginas especializadas.
• La selección y división del material escogido para el estudio analítico que hemos hecho referencia.
• Transitar el camino señalado en la estructura presentada para así llegar a la proposición del tema quehemos anunciado.

1.4.3.- **Limitaciones.-**

A pesar de haber contado con el apoyo documental de tantas personas amigas, es imposible no señalarla extrema carencia de material jurídico que acusan las bibliotecas de nuestras Universidades acantonadas en esta zona de nuestro País, más sin embargo, la utilización del internet logró paliar en cierta forma esta

falencia, razón está por la que considero de poca intensidad esta limitación.

CAPITULO II:
MARCO TEORICO

2.1.-El Delito. La Teoría del Delito

Empíricamente se puede conceptualizar el delito como aquél acto tipificado en la ley como tal y no protegido por alguna causa de justificación, que lesione los interese jurídicamente protegidos por el derecho, esto realizado de acuerdo con los presupuestos de culpabilidad. En resumen de lo anterior, el delito es un acto que, ya bien sea de manera intencional o no intencional siempre o cuando se falte al deber de atención que tiene el ciudadano para con los deberes que le impone la sociedad, resulte contrario a lo prescrito por la ley. El empirismo referenciado tiene que ver con la dificultad que se presenta para definir el delito, ello por el móvil de que su noción se encuentra en estrecha vinculación con la vida social y jurídica del hombre a través de la historia, lo que ayer era delito, hoy es posible que no lo sea o viceversa.

No obstante a lo antes indicado se hace necesario acopiar lo siguiente tal como lo reseña Reynoso, R. (2006):

> La palabra delito viene del latín *delicto*, que significa crimen o quebrantamiento de la ley, para otros la palabra delito es un derivado del verbo latino *delinquere*, que se debe traducir como abandonar, apartarse del buen camino o alejarse del sendero previsto en la ley. (pág.

21).

Si bien tenemos que no ha sido posible una definición universal del delito por el hecho no solo histórico que mencionábamos anteriormente, es indispensable señalar, que tampoco en la actualidad los códigos penales del mundo llegan a definirlo, es decir, que desde el punto de vista legal no se ha conceptualizado el mismo. Fijada esta aclaratoria encontramos prudente y necesario traer a colación el concepto formal del delito, ello en aras de no disgregar el esfuerzo en tantas proclamaciones de gran interés, pero que se reúnen desde el punto de vista metodológicodel derecho en ellas,es así que, desde el sendero formal el delito, es *aquella acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena.* De acuerdo con lo retro fijado, el delito se encuentra íntimamente ligado a una concepción legal cuya premisa es que será delito todo aquello legalmente prohibido en la Ley. De acuerdo con Mezger (1993) "el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable", una definición envolvente que nos permitirá desarrollar ciertos matices de este trabajo.Ahora, la industrialización del delito no obedece a situaciones aleatorias o veleidades personales, el delito es factible gracias a un rosario de elementos que van a determinar o negar su existencia y para ello surge desde la planicie doctrinal, esto es desde la teoría del delito.

2.1.1.-Teoría del Delito.

Se puede definir la teoría del delito como aquella parte de la ciencia jurídico-penal, que tiene como objeto de estudio los diversos elementos integrantes del de-

lito mismo, en ella se incluyen los aspectos positivos o negativos y las formas o maneras como estos se presentan, para así determinar si estamos en presencia de un hecho punible. Es importante significar, que en el estudio de esta semblanzateórica de la parte General del Derecho Penal, no se involucran ciertos aspectos particulares de los delitos, verbigracia el homicidio, lesión, robo, hurto, etc, que son objeto de estudio de la Parte Especial del Derecho Penal, pues el examen está dirigido a determinadas condiciones que son comunes a todos los delitos y las características que llegan a diferenciar un tipo penal de otro.En esta línea de ideas sobre la Teoría del Delito, los juristas MUÑOZ, F. y GARCÍA, M. (2004) exponenlo siguiente: "La Teoría del Delito es un sistema categorial y secuencial, en el que, peldaño a peldaño, se va valorando a partir del concepto básico de la acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de participación".

Por su parte ZAFFARONI (1991), define la teoría in comento de la siguiente modalidad: "La teoría del delito atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consiste en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto".

Ciertamente la teoría del delito al resultar un sistema de categorización, va estableciendo un conjunto de presupuestos penales que de manera grupal tienen que concurrir para materializar la existencia del delito. Desde luego, esa sistematización se inicia precisamente como

apunta el jurista citado con el "concepto básico de la acción", ya que a partir de este elemento se comienza a estructurar la teoría del delito. Los "peldaños a peldaños" voceados por MUÑOZ CONDE-GARCIA ARAN y la averiguación invocada por ZAFFARONI, requieren en principio de un primer tramo, esto es, comprobar si existe una conducta humana, en caso de no existir, simplemente los pasos se detienen y no es dable su valoración desde la parte jurídico-penal pues estaríamos ante una aporía doctrinalmente hablando. Si la conducta es individualizada, si la conducta es humana, corresponde en el siguiente escalón establecer si la misma es típica y si es típica cotejar si la misma es antijurídica. Ahora, si obtenemos una conducta típica y antijurídica, se hace menester equipararla paraver si la misma es reprochable, si la misma es culpable. En atención a esto último en nuestro País por ejemplo, el artículo 61 del Código Penal (2005) constituye la base de partida para establecer la responsabilidad penal: "Nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión."Y si a esta prescripción legal se le adiciona lo inserto en el artículo 1 ejusdem: "Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente." Tendríamos entonces que en Venezuela a partir del principio del "*Nullum crimen, Nullumpoena sine lege",*se postula formalmente la teoría del delito.

Atendiendo a su desarrollo histórico, se pueden establecer dos corrientes para explicar la teoría del delito, nos referimos a la teoría *causalista del delito* y la teoría *finalista del delito.* De acuerdo con la primera en lo causal, la acción es todo movimiento voluntario que va a producir un resultado tomado en consideración por el tipo penal, esto indubitablemente no involucra la conducta. Por su parte, la segunda, es decir la teoría finalista, reputa la conducta como una forma de hacer voluntario un final, aquí es tomado en cuenta ciertos aspectos inherentes a la manifestación exterior de tal finalidad. De más reciente data emerge la teoría *funcionalista* que busca elaborar un centro de convergencia entre finalistas y causalistas; las dos posiciones más destacadas del*funcionalista* lo asumen GuntherJakobs y Claus Roxin, y de sus expresiones podemos compactar como funcionalismo, a un conjunto de supuestos en los cuales la conducta, la causalidad o bien jurídico quedan enmarcados en las necesidades de la regulación jurídica.

2.1.2.-LOS SUJETOS.

Hemos sostenido que la comisión del delito solo es posible a través de un comportamiento humano, por lo tanto los sujetos son los individuos de la especie humana que por tener la cualidad de ser imputables, materializan el hecho tipificado como delito. La doctrina los denomina *Activos*, que son aquellos que participan en la realización del delito, son también llamados agentes, autores, criminales, delincuentes,

malhechores, etc., es decir, la condición es que sea un miembro de la especie humana que cumpla con ciertas exigencias de ley, (más adelante explicadas), sin tener importancia el sexo, la condición social, raza, la edad (mención especial tienen los niños, niñas y adolescentes), pensamiento político o religioso. Es importante destacar, que la doctrina penal moderna incluye las personas jurídicas, dada la propuesta del trabajo nos soslayamos su estudio y comentario de forma aposta.La doctrina penal ha realizado una clasificación que someramente podemos indicarla así:

• *Autor Intelectual*: Es aquél individuo que planifica el delito pero que no participa físicamente en él. En nuestro País, es el denominado *Instigador*.

• *Autor Material:* Es el sujeto que en forma directa o principal ejecuta el delito.

• *Coautor:* Su participación también es directa y principal; la misma se realiza con otros sujetos en el delito.

• *Cómplice:* La participación es accesoria o secundaria, es una actuación que siempre va a depender de la acción del *Autor o Coautores*.

• *El Cooperador Inmediato:* Su participación es de gran importancia en la consumación del delito, si bien es cierto que no participa en forma principal, su actividad es de tanta importancia que el ilícito no se hubiera realizado sin su intervención.

• *Complicidad Necesaria:* Ella tiende a confundirse con la figura del *Cooperador Inmediato*, y si bien aquella actuación es de gran importancia en el momento de perpetrar el delito, sin esta el mismo no se hubiera realizado.

• *Complicidad Correspectiva:* Este tipo de participación o de concurso, se da en aquellos hechos en los cuales intervienen varias personas y no se puede determinar quien fue el causante del delito. En este caso el derecho toma en cuenta la participación de los individuos en el hecho para su posterior sanción.
• *El Encubridor:* Es indispensable aclarar que el encubrimiento es un delito en especie, esto es, una figura jurídica distinta a la participación; el mismo ocurre posterior al delito mismo sin un concierto anterior y sin llevarlo a ulteriores efectos.
Los sujetos *Pasivos*.- En principio cualquier persona puede ser calificada como sujeto *pasivo*, pues el mismo es el individuo de la especie humana que recibe el agravio o lesión por parte del sujeto *activo,* pero también de acuerdo con el derecho penal moderno, se incluyen a las personas jurídicas; en doctrina también es llamado el sujeto *pasivo* el agraviado, ofendido o víctima y por extensión se involucran en este adjetivo a los familiares, hablándose de este modo de víctimas directas y victimas indirectas. Es destacable también, que existen ciertos sujetos *pasivos* que dada las exigencias del delito, requieren de ciertas características particulares para poder calificar como tal, nos referimos a manera de ejemplo, al delito de *magnicidio* cuyo requisito es que la víctima sea Presidente de la República, así como otros sujetos definidos como tal de acuerdo con la exigencia del tipo penal.

2.1.3.-El Objeto del Delito.

La definición de este título ha sido estructuralmente precisada en función de la ciencia jurídico-penal, para ello surgió la necesidad de tomar como inicio diferentes nociones, criterios y posturas de nuestra disciplina para alcanzar este dictamen.Con la finalidad de no apartarnos de ella, es inevitable comenzaranalizando el sentido de la palabra objeto,para luego extendernos en las consideraciones que se hagan menester. En efecto, en una acepción amplia se señala como objeto de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, (2000): "…*Todo lo que puede ser materia de conocimiento o sensibilidad de parte del Sujeto, incluso este mismo…Materia o asunto de que se ocupa una ciencia…"*

Partiendo del señalamiento gramatical y trasladándonos al ámbito jurídico-penal mediante un proceso de adecuación, la materia de conocimiento es el delito en sí, el objeto estaría entonces dado por el Estado en forma de disposiciones penales; esto tendría que ver en forma general con los propósitos mismos del Estado (el bien común) y de manera particular con los bienes jurídicamente protegidos por él.Esta afirmación anterior puede sin embargo, confundir el objeto del delito con el bien jurídico, por eso distinguimos a uno como el objeto material del delito y al otro como el objeto jurídico.

El Objeto Material del Delito: Vendría hacer la persona o también la cosa que se ve afectada o vinculada por la acción delictiva, ya bien sea esta en forma de daño o de peligro. La persona puede ser individual o

colectiva y entre las cosas se pueden incluir los animales y objetos o cosas inanimadas. En síntesis el objeto material del delitose encuentra referido al objeto externo sobre el cual se materializa la acción prohibida. El objeto material puede ser: El homicidio, Robo, Lesiones, Violación, Difamación e Injurias, etc. Es forzoso mencionar, que sobre el objeto del delito se inscriben múltiples posicines sobre su naturaleza, en ocasiones es estimada como el *objeto de la acción o de ataque* y otras se le relaciona con el *sujeto pasivo*, en forma de muestra, tenemos: *"Cuando hablamos del objeto del delito nos referimos al llamado objeto de la acción. Como tal se entiende aquel objeto corporal sobre el que la típicamente se realiza…" (*Mezger, 1955).

Por su parte Sosa, J. (1959) afirma:

"…el sujeto pasivo es cosa diferente a objeto material y ambos forman dos polos diferentes dentro del tipo del delito, en cambio el objeto de protección está fuera del campo de la tipicidad y lo referimos a la protección que busca el Derecho Penal de los intereses públicos y privados…El objeto material u objeto de ataque, o natural o corporal, o de la acción, u objeto de la conducta, es entonces toda persona o cosa que forma parte del tipo descrito en la ley y que lo está en consideración de su realidad fáctica, de su existencia real y concreta…Por lo tanto sólo es objeto del delito aquella persona o cosa que el legislador ha erigido como tal y la ha comprendido dentro del tipo legal".

En una y otra orientación tal como antes hemos reflejado, la tesis consensual de la doctrina es que el

objeto material del delito involucra necesariamente lo expresado o requerido por la norma penal.

El Objeto Jurídico: El objeto jurídico es denominado de igual forma, el Bien Jurídicamente tutelado. Es el bien jurídicamente afectado por el ilícito que se encuentra protegido porel derecho penal, esto indiscutiblemente para mantener la armonía que debe reinar en la sociedad. Puede ser el objeto jurídico: la vida, integridad personal, la libertad, el honor, el patrimonio, la seguridad; libertad sexual, etc.Von Liszt (1927) expresa sobre este particular lo siguiente:

"Llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el Derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico. La necesidad crea la defensa y el cambio de los intereses varía el número y la especie delos bienes jurídicos. El bien jurídico no es un bien de los hombres reconocido y protegido por el derecho."

De acuerdo con la expresión del jurista integrante de la corriente causalista en la teoría del delito, el bien jurídico viene a edificarse como concepto, a partir de distintas situacionesde la vida real asignándole a la condición de bien jurídico ciertos intereses individuales y colectivos que emergen de la vida misma.

2.1.4.-CONCURSOS.-

La palabra Concurso proviene de la voz latina *concursus*, que significan concurrencia, conjunto de persona o también, reunión simultáneade sucesos, circunstanciaso cosas diferentes. En el Derecho Penal pero muy

especialmente en la Teoría del Delito, la palabra Concurso nos presenta una dualidad de acepciones, por una parte comprende una forma de intervención en el delito y por la otra involucra la ejecución polimorfa o simultánea devarioshechos ilícitos. Nos atenemos al Concurso de Personas en el delito y al concurso de delitos. Con respecto al primero de los casos, no nos detendremos a desglosar su contenido, en razón de haberse tocado parcialmente, las diversas manifestaciones de esta forma concurrente al aludir los sujetos partícipes en el hecho delictivo. A pesar de lo antes acotado, no sería superfluo recordar, que el Concurso de personas en el delito significa la realización de un delito por parte de varios individuos, que contribuyen en forma voluntaria y consciente en su fabricación. Si bien concordamos que en el Concurso de Personas se requiere de una pluralidad participativa, no es menos cierto que el simple número no es requisito *sine qua non* para su producción, al respectoJorge Frías Caballero (1996) al analizar la participación nos advierte:

"Hay participación criminal siempre que exista un concurso de acción yvoluntad entre varias personas para perpetrar el hecho. Sin embargo, hade distinguirse la participación genuina de otros casos en que existe, asimismo una pluralidad de personas personalmente responsables, pero ella se halla exigida por la propia descripción legal. En este caso es el propio tipo que se construye exigiendo la intervención de varios sujetos. La pluralidad típicamente necesaria (en la cual

la descripción del hecho se refiere a <los que…>) no es participación en el sentido del artículo 45 y ss., Cód. Penal. Esto es lo que ocurre con los que se batieron en el duelo (art. 97), o contrajeron matrimonio (art. 134), o se alzaren en armas (art.226) y muchos tipos que exigen esa pluralidad, como *el cohecho."*

Si bien es cierto que el número de personas no configura el Concurso en sí, también es importante resaltarque esta participación puede ser necesaria o circunstancial, estamos frente al primero de los supuestos voceados en los casos de los delitos colectivos, como por ejemplo la gavilla; estaremos ante la segunda posición cuando el delito a pesar de que puede ser cometido por una sola persona es realizado por dos o más sujetos.

En cuando al Concurso del delito, esta figura ocurrecuando a una persona le imputanla materialización de varios delitos siempre y cuandoentre la hechura de uno y otro no recaiga una sentencia definitivamente firme, esto desde luego, cuando además deben juzgarse en un mismo proceso; la doctrina en estos casos ha separado uno de otros y así lo escribe por ejemplo, Fernández, J. (1998):

"*Se trata, en todo caso, de una institución que está más allá de la dogmática del delito y que juega sobre todo en las reglas de la medición judicial de la pena. Hay quienes piensan que se trata de un instituto netamente procesal, pero esta tesis es inadmisible porque en él esta en juego el problema límite de la unidad o pluralidad de acciones y de ofensas en relación con las concretas imputaciones criminales."*

En el Concurso de delitos el agente ejecuta varios hechos ilícitos no solo de la misma índole que el anterior sino también de naturaleza distinta, o dicho de otra manera, en el concurso de delitos se violan varias disposiciones de la ley penal constituyendo tal acto varias infracciones a la misma. En forma prácticamente consensual la doctrina señala al *concurso real, al concurso ideal* y también se incluye el controversial *delito continuado.*

• Concurso Real: Estamos en presencia de un concurso real de delitos, cuando un sujeto viola dos o más disposiciones de la ley penal o también en los casos que una misma disposición penal es violada varias veces. Conforme a lo previsto en los artículos 86 al 97 del Código Penal, frente a esta práctica el sentenciador debe aplicar al autor de dichas conductas, íntegramente la pena más severa y parcialmente la pena menos severa, pero convirtiendo en todo caso, las penas menos severas en penas más severas. Este tipo de concurso presenta particularidades o elementos especiales como: Un elemento psicológico constituido por las múltiples acciones distintas o independientes; Un elemento objetivo que lo conforma la pluralidad de lesiones jurídicas violadas; y un elemento normativo que tiene que ver con la sanción, pues esta se impone en primer lugar con la más severa y parcialmente la menos severa.

• Concurso Ideal: El concurso ideal surge cuando con un mismo acto antijurídico, se violan dos o más disposiciones jurídicas, esto es, un una acción se ori-

ginan varios quebrantamientos a la ley penal. En este tipo de concurso y con base a lo estipulado en el artículo 98 del Código Penal, el sentenciador aplica al sujeto que delinque únicamente la pena relativa al delito más grave. En cuanto a los elementos presentes en este concurso, tenemos: Uno psicológico representado en el hecho único efectuado por el sujeto; en lo objetivo se presenta la variedad de lesiones jurídicas cometidas; en lo referente al elemento normativo, se evidencia una penalidad por absorción por el motivo de que se aplica únicamente la pena mas severa.

• Delito Continuado: Para engendrar este tipo de delito, se hace obligatorio una unidad de propósitos y de derechos violados que exigen la realización de varias acciones. El delito continuado precisa de varios actos productivos de varias lesiones a la misma disposición legal, pero que forzosamente deben obedecer a una misma resolución delictiva. A tenor de lo indicado en el artículo 99 de nuestra Ley sustantiva penal, estas acciones se consideran un mismo hecho punible aunque hayan sido cometidas en fechas distintas, siempre y cuando desde luego, sean parte de la misma resolución. En este casosu penalidad será con base a la disposición legal violada, pero con un aumento de la pena de una sexta parte a la mitad. En sus elementos observamos: Un elemento psicológico propio de la unidad de resolución; Uno objetivo que involucra la pluralidad de acciones u omisiones; y el Normativo vinculando la unidad de procesos legales violados.

2.1.5.-ITER CRIMINIS.-

La palabra *iter* significa "camino", recordemos el vocablo "itinerario" que por su traducciónтenemos, viaje, trayecto o simplemente camino; este vocablo proviene del latín *itinerarium* y a ello sóloagreguemos "crimen", dándole entonces a este vocablo como reputación "delito grave o Acción indebida o reprensible", de tal guisa que la palabra *itercriminis* debe tenerse como "camino del delito".El Dr. Urbano Rivero (1999), en su Diccionario Jurídico de Derecho Romano define al *itercriminis*en esta dirección:

Itercriminis.*(Loc. Lat.) Lit."Camino del Crimen", empleada en el Derecho Penal, y comprende todo el proceso psicológico de incubación del propósito delictivo hasta la perpetración del delito, con la consideración jurídica y social, en cada etapa, de la punibilidad y peligrosidad del sujeto. Sus diversas fases comprenden: La inspiración o nacimiento de la idea, su aceptación, la preparación mental de la acción, todo ello aspecto interno y no punible según la escuela clásica, aún conocido o confesado el proyecto.*

Tanto en nuestra legislación como en la mayoría de países latinoamericanos, la penalidadprevista para un determinado delito, no solo se aplica al delito consumado, sino que también se extiende talpenalidad a aquél que no se llega a consumar. A esta modalidad la doctrina los identifica como *"delitos inacabados"*, incluyéndose así dos sistemas o maneras: la *tentativa (delito tentato)* y la *frustración (delito mancato)*,los mismos se encuentran inscritosen el Título VI, del Libro Primero del Código Penal Venezolano, que más adelante hablaremos.

Siguiendo las anotaciones anteriores, se hace axiomático sostener que en todo el curso del delito no todas las fases son punibles,para ello lo más sensato es discurrir detenidamente en cada una de ellas para analizarlas y en este particular tenemos:

• **Actos deliberativos.** Este tipo de actos comienzan con una idea, esta idea al surgir puede ser rechazada o aceptada; si la idea es aceptada ella comienza a tomar figura o forma, se empiezan a realizar ciertos actos por parte de su autor para darle consistencia a la resolución de materializar el delito ideado. Esta etapa no puede ser considerada delictiva en razón de ser en parte pensamiento.

• **Actos preparativos.** Este tipo de actos se encuentran dirigidos a darle sentido a la idea concebida y formada en los llamados *actos deliberativos*; tratan de estructurar las ideas, los planes preparados y desde luego, ellos no constituyen delitos por el inmenso número de significado que se le pueden dar a los mismos, pero además porque el delito mismo no se ha materializado. Arteaga Sánchez, (2001) afirma que los *actos preparativos*, "aunque suponen formada la resolución criminal…como regla general no son punibles." Pero así mismo y como *Exempladocent,* aclara este autor, que la compra de un armamento para la posible comisión de un delito, no es punible; pero, también indica, que hay ciertos actos deliberativos que en forma excepcional y de acuerdo con la ley, si constituyen delito, como por ejemplo: el complot político, la instigación a delinquir, la importación de armas, etc.

• **Comienzo de Ejecución.** Aquí el agente ha transitado por los dos actosanteriores, los *actos deliberativos y actos preparativos*; viene hacer el momento en el cual se empieza a materializar el hecho punible o simplemente la resolución tiene un solo significado o un solo sentido. A partir de este acto, solo queda la consumación del delito mismo o la presencia de un de los delitos inacabados, sea *tentativa o frustración.*

• **Tentativa.**Dispone el artículo 80 del Código Penal Venezolano, (2005) lo siguiente: **"***Hay tentativa cuando, con el objeto de cometer un delito, ha comenzado alguien su ejecución por medios apropiados y no ha realizado todo lo necesario a la consumación del mismo, por causas independientes de su voluntad:"*

Teniendo como punto de partida el texto supra citado, la tentativa implica la firme resolución del agente en cometer el delito, ello se conjetura con la frase *"… ha comenzado…",* pero que sin embargo no lo ha podido realizar(el delito), por causas independientes de su voluntad, voluntad que no obstante esta definitivamente orientada a cometer el hecho punible. En este mismo orden de ideas, nuestra ley penal codificada, prevé otro tipo de tentativa a tenor de las previsiones de artículo 81, aludimos a la *tentativa calificada*, ella sería aquella situación en donde el agente, desiste de continuar en la tentativa y solo incurre penalmente en aquellos actos que de por sí constituyen delito.

• **Frustración.**Conforme con lo escriturado en el último aparte de ya mencionado artículo 80 del Código Penal (2005): *"Hay delito frustrado cuando alguien ha reali-*

zado, con el objeto de cometer un delito, todo lo que es necesario para consumarlo y, sin embargo, no lo ha logrado por circunstancias independientes de su voluntad."

Si bien afirmamos que en la *tentativa* la frase clave es "*ha comenzado"*, en la frustración la exigencia *in extenso* consiste precisamente en "*ha realizado",* es decir, no basta con el inicio de la ejecución por parte del agente sino que se necesita una realización de todo aquello que sea necesario para lograrlo. Rodríguez Devesa, citado por Arteaga Sánchez, (2001) explica: *"esto supone que se haya llevado a cabo todos los actos que abandonados a su curso natural darían como resultado la consumación del delito."* O lo que sería igual, se realizan unos actos que de no ser obstruidos finalizarían con la comisión del delito.

El Delito Imposible. Nos encontramos ante el delito imposible, cuando el agente, a pesar de tener la intención de cometer el delito, no se llega a producir el mismo porque: a) No se empleó el medio idóneo o apropiado; y b) Porque falta el objeto material del delito que el agente se propuso cometer. Frente a estas dos exigencias para la consumación del delito, si las mismas no se encuentran presentes en los hechos fallidos, diversos autores han opinado en senderos diferentes en cuanto a la penalización, siendo el criterio más generalizado que debe castigarse con una disminución en la pena.

2.1.6.-Características del Delito. Caracterizar no es otra cosa que determinar los atributos particulares de una persona o cosa, de modo que pueda distinguirse una de otra; de acuerdo con lo que hemos escrito

hasta las presentes líneas, se pueden observar ciertas particularidades palpables que nos permiten distinguir el delito, entre ellas tenemos:

• Un sujeto, es decir, la persona de la especie humana con capacidad de entender y de querer que lo hace responde por el hecho que infringe la ley penal. El sujeto por ficción legal también puede ser una persona jurídica.

• Un objeto material, esto es, el bien jurídicamente protegido sobre quien recae la acción del sujeto.

• Un objeto jurídico, que no es otra cosa que el derecho lesionado por la actividad injusta.

• Una víctima, que es quien recibe el agravio o lesión; esta puede ser directa e indirecta, natural o jurídica.

• Un vínculo o nexo causal que une al autor con el hecho materializado y que da nacimiento a la responsabilidad penal.

2.1.7.-Consecuencias Civiles del Delito

Hemos afirmado de manera indiscutible, que de toda acción delictiva engendra ineluctablemente una pena y conforme con lo establecido en el artículo 113del Código Penal, (2005) el autor de un hecho punible, además de responder penalmente lo hace civilmente. Lo anterior tiene soporte jurídico en la fuente de las obligaciones que involucra tanto el aspecto civil como el penal. La doctrina ha denominado a este último "*ex delito"*, ello en razón de que su nacimiento se produce al quedar consumado el hecho delictivo ya que en los casos de tentativa, por ejemplo, al no producirse el daño no nace la responsabilidad civil.

Enrico Ferri citado por Reyes, A., (1998) sostuvo:

"La reparación del daño sufrido por la víctima del delito puede ser considerada desde tres aspectos diferentes: 1) como obligación del delincuente hacia la parte ofendida; 2) como sanción con que se sustituya la pena de reclusión en los pequeños delitos cometidos por delincuentes ocasionales; 3) como función social perteneciente al Estado en interés directo del particular ofendido, aunque también en interés directo y no menos real de la defensa social."

Los tres semblantes del maestro lombardo para considerar la reparación del daño producido por el delito, representan dentro delpositivismo una razón de ser o justificación de tal reparación, de manera particular nuestra coincidencia es notable al considerar que el delito, si bien produce un daño particular no es menos cierto que también lo ocasiona a la sociedad. Basado en este supuesto y aceptando la tesis de Ferri en cuanto a su esencia, es dable justificar la existencia de este tipo de responsabilidad, cuando realmente se produzca un daño y abriendo la posibilidad cierta de optar a ella como fórmula alterna de penalidad.

Ahora, de acuerdo con nuestra legislación penal y siguiendo a nuestro profesor de siempre Arteaga, A., (2001), con el *ex delito* se presentan ciertas características que bien valen su análisis:

• El objeto de la responsabilidad Civil. Indiscutiblemente que el objetivo de tal institución, no es otra cosa que solventar una situación que se ha alterado como consecuencia del hecho ilícito. Esta plantea tres

opciones a saber: 1) la restitución; 2) la reparación del daño causado, y 3) la indemnización de perjuicios.

• Responsabilidad en el *ex delito*. Partiendo del hecho que la responsabilidad penal es personalísima, responden por el *ex delito* la persona que lo comete y si en el hecho han participado varias, cada una de ellas quedan obligadas solidariamente por el daño causado. Mas sin embargo, con apoyo de lo dispuesto en el Código Penal (artículo 114), existen ciertas particularidades en cuanto a la responsabilidad civil que es imposible soslayarse en cuanto a su mención, aludimos el caso de los inimputables que si bien es cierto no responden penalmente, si lo hacen desde la óptica civil. En los supuestos del estado de necesidad, la responsabilidad civil se traslada a las personas en cuyo favor se haya precavido el mal y en los casos de haber incurrido en omisión y en su defecto los que hubieren incurrido en la misma, salvo respecto de estos últimos, el beneficio de competencia, también responderán civilmente.

• Personas que pueden intentar la acción civil. La persona llamada por la ley para poder intentar la acción civil evidentemente es la víctima y en el caso sus herederos, ello de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 50 del Código Orgánico Procesal Penal, (2012); en dicha norma se dispone igualmente, que la acción en cuestión se ejerce contra el autor o autores partícipes del delito, pero además contra el tercero civilmente responsable. Es de hacer notar que conforme con el artículo 121 ejusdem, se consideran también victimas

además de quien recibe directamente el agravio, el cónyuge o la persona con quien mantenga relación estable de hecho, hijos, padres adoptivos, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y herederos en los delitos cuyo resultado sea la incapacidad o muerte del ofendido; los cónyuges o persona con quien mantenga relación estable de hecho, hijos, padres adoptivos, parientes dentro del cuarto y segundo grado de consanguinidad o afinidad, cuando el delito sea cometido en contra de una persona incapaz o menor de dieciocho años; igualmente se reputan como victimas los socios, accionistas o miembros, respecto aquellos delitos que afecten a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan; Se incluyen de forma similar, las asociaciones, fundaciones y otros entes en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, esto, siempre y cuando el objetivo de tal agrupación esté vinculada directamente con esos intereses y se haya constituido con anterioridad a la comisión del delito.

2.2.-ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL DELITO.

Con el objetivo de comprender el contenido del delito, gran parte de la doctrina se ha dedicado al estudio de sus partes y para ello se analizan el grupo de los elementos que lo constituyen, siendo la denominación más globalizada de tales partesla de aspectos positivos del delitos, esto por oposición a los negativos que disipan su hechura; el número de ellos varía de

acuerdo con los autores, nosotros en este trabajo seguiremos la cifra esbozada por Luis Jiménez de Asúa (1984), y que de seguidas presentamos:

Aspectos positivos	**Aspectos negativos**
1. La Acción	1. Ausencia de Acción
2Tipicidad	2. Atipicidad
3. Antijuricidad	3. Causas de justificación
4. Culpabilidad	4. Inculpabilidad
5. Imputabilidad	5. Inimputabilidad
6. Condiciones Objetivas de Punibilidad	6. Falta de condición Objetiva
7. Pena	7.Excusas Absolutorias

2.2.1.-La Acción.

El comportamiento de una persona en el momento de configurar un delito, puede presentarse en un forma positiva que puede traducirse en un hacer o en un no hacer, es el llamado *facere y non facere* del derecho-romano. Pero bien, este hacer positivo comprende tanto la llamada Acción en sentido estricto, como la denominada Omisión, las cuales trataremos en profundidad en el cuerpo de este acápite. A fin de involucrarnos con su conceptualización, nada más pertinente que acudir a Jiménezde Asúa, (2009), quien por cierto prefiere utilizar la palabra *acto: "…el acto: 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 aguarda."* El destacado jurista español prefiere utilizar la palabra *acto y no hecho,*y para esto hace un significativo deslinde entre uno y otro; por el primero destaca, que es una acepción más comprensiva que la acción y,

con respecto a su esencia apunta que *acto*, es todo acontecimiento de la vida producido por la mano del hombre dotado de voluntad que lo efectúa, mientras que el *hecho,* también puede producir cambios en el mundo no solo de parte de la mano del hombre sino que lo puede generar la naturaleza.

Si bien manifestamos queel *acto* o *acción* implica un movimiento corporal que produce un cambio en el mundo exterior, en la *omisión* el cambio se origina por una abstención, por una inacción; la conducta negativa se expresa precisamente en un no hacer. La omisión puede presentar dos maneras o formas diferentes, pero ambas se deben tener como una acción, ellas son: a) *La omisión simple o propia, y b) La omisión impropia.* Esta última da lugar a los llamados delitos de *comisión por omisión.* En cuanto a la primera, *la omisión simple o propia*, esta es posible cuando el agente no realiza esa acción que es esperado de él, tanto por la sociedad como por el derecho; estamos ante la *omisión impropia*, cuando esa inactividad produce un resultado como consecuencia precisamente de un no hacer que el Derecho ordena. En la primera posición el autor a causa de su inacción produce un resultado, en la segunda postura, a pesar de que la ley le ordena hacer algo el agente no lo realiza.

2.2.2.-La Ausencia de acción.

La Ausencia de Acción paradójicamente, significa un movimiento sin la voluntad del agente que va a producir un cambio en el mundo exterior. Decimos "paradójicamente", porque lo usual en una ausencia

del acto, es que precisamente no se produzca un resultado; en el caso de marras el resultado sí se produce, pero lo que ocurre es que en dicha acción la voluntad no es libre, en forma de ejemplo tenemos la fuerza irresistible, sueño o sonambulismo, inconsciencia, sugestión e hipnosis, planteados por Luis Jiménez de Asúa y la ebriedad onírica y actos reflejos propuesta por Mendoza Troconis, (1986). Como recapitulación podemos tratar de definir la Ausencia de Acción, como aquella falta de voluntad consciente o estados de inconsciencia que están presentes en un movimiento productor de resultados.

2.2.3.-La Tipicidad.

La Tipicidad no es otra cosa, que aquella conducta que ha sido prohibida por el legislador en forma de norma penal; la Tipicidad como tal, es una acepción de la palabra tipo que a su vez, es una descripción del delito hecho por el legislador en un ley penal, de tal manera que estamos en presencia de la Tipicidad cuando ella se adecua a un tipo delictual. LaTipicidad, el *tatbestand* alemán, ha sido calificada como una garantía constitucional que da pie a la afirmación jurídica, de que todo aquello no tipificado en la ley como delito, no está prohibido y por ende al ser permitido se puede realizar en nuestro mundo social.

2.2.4.-La Atipicidad.

En la vida cotidiana se nos pueden presentan ciertos hechos que nos llevan a estar convencidos de ser ilícitos, cuando en verdad, los mismos no están tipifi-

cados como tal en ninguna ley penal. Si bien sabemos que el prefijo "a" que precede a la palabra tipicidad significa ausencia, las conductas que no se ajustan a ningún tipo penal, que el tipo está ausente, no pueden ser objeto de sanción alguna.

2.2.5.-La Antijuricidad.

La Antijuricidad es lo contrario a derecho, ello en razón de que una conducta puede encontrarse tipificada como delito en la ley y sin embargo la misma no es delictual. Atendiendo a lo que antes hemos profesado, Gómez, I., Arroyo Zapatero, García Rivas, Ferré Olivé y Serrano Piedecasas, (1999) señalanesto sobre la Antijuricidad:

…podemos describir con mayor precisión la Antijuricidad penal diciendo que la primera condición que debe cumplir una conducta para ser calificada como antijurídica o prohibida es su carácter de conducta típica. Pero siendo una condición necesaria no es sin embargo suficiente. En efecto, no todos los comportamientos coincidentes con el supuesto de hecho típico están prohibidos por el Derecho Penal, porque algunos se realizan en circunstancias que los justifican (como la legitima defensa) y que, por ello mismo, reciben el nombre de causas de justificación. Ante su presencia, el hecho no está penalmente prohibido, pese a ser típico, lo que implica que estas circunstancias vienen a –restringir- el ámbito de lo prohibido, es decir, lo injusto.

Si bien reputamos como delictivatoda aquella conducta prohibida en la ley, ella debe concordar con lo

antijurídico para poder ser calificada como delito. Es destacable que en doctrina se habla de Antijuricidad formal y Antijuricidad material, la primera sería aquella contraria a la norma establecida en la ley, la segunda sería todo acto contrario a la convivencia social, siendo lo ideal dentro de una sociedad que ambas coincidan. Esta tesis de la dualidad de la Antijuricidad es proclamada por Frank Von Liszt, pero a su vez es criticada por Jiménez de Asúa al señalar que Von Liszt, confunde la Tipicidad y la Antijuricidad material.

2.2.6.-Las Causas de Justificación.

Al analizar la Antijuricidad afirmábamos que una conducta, a pesar de estar tipificada como delito, no lo era cuando la misma estuviera protegida por el derecho; las Causas de Justificación son actos realizados conformes con el derecho, es decir, son acto que tienen la semejanza con un delito, tienen un aspecto de delito y pueden subsumirse en un tipo delictual, pero que sin embargo carecen del elemento Antijurídico por estar permitidas por el mismo derecho, verbigracia la legítima defensa, el estado de necesidad y las conductas debidas o legítimas. No obstante lo precedente, no es fácil presupuestar cualquier conducta dentro de las Causas de Justificación, para incluirlas se hace menester que al acto como tal, le hubiere precedido una situación muy particular de amenaza a los bienes jurídicamente protegidos por el derecho, y esta situación ser la génesis de la acción de la acción lesiva del agente. La doctrina ha denominado a tal situación bajo el mote de presupuestos en las causas

de justificación, en el caso de la legítima defensa por ejemplo, tendríamos la agresión ilegítima, en el estado de necesidad y las conductas debidas o legítimas, la situación misma que dan lugar a la causa.

2.2.7.-La Imputabilidad.

La Imputabilidad es una cualidad de imputable, que a su vez viene de imputar y del latín *imputare* que significa, "atribuirle" o poder atribuirle a una persona un acto por ella realizado. Desde el ámbito penal la culpabilidad (ya trataremos de ella más adelante) aislada desus elementos tampoco configuradelito, se requieren para ello de ciertas facultades psíquicas y físicas para así poder atribuirle a una persona un acto típico por ella realizado. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán (2004) aclaran:

"Al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar al sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico se llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad. Quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir de trastornos mentales, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más que éstos sean típicos y antijurídicos. El concepto de imputabilidad o de capacidad de culpabilidad es, pues, un tamiz que sirve para filtrar aquellos hechos antijurídicos que pueden ser atribuidos a su autor y permite que, en consecuencia, éste pueda responder de ellos."

De todo lo antes fijado se puede afirmar entonces, que la Imputabilidad viene hacer una cualidad perso-

nal o estado en el cual se encuentra el agente, también que tal cualidad es exigida por el derecho para así poder determinar la responsabilidad penal. Nuestro Código Penal no menciona de manera expresa la imputabilidad, para podernos compenetrarnos con ella debemos acudir a la doctrina que nos la describe,pero, a pesar de tal falencia, en el artículo 62 del mismo, queda aclarado y estatuido la nopenalización-del individuo que ejecuta la acción *hallándose dormido o en estado de enfermedad mental suficiente para privarlo de la conciencia o de la libertad de sus actos.* Por contrario *sensu,* la persona que no se encuentra dormido y se encuentra en pleno goce de sus facultades mentales es imputable, esto desde luego, llenando los extremos exigidos por la ley como veremos más adelante.

2.2.8.-La Inimputabilidad.

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad, es decir, su presencia en el hecho que produce un resultado, es producto de un movimiento ejecutado por un individuo que carece de capacidad de entender y de querer,de consciencia y voluntad; Manuel Ossorio, en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y Sociales (1986) recuerda:

> **"***...cuando se habla en Derecho de la* **inimputabilidad***, se está haciendo alusión a aquellas personas que, no obstante haber realizado un acto configurativo de delito, no puede hacérselas responsables del mismo. Dicho de otro modo,* **la inimputabilidad** *es la situación en que se hallan las personas que, habiendo realizado un acto configurado como delito, quedan*

exentas de responsabilidad por motivos legalmente establecidos"

Más preciso en su planteamiento el jurista Luis Jiménez de Asúa (2009), define y pluraliza de esta manera la imputabilidad:

"Son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquellas causas en las que, si bien el hechoes típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró."

La definición de Jiménez de Asúa además de precisar este elemento negativo, incorporaraotros detalles de gran importancia para el Derecho como lo son: la falta de desarrollo y los trastornos pasajerosde la mente. Como apuntáramos anteriormente, a pesar de no describirse en nuestra legislación penal la inimputabilidad, en nuestro sistema jurídico-penal conviven dos formas o maneras de inimputabilidad, una que tiene que ver con la edad de la persona y otra con su capacidad de entender y de querer.

En cuanto a la edad,nuestra legislación patria excluye de responsabilidad al menor de doce años, en esta orientación nuestro ordenamiento sigue la posición doctrinal que excluye al menor de toda responsabilidad penal, al considerar que el mismo no ha madurado suficientemente para distinguir el bien y el mal. Mención apartemerecen las personas comprendidas entre los doce y dieciocho años, aludimos a los ado-

lescentes, ellos tiene una especie de responsabilidad disminuida en cuanto a la penalización que reciben los adultos.

En lo relativo a la enfermedad mental, Arteaga Sánchez nos presenta un concepto de enfermedad mental extraído del derecho penal italiano (2001), reseñándolo así:

"*Es cualquier perturbación morbosa, permanente o accidental, general o parcial de las facultades de la memoria, la conciencia, la inteligencia, voluntad o razón al sentido moral.*"

El concepto supra citado bien merece un dedicado análisis debido a lo amplio de su contenido; efectivamente, la palabra *morbosa* debe entenderse como la patología de una enfermedad o lo que esté relacionado con ella, pero indica también este concepto, ciertos aspectos como lo *permanente* o *accidental*, significando con ello que la perturbación mental puede permanecer durante un tiempo considerable en la persona o ser de carácter pasajero como en los casos de trastornos mentales transitorios. Se predica que ella puede ser *general o parcial*, en nuestro lenguaje lego, la perturbación general interesa por completo la capacidad total de entender y querer del individuo, excluyéndolo nuestro ordenamiento jurídico de la responsabilidad penal y asignándole otras alternativas legales para conocer de él; en referencia al aspecto *parcial*, el grado de enfermedad mental no nubla totalmente la capacidad de discernir ni la voluntad de individuo, son los casos que consagran las previsiones del artículo 63 de nues-

tro Código Penal. Ahora la memoria es una facultad de la persona que le permite retener y recordar hechos pasados, ella es de gran importancia en materia penal para lo relativo a la responsabilidad penal, pues sería completamente injusto sancionar penalmente a un individuo que no recuerda su pasado; si no recuerda nada… cómo sabe si una conducta es prohibida o no?. La conciencia es la capacidad e distinguir entre lo bueno y lo malo, toda perturbación mental que anule esta capacidad en la persona, desde luego que difuminará la responsabilidad del mismo en caso de materializarse un hecho que tenga configuraciones de delito. La inteligencia del latín *intellegere,* es la capacidad de entender, asimilar, elaborar información y utilizarla para resolver problemas. Este término ha sido de gran consideración para el derecho, los romanos por ejemplo, lo relacionaban con la salud mental y durante muchos años así se tomó, más sin embargo la psiquiatría moderna ha determinado que se puede ser inteligente y no obstante padecer una enfermedad mental, son notorios los casos de los asesinos en serie que muestran una gran inteligencia lo cual no es óbice para tener comprometida la voluntad. Por esta última AntoinePorot (1977) nos puntualiza que, la voluntad es aquella *"Conducta con la que el hombre se propone un designio, en cumplimiento del cual empeña todos los recurso de su energía y saber"* y luego adiciona: *"Los análisis psicológicos más profundos conducen a reconocer en la voluntad un ascenso moral hacia la libertad."* Para Porot*,* un ser que tiene afectada la voluntad, deja de ser guiado

por esa apreciación exacta de la realidad que además debe indicar y someter los instintos, de tal manera, que si se deja decarecer de voluntad se pierde axiomáticamente su libertad. La razón, del latín *ratio,* es la facultad de discurrir que tiene el miembro de la especie humana y que lo distingue de los animales, en derecho es un vocablo muy importante pues con ella abarcamos múltiples conceptos, como por ejemplo: la verdad, lo cierto, lo demostrable, el derecho mismo para accionar y hasta causa, móvil, motivo o lo justo de una decisión, pues se dice entonces que *"la razón lo acompaña…".* Pero nuestro interés en este aparte, tiene que ver con esa aptitud de la persona que al amalgamarse con la voluntad hace posible la vida del hombre en armonía dentro de una sociedad. El individuo que pierde la razón y no puede entender las reglas del buen convivir, no solo constituye un caso de atención familiar sino también social. Ahora bien, todos estos elementos configurativos de lo que debemos entender por enfermedad mental, debe compaginarse con otra condición expresada a título final, nos referimos al sentido moral; de manera consensual diversos autores y muchos diccionarios de la lengua han definido la moral como: …*Perteneciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia. 2. Que no pertenece al campo de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o dela conciencia." (2000).*Estos dos puntos de vista de la Real Academia Española, resultan estupendas para nuestro propósito, pues efectivamente y de acuerdo

con los elementos antes aludidos, en la inimputabilidad se deja de sancionar al individuo que carece de esa capacidad de entender y de querer por alguno de esos motivos, y fijémonos, al desconocer lo que es el bien y el mal, al no saber distinguir entre uno y otro, lógicamente este sujeto no debe ser sancionado sino todo lo contrario, debe ser objeto de protección por parte de la sociedad.

2.2.9.-Las Condiciones Objetivas de Punibilidad. Ernesto Beling, citado por Jiménez de Asúa, (2009) define las Condiciones Objetivas de Punibilidad, así:

"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 Antijuricidad y que no tienen carácter de punibilidad."

Si bien Jiménez de Asúa cita a Beling y a una serie de autores, en la obra referenciada, luego se dedica a señalar que las mismas no son propiamente condiciones objetivas y luego llega a recalar diciendo que: *"las más genuinas condiciones objetivas son los presupuestos procesales a que a menudo se subordina la persecución de de ciertas figuras de delito como la calificación de quiebra.* Entrar a un análisis pormenorizado de tantas posturas y sus críticas no es sustancia de este trabajo, de momento nos quedaremos con la tesis de Beling que bien vale un reconocimiento didáctico para su colocación en la Teoría del Delito.

2.2.10.-Falta de Condición Objetiva. En cuanto al elemento negativo de la misma, esto es, la Ausencia de Condición Objetiva de Punibilidad, solo afirma-

remos por ser de Perogrullo, que su falta impide el castigo respectivo.

2.2.11.-La Pena.

La palabra Pena es herencia del vocablo latín *poena*, que tiene por significado "castigo".Carrara, F., (1973) seguido por muchos juristas la define como "*el mal que la autoridad pública le infringe a un culpable por causa de un delito."* Según Cuello Calón, citado por Emiro Sandoval Huertas (1998) *"la pena es la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por órganos jurisdiccionales competentes al culpable de una infracción penal."* Utilizar el adjetivo *mal* o *privación*, podría presentarse como formas diacrónicas o sincrónicas en su significado, pero lo indubitable o incuestionable es que la pena implica *castigo, dolor o sufrimiento, y* lo que si tenemos como cierto, es que la pena como concepto y forma de ser aplicada, ha mutado en el tiempo de la misma manera cómo ha evolucionado el hombre también y teniendo sin lugar a dudas, su punto de partida en una concepción más humanista a César Beccaria.

Mucho se discute en doctrina en relación a la finalidad de la pena, para ello fluyen teorías que van desde: a) una posición absoluta que consideran la razón de la pena en sí misma, de acuerdo con esto, para cada delito debe existir una determinada pena de acuerdo con su entidad, por ejemplo, presidio para el homicidio, prisión para la lesión, con ello el delincuente expiaría por el hecho cometido; b) una posición relativa que nos presenta más bien fines prácticos en la pena,

ello con el objeto de alcanzar mediante ella la prevención y evitar la reincidencia, trata de evitar nuevos delitos con el efecto intimidatorio que ella contiene.

También doctrinalmente se nos habla que las penas presentan unas condiciones muy particulares, en esa idea tendríamos: a) la cualidad de la pena, esto estaría referido al aspecto objetivo de ella, involucra bienes propios del delincuente como la vida, la libertad, la propiedad y el honor; b) el objeto, que como bien escrituramos anteriormente, esto puede ser, expiación, corrección o intimidación; c) la cantidad que no es otra cosa que una especie de escala punitiva que se impone de acuerdo con el delito y pena tipificada en la ley; y d) el grado de la pena que incide de acuerdo con las circunstancias presentes en el delito, allí se inoculan aspectos como la edad, sexo, atenuantes y agravantes.

De acuerdo con nuestro Código Penal, las penas se clasifican en corporales y no corporales, y en una forma sinóptica tendríamos:

PENAS CORPORALES.-

• *Presidio.* La pena de presidio de acuerdo con nuestra ley sustantiva penal, se debe cumplir enestablecimientos penitenciarios o sitios que para este fin se reglamente; esta penalidad en forma accesoria de ella implica a su vez, la interdicción civil durante la condena; la inhabilitación política del condenado durante el lapso antes señalado, y la sujeción a la vigilancia de la autoridad por una cuarta parte del tiempo de la condena, una vez que la persona haya cumplido totalmente con la misma.

• *Prisión.* Este tipo de sanción se debe cumplir en cárceles, pero pueden cumplirse también en penitenciarías. Accesoriamente se le debe agregar a esta pena, la inhabilitación política y la sujeción a la vigilancia de la autoridad por un tiempo equivalente a la quinta parte de la condena.
• *Arresto.* La pena de arresto se debe cumplir en cárceles locales o también en cuarteles de policía. Es una pena que conforme con las diferentes medidas alternativas contempladas en nuestro ordenamiento jurídico, son de poco o ninguna aplicación.
• *Relegación a colonia penitenciaria.* En nuestro País actualmente no existen las llamadas colonias penitenciarias, ahora de existir, la pena sería residir en ellas.
• *Confinamiento.* Ella consiste en imponer a la persona condenada, la obligación de residir durante el tiempo de dicha condena, en una determinada localidad, siempre y cuando la misma diste al menos de cien kilómetros del lugar donde cometió el delito.
• *Expulsión del Territorio de la República.* Si bien el artículo 21 de nuestro texto penal sustantivo consagra la obligación de no volver al espacio geográfico de la República, mientras dure el tiempo de la condena, la Constitución Nacional vigente, erradica la pena de extrañamiento para venezolanos.

PENAS NO CORPORALES.

• *Sujeción a la vigilancia de la autoridad pública.* Es una pena accesoria que acompaña a la pena de presidio y prisión, la misma tiene fijado en el Código su tiempo de acuerdo con una y otra; ella involucra como

autoridad pública, los jefes civiles donde resida aun transitoriamente la persona sujeta a esta pena.

• *Interdicción civil por condena penal.* Este tipo de pena de carácter accesorio, priva a la persona condena de la disposición de sus bienes por actos entre vivos y de su administración, así como de la patria potestad y la autoridad marital.

• *Inhabilitación política.* Al igual que las anteriores solo se aplica en forma accesoria, ella implica la privación de loscargos o empleos públicos o políticos que tenga el penado, al igual que la imposibilidad de obtener otros y para el goce del derecho activo y pasivo del sufragio.

• *Inhabilitación para el ejercicio de alguna profesión, arte o industria.* Se comienza en la literalidad del artículo 24 del Código Penal, aclarando que esta nunca puede ser una pena perpetua o absoluta, sino eminentemente temporal; puede imponerse como principal o accesoria.

• *Destitución del empleo.* También se impone en forma principal o accesoria, su finalidad es separar a la persona condenada de su empleo, ello consagra una forma de separación justificada del mismo.

• *Suspensión del empleo.* Se impone igualmente como principal o accesoria, ella busca también separar al condenado de su empleo, en la práctica produce efectos análogos a la destitución.

• *Multa.* Ella consiste en la obligación por parte del condenado, de pagar al Fisco del estado una cierta cantidad de dinero quefijará el juez en su sentencia.

• *Caución de no ofender o dañar.* Muchos juristas han discutido la naturaleza de la Caución como penalidad,

personalmente las ubico dentro de las medidas cautelares y dentro del ámbito procesal, más los primeros la defienden como pena al afirmar que su imposición es una facultad del juez y que ella tiene un objetivo de prevención de nuevos delitos.

• *Amonestación o apercibimiento.* La amonestación consiste en un acto del juez en el cual se le reprende al individuo la acción cometida; aquí se le censura el acto, se le recrimina el mismo, en el apercibimiento el sujeto recibe del juzgador una advertencia sobre los hechos que dieran origen a tal situación jurídica, es hacer del conocimiento de la persona procesada las consecuencias del hecho considerado contrario al buen desarrollo de la sociedad, todo esto con la finalidad de evitar la reincidencia.

• *Pago de costas procesales.* El pago de las costas procesales a tenor de lo estipulado en el artículo 34 del Código Penal, no se considera una pena sino cuando se aplica en juicio penal y en éste es necesariamente accesoria de toda condena a pena o penas principales.

2.2.12.-Excusas Absolutorias.

Existen, de manera muy especial, ciertas circunstancias que de acuerdo con la ley y por razones de interés social, se considera que no pueden ser castigados los autores de algunos hechos expresamente indicados en el texto penal, ellas son las llamadas Excusas Absolutorias definidas por Jiménez de Asúa (2009) de la siguiente manera: *"Son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública."*

En nuestro País, la doctrina nacional ha señalado como Excusas Absolutorias ciertos tipos, como por ejemplo: la *exceptioveritatis* en los delitos de difamación; las ofensas recíprocas; las ofensas en estrado durante un juicio; la retractación en el delito de falso testimonio, entre otras.

2.3.-La Culpabilidad.

Para que se construya el delito, no basta que el acto sea típico y antijurídico, requiere además que el mismo sea culpable; el hecho ilícito per se no es punible en nuestra legislación penal, que expresamente señala la imposibilidad de poder castigar a nadie como reo de delito, si éste no ha tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, es decir, se reconoce el principio general de *Nullum crimen sine culpa* y por consiguiente se infiere que si no basta con que la conducta se adecue a un tipo penal, es requisito *sine qua non* que exista la voluntad por parte del agente. Frente a tales señalamientos hablamos de Culpabilidad o Culpa en sentido *lato*, ello con el fin de diferenciarla de la estricta que se encuentra referida a la conducta no intencional; la culpabilidad resulta entonces un conjunto de exigencias necesarias para determinar la responsabilidad penal, en este tópico Frías, J., (1996) plantea:

…la pena exige como presupuestos predominantemente objetivos no sólo un comportamiento típico y antijurídico, esto es, requisitos situados en el mundo externo, sino a la vez un comportamiento o acto interior realizado en el alma del autor. Este comportamiento consistente en la intervención anímica o espiritual del

autor en su acto (en lo que hace u omite) y que ha de ser reprochable (susceptible de reproche desde el punto de vista de las valoraciones jurídicas) es, básicamente, la culpabilidad.

En estos presupuestos, que como lo sostiene Frías Caballero, se encuentran en el alma del sujeto, podemos extraer para formalizar la idea de la culpabilidad, que los mismos pueden nacer de una conducta intencional o que la misma es producto de una falta de atención del sujeto para con los deberes y exigencias que tiene él, por el simple hecho de vivir en sociedad, nos estamos refiriendo al *Dolo* y a la *Culpa***.**

2.3.1.-Teorías sobre la Culpabilidad.

Teoría Psicológica. Los partidarios de esta teoría consideran a la culpabilidad como un elemento netamente psicológico, con ello afirman que en el delito existe indiscutiblemente, cuando el autor relaciona ese aspecto subjetivo que se encuentra en la psiquis, con aquello que hace u omite. De acuerdo con esta posición, la culpabilidad es meramente subjetiva y se concreta en forma de dolo o culpa.

Teoría Normativa. Esta teoría rechaza que el concepto de culpabilidad se agote con el simple nexo psicológico entre el sujeto y el hecho. Plantean sus prosélitos que ésta (la culpabilidad) va más allá del simple criterio naturalista y por ende se ubica en un mundo cultural valorativo, mixto o complejo, en donde además se integren tanto los elementos naturalísticos con los elementos normativos. La culpabilidad según este criterio, no se circunscribe al simple hecho de haber ac-

tuado con dolo o culpa, no, la culpabilidad para ellos implica ciertas circunstancias objetivas y subjetivas, que permitan exigirle al sujeto una determinada manera de actuar de acuerdo con el derecho. La culpabilidad en este sentido en un juicio de reprochabilidad, esencialmente valorativo, sino se le puede exigir otra forma o manera de actuar no existirá reproche alguno.

2.3.2.-Tipos de Culpabilidad e Inculpabilidad.

El Dolo: El dolo es aquella conducta dirigida de manera expresa a producir un daño; en el dolo el sujeto actúa con intención y conocimiento de la Antijuricidad del hecho. Más adelante al igual que la culpa será objeto de un profundo y extenso análisis.

La Culpa: Ella presupone una conducta no intencional que produce también un daño, pero en este caso, el mismo es producto de un actuar con imprudencia, impericia, negligencia o inobservancia de reglamentos u órdenes debidamente impartidos.

Preterintención: En esta conducta el daño es mayor que el querido y esperado por el sujeto. De acuerdo con la doctrina, en los delitos preterintencionales al igual que en los injustosconcausales ubicados dentro de los ilícitos Ultraintencionales, el resultado va más allá de lo querido y esperado por el sujeto, a diferencia de los dolosos donde el mismo coincide con lo querido y esperado por el autor o en los delitos culposos en donde el resultado no era ni querido ni esperado por el individuo, pero que sin embargo se materializa por una falta en su deber ciudadano.

2.4.-La Inculpabilidad.

Es el elemento negativo de la culpabilidad y por ende significa una falta de reprochabilidad frente al Derecho Penal; si se compara con el dolo, culpa o preterintencionalidad, en la inculpabilidad falta la voluntad o consentimiento del sujeto para con el hecho, es decir en estos casos el agente actúa por error o porque no se le puede exigir otra forma de actuar. Conforme a este planteamiento, dentro de la inculpabilidad nos encontramos:

• *El Error.* El error es percibir de manera falsa e incompleta la realidad que se le presentaal sujeto; este puede ser de hecho o de derecho, también esencial o accidental, sobre la persona o sobre la cosa.

• *Eximentes putativas.* Son aquellas situaciones en la vida, en las cuales la persona actúa bajo una falsa apreciación de los hechos o del derecho; en otras palabras, cree hallarse amparado por una causa de justificación o que su conducta es atípica y sin embargo no lo es.

• *No exigibilidad de otra conducta.* Ella se produce cuando de acuerdo a ciertas circunstancias que están presentes en el hecho, al sujeto no se le puede pedir otra manera de actuar.

• *Caso fortuito.* El daño se produce por un suceso que no depende del sujeto, es un lenguaje coloquial diríamos, sucedió y no se pudo hacer nada para evitarlo.

2.5.-La Culpa como Elemento de Culpabilidad.

Al hablar de Culpabilidad, hicimos expresa mención a los términos "culpa en sentido lato yen sentido restrin-

gido", ello obedece al tropo generalizado que confunde culpa con intención, es así que resulta común escuchar las expresiones <este tiene la culpa>, <se echó la culpa>, <me siento culpable<, que claramente nos dan una idea del carácterintencional de dicha expresión, pero que sin embargo, ello tiene un significado distinto frente al concepto de Culpabilidad aceptado por el Derecho Penal. Enfatizamos anteriormente, que la Culpa supone una conducta no intencional y así la desarrollaremos en las páginas siguientes.

2.6.-LA CULPA. Concepto.

Tal como plasmáramos ut supra, la culpa presupone una conducta no intencional, es decir, el agente no quiere el resultado, no visualiza el mismo, más sin embargo el mismo se llega a producir por esa falta en el deber de atención que tiene cada individuo por el hecho de vivir en sociedad. No define nuestro Código Penal la culpa, más sin embargo, del contenido de los artículos 409 y 420, se toman en cuenta los siguientes supuestos:

•Imprudencia y negligencia
•Impericia en profesión, arte o industria
•Inobservancia de reglamentos, órdenes, disposiciones o instrucciones debidamente dados.

De las exigencias anteriores podríamos también extraer ciertas piezas estructurales de la culpa y así tenemos: a) Una conducta que puede ser de acción o de omisión; la conducta requiere ser realizada por una persona y ella debe ser voluntaria, es decir que no

debe ser producto de un acto compulsivo que lo lleve a una determinada forma de actuar; b) El resultado típico y antijurídico, lo cual no es otra cosa que el resultado sobrevenido; c) Nexo Causal, quees el factor o relación existente entre la conducta del sujeto y el resultado; d) Involuntariedad del hecho. Ciertamente y como hemos aseverado, la culpa rechaza de manera enfática y radical la intencionalidad; y e) Que el acto involuntario sea producto de un comportamiento imprudente, negligente, sin la pericia necesaria o requerida o un actuar dondeno se llegó a observar reglamentos, órdenes o instrucciones debidamente impartidos. Jiménez de Asúa (2009) uniendo las mismas define así, los elementos de la voluntad y representación destaca que:

…existe culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que se sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo.

En una fórmula bastante amplia y conciliatoria sobre la naturaleza jurídica de la culpa, el autor nuestro Rodríguez, A., (2006), precisa:

"En lo que atañe a la definición de culpa o imprudencia es preciso advertir que existen diversas posiciones al respeto, por lo que puede constatarse que en la dogmática penal hay variadas teorías sobre su naturaleza jurídica, desde

aquellas que sostienen que lo esencial es que se omite prevenir el resultado delictivo, pasando por las que entienden que lo fundamental es más bien la violación del deber de atención, hasta llegar a las que postulan que lo central es que el agente incumple el deber objetivo de cuidado…"

Como forma de reflexión sobre la culpa, se puede resumir, que en ella no nos encontramos con una actitud sediciosa del sujeto frente al ordenamiento jurídico-penal, no, no estamos en presencia de una aptitud malvada y ansiosa de violentar la normativa vigente en sociedad, no, si bien existe voluntad en el delito culposo, en él se carece es de intencionalidad.

2.6.1.-MODALIDADES:

• **Impericia:** Esta palabra viene del latín *imperitia,* que significa la falta de pericia; la pericia por su parte implica la práctica, la experiencia o habilidad en la una profesión, arte u oficio. En sentido contrario a la pericia, la impericia se debe contabilizar como la ausencia o carencia de conocimientos, experiencias o destrezas imprescindibles para ejercerlas.

• **Negligencia:** De acuerdo con la Real Academia Española, la Negligencia debe verse como descuido u omisión, o la falta de aplicación. A pesar de muchos deslices en este sentido, múltiples veces se involucra la negligencia conjuntamente con la impericia y de acuerdo con la esencia de una y otra palabra, nequáquam puede verse así. En el ámbito penal la negligencia se asume como un descuido en las tareas u oficios que se practican, también la omisión o falta de atención o aplicación en lo que se realiza o debe hacerse.

• **Imprudencia:** La Imprudencia es la falta de prudencia y por ésta tenemos la moderación, la cautela en el actuar o la sensatez o simplemente el buen juicio del ser. La imprudencia arrastra entonces los riesgos innecesarios o soslayarse de las medidas de seguridad para impedir los riesgos o aminorarlos. Si bien en la imprudencia no existe la intencionalidad en el actuar criminal, de ella se derivan muchas de las consecuencias jurídicas en la órbita penal.

• **La inobservancia de los reglamentos, órdenes e instrucciones:** Como punto previo es menester aclarar que tanto los reglamentos, órdenes e instrucciones deben ser de carácter general y emanar de una autoridad competente. Jiménez de Asúa (2009), en este sentido señala que "la mera infracción de un reglamento o de un mandato no puede originar incriminaciones culposas", en efecto, debe tenerse presente el contenido legal de la disposición y la forma de actuar para que esté presente esta modalidad de la culpa, el ejemplo más gráfico lo tendríamos con el sujeto que acciona un arma sin el debido porte para lesionar a su enemigo, desde luego que la inobservancia del porte de armas no va a calificar las lesiones como culposas sino como intencionales.

2.6.2.-TEORIAS.

Siguiendo a Pavón Vasconcelos (2012), reseñaremos las diferentes posiciones que, con el objeto de sustentar la culpa diversos autores han planteado, entre ellas tenemos:

• Teoría de la Previsibilidad. Esta teoría izada entre otros por Carrara, tiene su base de sustentación en el concepto de previsibilidad, es decir, según su criterio la culpa es un defecto de voluntad al no prever ésta "*esas consecuencias siniestras"*. En esa misma dirección Von Liszt dice: *"La culpa es, formalmente, la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad."*

Conforme con esta posición de la previsibilidad, la culpa descansa en una previsión que el agente, aun teniendo el deber de prever algo no lo hizo.

• Teoría de la Imprudencia o negligencia: De acuerdo con este emplazamiento doctrinal, la culpa es hechura de la imprudencia o negligencia; Ignacio Villalobos citado por Pavón Vasconcelos, (2012), en esta postura sostiene:

"…una persona tiene la culpa cuando obra de tal manera que, por su negligencia, su impericia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación antijurídica típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era inevitable por él mismo."

Esencialmente esta teoría, a pesar de que no descarta contundentemente la previsión, traslada sin embargo el grueso de la culpa a los elementos de la imprudencia y la negligencia.

• Teoría de la causalidad eficiente. Esta posición doctrinal a decir de Maggiore mencionado por Pavón Vasconcelos (2012), descansa en dos premisas,

la primera tiene que ver con la llamada *causa voluntaria eficiente*, esto es, haber escogido en forma libre la razón de la causa; una segunda que se enmarida con la anterior y que es producto de no haber actuado de acuerdo con las exigencias del derecho.

• Teoría del error evitable. En esta teoría el error es colocado como principio del efecto dañoso, en consecuencia, en el no evitar el error estaría el sustento de la culpa, o para decirlo con palabras de Manzini recogidas por el autor referenciado para estas teorías, *"...producido involuntariamente o bien por efecto de la errónea opinión inexcusable de realizarlo…"*

• Teoría de la culpa como un defecto de la inteligencia. Para los tantos pensadores que se identifican con este enunciado, Merkel, Molinier, Tosti y Civoli entre otros, la culpa no es un vicio de la voluntad sino de la inteligencia que se puede traducir por ejemplo, en una falta de reflexión.

• Tesis de Pavón Vasconcelos. (2012) Para este jurista mexicano, luego de recoger los diversos elementos plasmados en las teorías antes citadas, define la culpa como: *"Aquel resultado (peligro o daño) típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de un una acción u omisión meramente objetiva y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico penal."*

2.6.3.-CLASIFICACIÓN DE LA CULPA DE ACUERDO CON LA DOCTRINA. De acuerdo con una parte de la doctrina, la culpa se puede clasificar de la siguiente manera:

•CULPA INMEDIATA: Este tipo de culpa se produce cuando existe una relación cierta y directa entre la acción del individuo y el resultado de la misma.
•CULPA MEDIATA: Estaremos en presencia de la culpa mediata, cuando el resultado se produce por una acción indirecta del individuo y el resultado de la misma, o lo que es igual, se necesita que la acción productora del resulta germine de una acción distinta.
•CULPA DERIVADA DE UN HECHO ILICITO: Este tipo de culpa se produce cuando el sujeto comete un hecho ilícito y amén de lo censurable de esta conducta, se origina también un nuevo tipo de responsabilidad derivada de una imprudencia u otro elemento de la culpa.
•CULPA CONSCIENTE: De acuerdo con la doctrina en la culpa consciente, el individuo ha previsto las consecuencias perjudiciales, probables o posibles de su acto, perosin embargo cree de una manera razonada que el mismo no se llegará a producir. Bajo esta tesis se hablaría de una culpa consciente y una culpa inconsciente, la primera como antes afirmáramos, se presenta cuando el agente, si bien no quiere causar el daño o lesión al bien jurídico sigue actuando; y la segunda supone que el agente no sólo no quiere el resultado en cuestión, sino que ni siquiera prevé su materialización. Para Morris Sierraalta Peraza (2011),

"…la culpa consciente es aquella en la cual el agente, en efecto, sí previó la producción del resultado como lo haría el buen padre de familia, y sin embargo continuó

su conducta, puesto que con ésta buscaba un resultado atípico hacia la cual dirigía su acción."

•CULPA LATA, LEVE Y LEVISIMA: Siguiendo al maestro MENDOZATROCONIS (1986), la primera ocurre en aquellos casos en que los resultados los podría prever cualquier persona; en la segunda por una persona diligente y en la última, por una persona extraordinariamente diligente.

2.7.-LA CULPA EN EL CÓDIGO PENAL VENEZOLANO.

Como antes afirmáramos, no se define de manera precisa la Culpa en nuestro Código Penal (2005), más sin embargo ella se deduce por el contenido del artículo 61, que prescribe:" *Nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye…"* Con esta literalidad queda estatuida la intencionalidad en nuestro ordenamiento jurídico penal, ahora, ante lo preceptuado en la norma se observa que ella misma contiene una excepción cuando aclara: *"…excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión."* Con esta excepción se abre la puerta eufemísticamente hablando, al delito culposo, pues si no se castiga al que lo hace sin intención ubicándonos en la inculpabilidad y se plantea una excepción a la conducta intencional, se hace deductivo que la otra forma de penalizar una conducta, es cuando ella se realiza de acuerdo con esa falta en el deber de atención que tienen los ciudadanos por el hecho de vivir en sociedad.

Al estudiar nuestro Código Penal observamos la descripción en la ley, de diez delitos culposos, ellos son: la revelación de secretos políticos o militares (artículo 136); violación de sellos (artículo 229); sustracción de cosas dadas en prendas o puestas en puestas en secuestro (artículo 231); incumplimiento de servicios por incumplimiento de sus obligaciones (artículo 233); evasión de detenidos o sentenciados (artículo 265); incendio, explosión, inundación, sumersión o naufragio por actuar en forma imprudente o negligente, o por impericia en su profesión, arte o industria, o por inobservancia de los reglamentos, órdenes o disposiciones disciplinarias (artículo 356); peligro o catástrofe en la vía férrea por negligencia o impericia de su arte o profesión, inobservancia de los reglamentos, órdenes o instrucciones (artículo 359); adulteración, envenenamiento o venta de aguas medicinales por actuar con imprudencia, negligencia o impericia en el arte, profesión o industria o de inobservancia de los reglamentos, órdenes o instrucciones (artículo 369); homicidio (artículo 409); lesiones (artículo 420). Algunos juristas incluyen como delito culposo, la omisión de dar cuenta o prestar socorro a una persona abandonada o en peligro (artículo 438) pienso que la omisión en este caso, debe valorarse como una conducta intencional, que lo antijurídico del tipo está precisamente en la omisión, pues en dicho tipo no se mencionan para nada las exigencias propias de los delitos culposos.

2.8.-El Dolo como elemento de la culpabilidad.

Hemos sostenido que no es suficiente que el hecho causado por el sujeto produzca una lesión sino que además, se requiere que el mismo haya sido querido por el agente o que sea producto de una impericia, imprudencia, negligencia o inobservancia de los reglamentos u órdenes debidamente impartidas, como hemos dejado asazmente apuntado ut retro; desde luego, esto no siempre fue así, en el derecho primitivo por ejemplo, se tomaba en cuenta la llamada "*responsabilidad objetiva"* o *" responsabilidad del resultado"*, según ellas, la importancia para el ámbito penal lo tenía la causación de una lesión para que naciera la responsabilidad, esto, aunque el sujeto no hubiese querido o podido prever o evitar tal resultado. En el transcurso de la humanidad y del derecho, se fue desgastando esta posición para darle paso a un concepto de responsabilidad que tomaba en cuenta el aspecto psicológico del agente que haya podido o querido prever el resultado en cuestión. Este aspecto que tiene su razón de ser en la intencionalidad es lo que denominamos Dolo.

2.8.1.-EL DOLO CONCEPTO Y DEFINICION.-

El dolo se debe tener como la conducta intencional del individuo, la culpa por el contrario, presupone la no intencionalidad y de acuerdo con la doctrina y nuestra legislación penal ella se industrializa cuando están presentes elementos como la impericia, la imprudencia, negligencia o la inobservancia dedispo-

siciones, instrucciones, órdenes o reglamentos debidamente producidos. La palabra dolo viene del latín *"dolus"*, que significa *engaño, fraude, simulación* esto según el Diccionario Real Academia Española,(2000), es una acepción generalizada y tiene aceptación tanto en el derecho civil como en el penal; el dolo entonces, es en un comportamiento que está dirigido a producir un daño.El doloes definido como una voluntad dirigida a alcanzar un objetivo sabiendo que el mismo es un delito; es la materialización de un resultado típicamente antijurídico, sin duda alguna con respecto al conocimiento de todas las circunstancias del hecho y con una representación del resultado que se espera.En otras palabras, en el dolo el resultado injusto coincide con lo querido y esperado por el agente; el sujeto se propone realizar una accióna sabiendas que la misma es delictiva y la realiza, sabe que el resultado es típico y dirige su acción para producirlo. Podríamos resumir diciendo que el dolo es la voluntad de delinquir con conocimiento de los elementos del delito, esto es, saber que es un acto típico, que es antijurídico y necesariamente culpable. Para MENDOZA TROCONIZ (1986), "el dolo es la voluntad de cometer un acto sabiendo que es punible, pues es un acto interno del sujeto". Por su parte, JIMENEZ DE ASUA (2009), sostiene que:

El dolo está compuesto de dos elementos: la voluntad y la representación, es decir, que es el acto que el autor se representa y lo realiza de acuerdo con su voluntad, el individuo con capacidad de entender y querer se repre-

senta el resultado y voluntariamente lo materializa.
También se hace indispensable acotar que si bien el dolo en materia penal, es expresión de una intensión en la criminalidad del acto u omisión previsto y sancionado como delito en la ley penal, el término tiene existencia en el derecho civil y lo podemos encontrar: a) Como elemento de incumplimiento de las obligaciones, o lo que es igual, la intención deliberada en la inejecución de la prestación debida; b) Como factor de atribución de responsabilidad civil por acto ilícito; y c) Como vicio de la voluntad que es sinónimo de engaño. Con esta subclasificación civilista, nos hemos remontado a la antigua clasificación del Derecho Romano, desde luego, ya en desuso doctrinal. Se hablaba del *"dolusbonus"* en el cual se incluían todas las astucias licitas, aquellas maquinaciones que podía realizar un ciudadano sin que ello implicara responsabilidad penal, muy común en las actividades de comercio, por ejemplo: "…le vendo esta toga que dura hasta que se acaba."; El *"dolusmalus"* que implicaba toda astucia o maquinación destinada a engañar a otra persona cuya acción era perjudicial y que sin tal engaño no se hubiera ejecutado, este sí era objeto de sanción.

2.8.2.-ELEMENTOS DEL DOLO.-

Podemos señalar dos especies de elementos que se encuentran presentes en el dolo:

•*INTELECTUALES: Que son aquellos que tienen existencia real antes del acto volitivo, antes de que el autor se haya propuesto realizar el acto mismo,*

ellos son independientes de su voluntad. Por ejemplo: En el caso del hurto, se sabe que la cosa no es de su propiedad. Podríamos aseverar, que con los elementos intelectuales el individuo conoce la ilicitud del acto y lo antijurídico de su conducta.

•EMOCIONALES: Estos están constituidos por tres (3) subelementos: a) la voluntad; b) la intención, y c) el fin. Por ejemplo: En el caso del hurto, tomar la cosa ajena, despojar del bien a un tercero y obtener un provecho injusto.

2.8.3.-TEORIAS:

A los fines de darle sustento o repuesta a la concepción del dolo, la doctrina nos presenta tresteorías, ellas son: de la voluntad; representación y del asentimiento.

a) TEORIA DE LA VOLUNTAD.- De acuerdo con esta tesis, la esencia del dolo se encuentra en la voluntad del agente que la exterioriza en una forma activa u omisiva con respecto al cambio que produce en el mundo exterior. (Carrara, Von Hippel).

b) TEORIA DE LA REPRESENTACION.- Esta teoría señala que tal esencia del dolo, no se encuentra en la voluntad, sino en esa representación mental que el sujeto realiza pensando en un resultado antijurídico; es decir, el sujeto se representa un resultado injusto y aun así no desiste de su acción. (von Lizst)

c) TEORIA DEL ASENTAMIENTO.- Esta teoría toma ciertos matices de la teoría de la

voluntad, ella no se identifica con lateoría de la representación plenamente, hace una somera alusión a ella, para luego sostener que el sustento se encuentra en el acto de conformidad que el individuo le presta al resultado. (Beling)

2.8.4.-Clasificación del dolo:

La doctrina tradicional ha señalado varias especies de dolo, es así que se habla de ocho tipos distintos y que abarcan diversos aspectos, como muestra tendríamos: por su nacimiento (dolo inicial o procedente y subsiguiente); por su extensión (determinado e indeterminado); por su modalidad en la dirección (directo, eventual y de consecuencia necesaria); por su intensidad (genérico y especifico); por su duración (de ímpetu, simple y de propósito); por su contenido (de daño y de peligro); por su categoría (principal y accesorio); por su realización (posible y real). Tomando como muestra esta clasificación brindamos a continuación la siguiente:

•DOLO DIRECTO Y DOLO INDIRECTO: Hay dolo directo, cuando el sujeto ha querido y previsto los resultados de su acción u omisión y estos resultados se corresponden con su intención, es otras palabras, ese resultadono esotra cosa que una consecuencia directa de la acción del individuo, hay una acción cierta ya directa y como consecuencia una real vinculación de la misma con el sujeto y el resultado. En el dolo indirecto, dicho re-

sultado se ha derivado de otra situación jurídica,esto es, se hace necesaria una acción principal para que se produzca de un resultado primario y posteriormente se logre el objetivo querido por el sujeto. También la doctrina los ha denominado "dolo directo de primer grado" o dolo de intención en sentido estricto, y también "dolo directo de segundo grado", en donde además del conocimiento toma parte la previsibilidad.

•DOLO DETERMINADO Y DOLO INDETERMINADO: Estamos en presencia del dolo determinado, cuando el individuo se propusode una manera específica cometer un delito deforma especial. Por ejemplo: Quiero matar a Pedro y lo hice. En el dolo indeterminado, el sujeto quiere lograr un resultado entre varias opciones. Por ejemplo: Quiero matar un alumno de la Universidad, aquí como podemos notar que el individuo no particulariza, no especializa el resultado sino que opta entre varias alternativas, porque el alumno puede ser de derecho, de ingeniería, de 2do año, etc.

•DOLO GENERICO Y DOLO ESPECIFICO: Tanto el uno como el otro marcan una gran similitud con el dolo determinado o el indeterminado, no obstantela diferencia se encuentra en el ánimo delictivo del agente. Por ejemplo, robar o hurtar lo que se presente

o robar específicamente un determinado bien.
•DOLO DE DAÑO Y DOLO DE PELIGRO: En el dolo de daño, la intención delsujeto es ocasionar una lesión en algúntipo de bien protegido por el derecho mismo, en tanto que en el dolo de peligro, a pesar de la acciónno se produce ninguna lesión material, perodebido al acto se viven momentos de angustia, pánico o terror. En ambos sin embargo, se produce un cambio en el mundo exterior, a pesar de que en uno no hay lesión.
•El DOLO EVENTUAL. Este tipo de dolo, por ser la esencia misma de la tesis lo desarrollaremos en el capítulo siguiente. No obstante esta advertencia es juicioso recordar que en doctrina, la tesis del Dolo Eventual adquiere relevancia y notoriedad, con una sentencia del Tribunal Supremo Federal de Alemania denominada *El caso de la correa de cuero"*. Tratase un suceso en el cual dos jóvenes se proponen sustraer cierta cantidad de dinero a un tercero que es homosexual, piensan los individuos que éste último no los denunciará para que no se haga pública su condición de homosexual. Se proponen dejarlo inconsciente cortándole la respiración con una correa de cuero, pero al pensarlo mejor deciden dejarlo inconsciente con un saco de arena y desisten del plan original por considerarlo peligroso. La noche escogida golpean a la víctima con el saco de

arena, éste se rompe y el agredido se despierta, los sujetos regresan al plan inicial de la correa de cuero, le colocan la correa y notan que el individuo no tiene signos vitales, tratan de reanimarlo sin resultados positivos. En conocimiento del Tribunal referenciado observa en primer lugar que los acusados no querían la muerte del sujeto, pero habían advertido tal posibilidad, es así que sentencia este órgano jurisdiccional que en este tipo de dolo, el resultado es algo que resultaba indeseable para los autores.

2.9.-DOLO EVENTUAL COMO FORMA ESPECÍFICA DEL COMPORTAMIENTO. DEFINICION Y ANALISIS: En el Dolo Eventual, el sujeto ve el hecho como un riesgo, pero sin embargo no deja de actuar, es decir, no quiere el resultado pero sabe que éste puede ocurrir y no obstante no deja de actuar. Para JIMENEZ DE ASUA (2009), hay dolo eventual cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción ratifica en última instancia. Jorge Frías, (1996) asevera que "…el dolo eventual existe con relación a un resultado o una consecuencia que ha sido representada o prevista por el agente de una manera posible y aun probable." Roxin (1997) considera que el dolo eventual presupone que el sujeto cuenta con la posibilidad de realizar el tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar lo perseguido, resignándose a

la eventual realización del delito. Sobre este particular JAKOBS (1995), señala que estamos en presencia del Dolo Eventual, cuando el sujeto se ha representado como no imposible la materialización de un resultado, más sin embargo, no procura evitarlo. Para nosotros, en el dolo eventual se traspasan los linderos naturales de la culpa, como consecuencia de un riesgo asumido por el agente. En una extensa explicación catedrática con subrayado nuestro, Mir Puig (1996), desarrolla el dolo y en ella el Dolo Eventual así:

"*El dolo exige conocimiento de la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido. Esta peligrosidad concreta y típicamente relevante es la base objetiva a que debe referirse la representación intelectual necesaria para el dolo. Pero no se trata tanto de cuantificar un determinado grado de probabilidad que deba advertir –como pretende la teoría de la probabilidad-, cuanto de preguntar si el sujeto que advierte la posibilidad del delito cree que en su caso puede realizarse dicha posibilidad o, por el contrario, lo descarta. No importa la sola conciencia de la probabilidad estadística, sino el pronóstico concreto de lo que puede ocurrir en el caso particular… / Es correcto exigir para el dolo eventual que pueda hablarse de un verdadero 'querer' como 'aceptar'. También es acertado señalar que para ese aceptar basta el 'conformarse con', que no requiere tanto como desear, perseguir, aprobar o consentir con agrado. Pero dicha forma de querer concurre necesariamente siempre que*

se impulsa o mantiene voluntariamente (o, si se prefiere, siempre que se decide llevar adelante) la conducta que advierte como suficientemente peligrosa en el caso concreto. Quien 'toma en serio' la probabilidad del delito, en el sentido de que no la descarta, ha de aceptar necesariamente dicha probabilidad si decide realizar la conducta peligrosa… / Cuando el sujeto no descarta que su conducta puede lesionar un bien jurídico-penal ni cree posible 'confiar en' que no vaya a ser así y, pese a tal conciencia de su virtualidad concretamente lesiva, lleva adelante su acción, realiza dolosamente la conducta peligrosa, única cosa que puede prohibir la norma de determinación… concurre dolo eventual. La dogmática tradicional, centrada en la causación del resultado, tropezará, en cambio, con la dificultad de que querer –aceptar- la acción reconocida como concretamente peligrosa no implica forzosamente querer el resultado que pueda producir. Ello confirmaría que basta para el dolo querer la conducta prohibida, sin que sea preciso aceptar, además, el resultado. Piénsese en quien, pese a considerar muy probable el resultado y no creer posible confiar en que no se produzca, actúa en la esperanza de que no tenga lugar y hace votos por que no sea así. Este sujeto acepta el riesgo y no lo detiene la posibilidad de que se produzca el resultado, pero desea fervientemente que no tenga lugar: sin duda debe afirmarse la presencia del dolo eventual y, sin embargo, es difícil decir que se 'quiere' el resultado. Ejemplo: El terrorista que cumpliendo órdenes se aviene a colocar una bomba en un local en el que sabe que es muy posible que

se encuentre un amigo suyo, lo hace con plena conciencia de que éste morirá si efectivamente se halla presente en el lugar de la explosión, pero desea con todas sus fuerzas que no sea así. Si supiera seguro que su amigo morirá, no pondría la bomba, pero ante la posibilidad de que no sea así acepta correr el riesgo esperando que no se realice, aun sabiendo que puede fácilmente no ser así. No cabe duda de que concurrirá dolo eventual si la muerte tiene lugar y, no obstante, será difícil afirmar que el terrorista 'quería' el resultado"

En el anteproyecto del Código Penal del doctor Alejandro Angulo Fontiveros, en el artículo 52, (2005) se lee:

*Artículo 52.-***Dolo.** *El delito es doloso cuando el agenteconoce los hechos constitutivos de la infracción penaly quiere su realización. Habrá dolo eventual cuando el agente se representa como probable la consecuencia de su ejecutoria pero continúa procediendo igual.*

En el artículo 18 del Código Penal Uruguayo, (1998) al plasmar lo relativo a la culpabilidad se señala:

Artículo 18. *Régimen de la culpabilidad: Nadie puede ser castigado por un hecho que la ley prevé como delito, sino es intencional, ultraintencional o Culposo, cometido con conciencia y voluntad…El resultado que no se quiso, pero que se previó, se considera intencional, el daño que se previó como imposible se considera culpable.*

En Colombia tradicionalmente el legislador estableció la imposibilidad de penar por un hecho punible si no se realiza el mismo con dolo, culpa o preterin-

tención, ahora en el Código Penal (s/f) describe el dolo y de su definición se extrae también lo relativo al Dolo Eventual, veamos:

Art. 36.-Dolo. *La conducta es dolosa cuando el agente: Conoce los hechos constitutivos de la infracción penaly quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.*

Una definición bastante amplia en cuanto al significado del dolo eventual nos la proporciona la Suprema Corte de Justicia de Mendoza (2007):

"*Obra con dolo eventual aquella persona que incluye en los cálculos de su accionar la realización de un acto que encuadra en un tipo reconocido o en una conducta antijurídica (por tratarse de un delito tipificado o simplemente de una contravención a una obligación impuesta por el ordenamiento jurídico), cuya consecuencia dañosa es admitida como posible, sin que la misma le disuada de su plan. En conclusión el sujeto que actúa con dolo eventual, no actúa descuidadamente, por el contrario, sabe lo que hace y siendo consciente del grado de peligro que su comportamiento lleva implícito para su bien jurídico, bien por indiferencia, bien por desprecio hacia ese bien jurídico o bien sin ningún tipo de sentimiento negativo respecto a ese bien jurídico sigue actuando, decide seguir adelante con su comportamiento, anteponiendo sus intereses a la integridad del bien jurídico que con su hacer amenaza.*

Conforme con los tópicos legales, jurisprudenciales y doctrinales que sobre el Dolo Eventual emergen en nuestra mundo contemporáneo, esta figura, si bien puede tenerse como una forma imperfecta del mismo dolo y rayar con los linderos de la culpa consciente, no es menor cierto que presenta una particularidad indiscutible que no es otra que el riesgo. Pero es un riego, que da la somera impresión que asume el sujeto y que casi espera su producción, el sujeto sabe que puede ocurrir y no deja de actuar o "casi" espera que ocurra. Allí en esta decisión de asumir el riesgo es que se encuentra la intencionalidad.

2.9.1.-ESENCIA DEL DOLO EVENTUAL.-

Desgranando al Dolo Eventual, tenemos aclarado que la palabra Dolo significa engaño, fraude o simulación y en materia penal, es sinónimo de intención de cometer un delito a sabiendas de su carácter antijurídico; gramaticalmente al buscar la esencia del dolo eventual, tendríamos que el dolo es el sustantivo, lo que tiene existencia real, independiente o individual. Si tenemos que el dolo es lo sustantivo, lo eventual es el adjetivo, aquello que le da sentido a lo sustantivo, aquél que no puede existir sin la presencia del sustantivo; en materia penal este adjetivo sería lo que esta propenso a cualquier evento, contingencia, aspecto fortuito o incierto, lo aleatorio o casualidad, todo aquello de igual jaez, pero que se tenga como un riesgo asumido por el agente.

2.9.2.-ELEMENTOS DEL DOLO EVENTUAL.-
Al compaginar el conocimiento del acto delictivo y el significado de este último para así estructurar el dolo, solo necesitaríamos sumar la palabra riesgo paraedificar de esta manera el dolo eventual. Pues bien, de tal labor podemos extraer desde la doctrina,tres elementos que nos permitirán un mejor estudio del dolo eventual, y con ello tenemos:
a) El conocimiento como elemento del dolo eventual.-
Para la doctrina penal, ha sido de gran interés el análisis del elemento cognoscitivo en el momento de tratar todo lo relativo al elemento intelectual del dolo, en efecto, conocimiento nos viene de conocer y de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, (2000) es "*Averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza ,cualidades y relaciones de las cosas"*, ahora, en los terrenos de la Teoría del Delito, este conocer debe tenerse como saber o entender el significado del tipo penal. Con lo anterior se puede deducir una conexión psíquica que se establece entre el agente que conoce y el objeto por él conocido, esto resulta una particularidad muy representativa pues solo conoce el hombre, el miembro de la especie humana dotado de consciencia de ese discernimiento entre el bien y el mal, lo cual también entraña un aspecto psicológico que permite imputarle al individuo un hecho por él cometido. Muñoz Conde, citado por M. del Mar Díaz Pita, al referirse a el elemento intelectual del dolo (1993)afirma:
"Se refiere, por tanto, a los elementos que caracterizan objetivamente la acción como típica,(elementos objetivos

del tipo): sujeto, acción, resultado, relación causal o imputación objetiva, objeto material, etc. Así, por ejemplo, el tipo subjetivo del homicidio doloso requiere de conocimiento<…> de que se realizan los elementos objetivos del tipo de homicidio: que mata, que la acción es adecuada para producir la muerte de otra persona, que la víctima es una persona y no un animal, etc."

b) La voluntad como elemento del Dolo Eventual.- El término voluntad presenta en el mundo coloquial, múltiples o variadas acepciones, nosotros tomaremos como base de partida la definición impresa por la Real Academia Española (2000), "*Potencia del alma, que mueve a hacer o no hacer una cosa…o,…Acto con que la potencia volitiva admite o rehúye una cosa, queriéndola, o aborreciéndola y repugnándola."* Atendiendo a la Teoría del Delito, la voluntad esaquella decisión que se expresa a través de comportamiento que en forma libre se realiza para producir un cambio en el mundo exterior. Desde luego que esa voluntad camina en forma paralela con el nivel cognoscitivo, ello en razón de que esa decisión tomada por el individuo requiere de un saber que lo complementa para su determinación. Con el objetivo de explicar en profundidad la voluntad, la doctrina ha elaborado las tesis causalistas y finalistas, evitando profundizar en disquisiciones filosóficas solo nos limitaremos a indicar que de acuerdo con la teoría causalista, la voluntad requiere de una causa para producir un cambio en el mundo exterior; en tanto para los finalistas, la voluntad está basada en una capacidad que tiene el individuo para prever con-

secuencias de acuerdo con su intervención, esas consecuencias serían el factor de configuración de la voluntad. Conjugando lo anterior podríamos asegurar, que la voluntad cumple con una destacada dualidad en el Derecho Penal, por una parte señala claramente las acciones regidas por ella y por lo tanto, imputables para el su autor, lo cual lo deslinda de otros acontecimientos o cambios en el mundo exterior, que si bien los puede realizar un hombre, más sin embargo, al faltar el elemento volitivo no le acarrean responsabilidad de tipo penal. Por la otra parte, también cumple otra función para nuestra disciplina, esta vez en lo relativo al dolo mismo, pues la voluntad permite su separación de las conductas imprudentes.

c) El riesgo como elemento del Dolo Eventual.- Resulta prácticamente imposible desdeñar la figura del riesgo como elemento fundamental en el dolo eventual, en efecto, si de forma mayoritaria se acepta al riesgo como un componente del mismo, al escindir su definición resulta totalmente lógico el análisis particular o independiente del mismo dada su características intrínsecas y así lo haremos en una forma minuciosa. El riesgo gramaticalmente se entiende como una contingencia o la cercanía con un daño, es decir, se debe tomar como aquello que puede traer consecuencias positivas o negativas, desde el punto de vista que nos interesa en el ámbito del dolo eventual, el riesgo se entiende o se toma como un símil de peligro, pero aún más, el riesgo involucra en el nomenclátor del *dolus eventuales*, azar, albur, casualidad,

eventualidad o posibilidad de que ocurra un determinado acontecimiento y los daños que del mismo se deriven.Ahora, el riesgo bajo estos términos siempre se ha ubicado dentro del mundo de los delitos imprudentes o delitos culposos, pero cuando ese asumir riesgoso traspasa los llamados linderos de la culpa, penetra inexorablemente tal conducta en el ámbito de la intencionalidad y por ende dentro de los delitos dolosos. La intencionalidad del sujeto se encuentra precisamente en asumir el riesgo, en saber que si sigue actuando de esa manera puede producir un daño, en "ratificar" como lo expresa Jiménez de Asúa, esa voluntad de actuar ante la representación de un resultado. El riesgo igualmente supone, la factibilidad implícita en una conducta en relación a un resultado, el riesgo lleva consigo mismo una posibilidad cierta o posible de producir un resultado al ser conocido por el sujeto, ya que si el agente desconociera las consecuencias negativas de su acto estaríamos en presencia de otra situación jurídica. Insistimos arduamente en la palabra "daño" y su acepción en la Teoría del Delito, por el hecho de más adelante nos referiremos a un "riesgo" que debe tomar o asumir el profesional de la medicina y que en nada se involucra con este elemento en este rótulo analizado.

2.9.3.- CARACTERISTICAS DEL DOLO EVENTUAL.-

Así como hemos indicado los elementos del Dolo Eventual que de manera específica estructuran esta figura, también existen ciertas particularidades que lo

llegan a identificar. Algunas características han sido aludidas en los elementos reseñados, pero no obstante hemos creído razonable dada su singularidad indicarlas en un aparte,entre ellas tenemos: a) La acción, esto es el movimiento que crea o produce un determinado peligro del bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico; b) El sujeto activo capaz de crear una situación de peligro con la producción un cambio en el mundo exterior que hubiera podido evitar; c) La representación que se hace de las consecuencias del hecho como posibles; d) La continuidad de la acción a pesar de preverse el resultado; e) La decisión de asumir el riesgo a pesar de la representación, en nuestra opinión la característica que define la intencionalidad del sujeto. En esta decisión queda descartada toda acción directa e indirecta, en su decisión esta la indiferencia por el resultado como consecuencia de un actuar eminentemente delictivo.

2.9.4.-EL DOLO EVENTUAL EN EL CÓDIGO PENAL VENEZOLANO.-

Como bien sabemos no precisa el Código Penal Venezolano una definición del dolo, por consiguiente mucho menos del Dolo Eventual, ahora, en honor a la verdad son escasas las definiciones que realizó el legislador en nuestra ley sustantiva, la alevosía y la definición de armas (artículos 77 y 273) son una muestra de la carestía o pocos casos en este sentido. Pero bien y en regreso de lo atrás afirmado, al no existir de manera taxativa el dolo en nuestro ordenamiento jurídico penal, como tampoco se define la acción, la

tipicidad, la Antijuricidad, la culpabilidad y la pena, ello no es óbice para sostener su no aplicabilidad en el proceso penal venezolano y, siendo el Dolo Eventual, como hasta ahora hemos afirmado una expresión de un actuar intencional, su aplicación jurídica se sustenta en el tantas veces mentado artículo 61 del Código Penal Venezolano.

2.9.5.-EL DOLO EVENTUAL Y LA JURISPRUDENCIA VENEZOLANA.

Para darle materia o soporte a este título, se hace forzoso dividir las sentencias de nuestro máximo Tribunal de la República, en un antes y después del fallo proferido el 12 de abril de 2011, por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y ponencia del Dr. Francisco Carrasquero López; un antes porque partiremos con el dictamen cuyo ponente fue el Dr. Angulo Fontiveros y luego o un después, en razón de que a partir de esta sentencia y dado el carácter vinculante en ella contenido, se inscribe en nuestra judicatura una nueva forma de aplicar el Dolo Eventual. Son múltiples o diferentes las manifestaciones surgidas con losfallos que traemos al tapete, por ello, además de la sentencia antes referenciada recogemos, la sentencia No 1703 cuya ponencia es la del Dr. Alejandro Angulo Fontiveros y la No 554 cuyo ponente es el magistrado Héctor Coronado Flores. Transcritas las mismas y por razones didácticas colocadas según el tiempo en un orden y en un anexo,matricularemos de seguidas opiniones relacionadas con este tema y el contenido de ellas.

Con fecha 21 de diciembre de 2000, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Dr. Alejandro Angulo Fontiveros y voto salvado del magistrado Jorge L. RosellSenhenn, emite el siguiente fallo:
(VER TEXTO COMPLETO EN ANEXO NRO. 1)
Si bien la sentencia antes aludida trajo consigo un sin número de opiniones en uno y otro sentido, y al final de este apartado será plasmado el nuestro, pero mientras tanto se hace menester, traer a colación el parecer del Dr. Angulo Fontiveros (2012) al propósito de su ponencia:

El Dolo Eventual (DE) nunca se aplicó en Venezuela-lo cual, y lo digo por vez primera y con respeto, fue anticientífico-hasta el 21-12-00 en sentencia 1.703 del TSJ (Sala Penal) con ponencia mía. Hízose justicia al no descargar la severa pena del homicidio con dolo de primer grado sobre el culpable de un dolo menos grave. El DE tomó actualidad y máxime hoy por motivo harto doloroso cuan conocido.

Hay confusión (en Lara se dictó homicidio culposo con DE) y algo de abuso en el tema pese a que en 2007, en el generoso homenaje habido en la USM a mi modesta persona, pedí a Roxin-el más grande penalista del mundo- y al eminente Gimbernat enseñar el DE. Confusión máxima cuando el 29-10-09 la Sala Penal abolió el DE porque "no aparece contemplado" en la ley. Esto es falso y la decisión fue anulada (12-4-11) por la Sala Constitucional;

pero" el remedio fue peor que la enfermedad" porque se sustituyó una injusticia menor (aplicar la pena del homicidio culposo-mucho más leve-al homicidio intencional) por una injusticia mayor: castigar un dolo menos grave con la mayor pena de un dolo más grave. Y es preferible vivir en la nesciencia penal que con un DE draconiano.

La Constitucional, en alusión a mi ponencia, expresó: "Así como Ningún magistrado (…) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo". Más que penas, decretamos (no actué solo) minorantes. Aquello no fue homicidio intencional y por eso reputóse voluntario; pero como el dolo no fue de primer grado, se aplicó el DE y alivióse la pena: entre la del intencional y el culposo. Muy justa porque la gravedad del fronterizo DE está entre el homicidio con dolo de primer grado y el intencional homicidio culposo. Es mejor el antojo de atenuar que el antojo de agravar. La Constitucional tácitamente decretó la misma pena a quien mata sin dolo directo (DE) o con él: suprema injusticia. Debió ir al fondo y resolver la reticencia del Código Penal sobre el DE; pero se atascó en la superficie y consagró la injusticia.

La responsabilidad es dolosa y culposa (con representación o consciente y sin representación o inconsciente). Doloso es el robo porque el despojo es el fin del ladrón; pero si la jefa de enfermeras-según el Manual del Quirófano es la responsable y no el cirujano- olvida extraer una gasa del operado, habría lesión u homicidio por negligencia: el olvido implicó inconsciencia

del resultado. Distinguir DE de culpa consciente es muy difícil (teorías del consentimiento y de la probabilidad) e importante. Hay dolo directo de primer grado (cuyo resultado no era querido directamente por el autor pero lo sabe inevitable como el aborto al matar a una gestante) y el dolo indirecto de tercera fila o DE: cuando el agente se representa como probable la consecuencia de su ejecutoria pero continúa actuando igual y así lo define el proyecto del Código Penal que redacté.

Si A golpea a B, su muerte no la causó con dolo directo de primer grado si su fin fue la tunda y no matarlo, ni de segundo grado porque su fin no era indefectible la muerte: ¿hay un homicidio con DE o sólo unas lesiones dolosas en concurso con un homicidio imprudente?

La sentencia que en palabras del Dr. Angulo Fontiveros "abolió" el dolo eventual, aparece publicadaenfecha 29 de octubre de 2009, en efecto, la Sala de Casación Penal de nuestro máximo tribunal y bajo la ponencia de su miembro Héctor Manuel Coronado Flores y voto salvado de la magistrada Miriam Morandy Mijares, emitió un fallo que dio lugar a múltiples discusiones doctrinarias, el mismo es del siguiente tenor:

(VER TEXTO COMPLETO EN ANEXO NRO 2)

En relación a este fallo de la Sala Penal en el cual desaplica el dolo eventual por considerarlo atípico, el jurista español, Enrique GimbernatOrdeigi catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, (2010), expresó:

El dolo eventual también está castigado en el código penal venezolano y no puede ser subsumido en el tipo imprudente.

La doctrina sobre el dolo eventual establecida en la sentencia del Tribunal Supremo el 29-10-09 no puede convencer porque: en primer lugar, la interpretación que propone de "intencionadamente" no es la única posible, ya que ese vocablo también puede ser entendido normativamente, en el sentido de que, frente a la mera imprudencia (los casos menos graves), abarca los restantes (los casos dolosos) que son los más graves; y, en segundo lugar, porque esos supuestos que se hallan entre el dolo directo de primer grado y la imprudencia, en ningún caso pueden ser calificados de "imprudentes" o "descuidados", por lo que tampoco serían subsumibles-de acuerdo con el principio de la legalidad- en el tipo imprudente, por lo que se llegaría a la absurda, injusta e insostenible consecuencia de que tales supuestos, a pesar de encerrar una mayor gravedad que los imprudentes, tendrían que quedar impunes.

Con lo expuesto quedan acreditadas las consecuencias devastadoras que se producirían si la jurisprudencia limitase la aplicación de los tipos dolosos a las conductas ejecutadas con dolo directo de primer grado, con lo que quedarían al margen del derecho penal-y, por consiguiente dentro del campo de la impunidad, ya que tampoco se podrían incluir en los tipos imprudentes- las realizadas con el segundo grado y con el eventual-las diferencias entre aquél y éste tampoco son muy sustanciales, ya que mientras que en el primero (en el de segundo grado) se causa un resultado que se sabe necesariamente unido a lo que directamente se persigue, en el segundo (en el eventual) lo que se sabe

es que ese resultado está muy probablemente unido a la finalidad propuesta.-Por ello, e independientemente de cómo los distintos códigos penales definan al dolo ("intención", "voluntario", etc), esas expresiones deben ser interpretadas, no en un sentido restringido, sino en uno normativo que, sin exceder del sentido literal posible de las palabras, abarque también tanto el dolo directo de segundo grado como el eventual.

Sobre esta sentencia de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia de nuestro País, el siempre jurista Hernando GrisantiAveledo, estampa en el opúsculo"Sobre la existencia del DOLO EVENUAL" (2010) su opinión de esta forma:

"Al incurrir en un interpretación que, desde hace muchos años, he denominada **reumática** *de la ley penal, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Penal, con ponencia del magistrado Héctor Coronado Flores y voto salvado de la magistrada Miriam Morandy Mijares, profirió, el 29 de octubre de 2009, un poco atinada sentencia que pasa un caso diáfano y nítido de dolo eventual al campo de la culpa."*

Y al entrar de lleno a comentar la sentencia objeto mismo de este separado, el doctor GrisantiAveledo sostiene:

El error esencial del fallo-y nunca mejor dicho-in comento, estriba en encarar un problema de culpabilidad, como si se tratase de una cuestión de tipicidad, lo cual revela un absoluto desconocimiento de la Teoría del Delito."

"*Todos los penalistas admiten la existencia del dolo de consecuencias necesarias, aun cuando no hay artículo que a él se refiere expresamente, puesto que basta el que prevé el homicidio doloso. Pues bien, lo mismo ocurre con el dolo eventual.*

Fechada el 12 de abril de 2011, la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia y con la ponencia del magistrado Francisco Carrasquero López, se dictó el fallo antes mencionado.

(VER TEXTO COMPLETO EN ANEXO NRO. 3)

Sobre esta sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, consideramos pertinente traer a estas páginas la emotiva opinión del abogado Rafael Eduardo Abreu (2011), titulada "Dolo eventual resucitado y afianzado", la cual es del siguiente contenido:

Afortunadamente, solo 1 año, 5 meses y 14 días duró el destierro-dentro de las decisiones de los tribunales penales venezolanos- de una de las más grandes instituciones surgidas en la Ciencia penal universal, como lo es, ha sido y siempre será el Dolo Eventual. En efecto, la sentencia 554/2009 de la Sala Penal que proscribía tal categoría-cuyos precursores prácticos y científicos de dicha concepción fueron Boehmero, Putmann y Feuerbach- fue recientemente anulada por la decisión 490/2011 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En un modesto trabajo de mi autoría publicado en la revista No 33 del TSJ realicé algunos comentario doctrinales y jurídicos en contra de la decisión 554, acá recordaré algunos de ellos.

En ese sentido, ¿Por qué mi desacuerdo con tal sentencia?
-Porque el Dolo Eventual ha sido reconocido no solamente en Venezuela, sino también en muchos países de larga tradición dogmatica penal, como una forma legítima de dolo- aunque no expresamente legal- con un tratamiento equiparado al de dolo directo sobre todo en los delitos más graves como el homicidio, Parricidio y el Robo con Homicidio.
-Por el amplio respaldo que le da la doctrina penal universal, admitiéndose en la gran mayoría de las legislaciones del mundo, incluso definido por el propio legislador en el texto de la ley.
-Porque el grueso de la literatura penal vigente, exige que se le atribuya una mayor consistencia a su base normativa.
-Porque los acuerdos tácitos entre doctrina y jurisprudencia garantizan efectos tranquilizantes respecto a la casuística penal que en Venezuela surgirá en los próximos años.
-Porque tal decisión no es compatible con el modelo liberal de derecho penal orientado hacia la protección de los bienes jurídicos.
-Porque sencillamente llegó el momento de reconocerle su gran fisonomía estructural tanto doctrinal, como legislativa y jurisprudencialmente.
-Y, para evitar la nefasta consecuencia de que algunas conductas que se hallen entre el dolo directo de primer grado y los delitos culposos queden tristemente impunes.

Tal como antes lo hemos aclarado, estas tres sentencias del Tribunal Supremo de Justicia actuando en Sala Penal y Constitucional, dieron el material necesa-

rio para el debate y posturas en relación a cada una de ellas. La primera de las mencionadas y con ponencia del Dr. Alejandro Angulo Fontiveros, incorpora una posición generalizada en relación al Dolo Eventual, nos referimos a ese criterio de mixtura entre dolo y culpa; la valiente sentencia nos remite a consideraciones que tocan el mundo de lo justo en el momento de penalizar, y así lo expresa su autor: "Esta laguna legislativa debe resolverse en beneficio del reo y en aras de la justicia, cuyo valor absoluto es de rango constitucional y ha de privar sobre formalidades no esenciales".Pareciera decirnos el ilustre jurista que en nuestro País a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 de nuestra Constitución, "Venezuelase constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia", razón esta que nos debería llevar a pensar, que si bien es cierto debemos tener presente un "debido proceso legal", tambiéndebemos tener en cuantoun "debido proceso justo"; es decir, un proceso en cual se instituya para juzgar lo justo, esto porque así lo establece el derecho, decidir sin tomar en cuenta la justicia es violatorio del "debido proceso justo". Derivado de esta parte del fallo, las criticas están dirigidas y así se expresan mayoritariamente, hacia la penalización contenida en la decisión, esto al señalarse, que la Sala legisló al imponer una pena como resultado de tomar la pena máxima del delito culposo y la mínima del delito doloso; más sin embargo y aquí es oportuno vocearlo, fueron muchas las concordancias del foro en cuanto a la mixtura del dolo eventual con

respecto a la intención y la no intención, o lo que es igual entre dolo y culpa.

La sentencia cuyo relator es el magistrado Héctor Coronado Flores, reúne en su alrededor un glosario de censuras y críticas que en suma muestran su inconformidad con el contenido de la misma; algunos, por cierto muy pocos, tratan de justificar la misma bajo la premisa de que en los tribunales de instancia penal, había "un exceso en lo atinente a la aplicación del dolo eventual", tal posición queda confirmado con el texto mismo de dicha sentencia que señala:

"En este aspecto cabe destacar la atención de aquellos aplicadores de justicia, así como estudiosos y expertos en la materia penal, para que tengan que, si en su opinión, existen situaciones no precisadas en la ley y, que por tanto, pueden generar incertidumbres e imprecisiones en la aplicación de la misma, no realizar (sic) interpretaciones que puedan generar perjuicio en el imputado, tal como ocurre en el presente caso."

El anterior juicio trataba de execrar del contexto jurídico venezolano el Dolo Eventual. Notemos que la redacción de la misma no solo es escriturada para los operadores de justicia, sino también para "*expertos en materia penal"*, era una especie de advertencia indicando la suerte que tendría su práctica de seguir tal derrotero; la ponencia plasmada en la sentencia referenciada no logró ese objetivo gracias, precisamente, al orden impuesto por la Sala Constitucional, que no solo anula el fallo de la Sala Penal sino que además y, con fuerza vinculante alienta y permite el conocimiento del Dolo Eventual.

Además de la referida nulidad de la sentencia de la Sala Penal, tantas veces aludida en este acápite, la Sentencia cuya ponencia estuvo en manos del magistrado Francisco Carrasquero, constituye una estupenda pieza documental sobre el Dolo Eventual, pues en ella se realiza un recorrido jurisprudencial en cuando a su aplicación en nuestro País, la misma es pletórica de distintas opiniones doctrinales sobre el Dolo Eventual, constituyendo la misma, una pieza de consulta necesaria en este particular.

Precisado en forma panorámica nuestro parecer sobre las tres sentencias seleccionadas, hemos creído sensato resumir sinópticamente ciertos aspectos relevantes en cada una de ellas, tal como de inmediato lo efectuamos.

A) Sentencia 1703 de fecha 21-12-2000, Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Ponente Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros.-

Con esta sentencia se preceptúa como Dolo Eventual, una posición particular en la Culpabilidad, nos referimos a la existencia de una situación comprendida entre el dolo y la culpa, es decir, una especie de mixtura entre uno y otro. En esta orientación proclama la sentencia, que en el Dolo Eventual el sujeto se representa como posible o probable el resultado de su acto, lo ve como algo posible o probable, más sin embargo, continúa procediendo en ese sentido; el sujeto acepta su conducta, no obstante los graves peligros que ello implica, por esto, en tan notable opinión, se afirma que también acepta y hasta quiere el resultado.

B) Sentencia 554 de fecha 29-10-2009, Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia. Ponente Magistrado Héctor Coronado Flores.

Es esta sentencia quizá, la que mayores discusiones ha dado en el Derecho Penal moderno de nuestro País; en ella se dictaminó que por el hecho de no estar definido en nuestro ordenamiento jurídico el Dolo Eventual, su aplicabilidad sería la utilización de la analogía, violatoria ella del Principio de la Legalidad por estar proscrita precisamente en materia penal. Amnesiaba la Sala, que son múltiples las instituciones del Derecho Penal General no definidas en nuestro Código Penal, tal como antes lo indicáramos, más bien son escasas sus definiciones y no por ello tenemos que proclamar su inexistencia, de tal guisa que conviven armónicamente en nuestro espacio penal. Pero por otra parte, este cambio drástico de criterio, dejo a un lado los criterios que en esa misma dirección de manera reiterada y pacifica venía tomando la Sala desde el año 2000, en los cuales se aceptaban los delitos intencionales a título de Dolo Eventual.

C)Sentencia 490de fecha 12-04-2011, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Con carácter vinculante. Ponente Magistrado Francisco Carrasquero López.

Esta decisión tiene su génesis en el recurso de revisión constitucional propuesto por los representantes de Ministerio Público, doctores Tutankamen Hernández Rojas y María Cristina Vispo, cuya pieza también reviste una indiscutida referencia para nuestra

disciplina, pero que lamentablemente por razones de espacio omitimos su incorporación, más sin embargo es dable resumirse así:

1)Los representantes fiscales, sostienen que el Dolo Eventual no es otra cosa que una modalidad del dolo,reconocido tanto por la jurisprudencia nacional como internacional.

2) Igualmente sostienen que si bien resulta arduo probar en juicio el Dolo Eventual, ello no es óbice para desconocer el mismo dentro de nuestro ordenamiento jurídico-penal.

3) Sostienen los recurrentes de revisión, que por estar el Dolo Eventual consagrado en nuestra norma sustantiva penal, el Principio de la Legalidad se cumple conforme con las previsiones del artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en franca conexión con el artículo 1 del Código Penal Venezolano.

Admitido el recurso y declarada la competencia para conocer y decidir, con carácter vinculante, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia deja establecido lo siguiente:

1) La Sala Penal había reconocido en distintas decisiones la existencia del Dolo Eventual.

2) En Venezuela la doctrina penal también ha reconocido la existencia del Dolo Eventual, como una de las formas que presenta el dolo.

3) La doctrina Penal ha estimado que el Dolo Eventual es una clase de dolo y por ende es inequívocamente un dolo.

4) Si el legislador no formula algún tipo de regulación al respecto, los actos dolosos implican una pena asociada al comportamiento doloso.
5) Señala como un contrasentido señalar que el Dolo Eventual es una mixtura de dolo y culpa.
6) Afirma que el Dolo Eventual es dolo y ello implica conocer y querer realizar la conducta típica y objetiva, pero a pesar de ello, el sujeto sigue actuando y llega a conformarse con el resultado típico o le resulta indiferente su producción.
7) Indica que en el Dolo Eventual, el sujeto, a pesar de estar en conocimiento de la posibilidad de lesionar el interés jurídicamente tutelado, no obstante, materializa su actuar, situación está que se ubica en una organización o planificación, lo cual configura el dolo.
8) Asevera que la diferencia entre el Dolo Eventual y los otros tipos de dolo, se encuentran en el grado de percepción del riesgo asumido por el sujeto en su acción, ya que en el Dolo Eventual, el actor sólo reconoce que su acción será posiblemente y no seguramente una acción típica.
9) Sostiene que en el Dolo Eventual, aunque el actor no quiere que se produzca el hecho punible, admite sin embargo, que el mismo eventualmente puede realizarse, es decir, que lo eventual no es el dolo en sí, sino la consecuencia de su acto.
10) Recuerda esta sentencia que el Dolo Eventual es una categoría doctrinal y jurisprudencial no necesariamente incluida en los textos legales, de tal guisa que, en el contexto de nuestro Código Penal, el mis-

mo puede ser incluido de la misma manera que al dolo de primer y segundo grado, dentro de las previsiones del artículo 61.

La antes analizada y desglosada sentencia vino a eliminar cualquier duda en cuanto a la aplicabilidad del Dolo Eventual, no solo como antes indicáramos por su carácter vinculante, sino que también resultó una incuestionable pieza doctrinal de referencia dado su ingente contenido jurídico plasmado en el desarrollo del fallo. Han surgido muy pocas censuras en su contra, pero mayor es el número que canta sus bondades, para nosotros y en lo que respecta al objetivo final de nuestra tesitura, ella es piedra angular para sustentar nuestra proposición.

2.9.6.-DIFERENCIAS ENTRE EL DOLO EVENTUAL Y LA CULPA CONSCIENTE.-

No resulta diáfana ni patente, aquella actividad dirigida a diferenciar el Dolo Eventual de la Culpa Consciente; en efecto, si mayoritariamente la doctrina sentencia que el dolo eventual constituye la frontera entre la conducta intencional y no intencional o sobre el dolo y la imprudencia, sobre todo aquella denominada imprudencia consciente, es entonces ardua la labor de derroteros el andar sobre caminos tan delicados para lograr tal objetivo. Con el fin de confeccionar una distinción entre el Dolo Eventual y la Culpa Consciente se han planteado dos teorías:

a) Teoría del consentimiento.- Es la teoría con más adherentes doctrinalmente hablando, ella sostiene que se debe tener en cuenta como ejercicio, apreciar

si el agente ha previsto la materialización de un resultado, en el supuesto que lo haya previsto y sigue actuando estaríamos en presencia de un dolo directo, ahora, si por el sujeto prevé un resultado como posible y sigue su actuación, penetra en el campo de la eventualidad. El individuo ha previsto la producción de ese resultado como posible o como cierto y a pesar de ello sigue actuando, la voluntad queda expresada en la continuidad del seguir haciendo; en caso de la culpa el consentimiento expreso es razonado bajo el convencimiento de que el resultado no ocurrirá.

b) Teoría de la Probabilidad.- En esta tesitura se pretende distinguir si la conducta es dolosa o culposa, a través del grado de probabilidad con el cual el agente se representa la posibilidad de un resultado. En pocas palabras, si el mayor grado del autor es porque el resultado no va a ocurrir se estaría ante la culpa consciente, si el sujeto se representa un resultado como muy probable y a pesar de ello continúa su actuación, nos ubicamos en el área del dolo.

Hemos afirmado que en el Dolo Eventual se traspasan los linderos de la culpa como consecuencia de un riesgo asumido por el autor, a nuestro juicio, todo aquello que la razón entienda como desborde de la culpa, algo más que culpa pudiéramos decir, penetra en el sector del dolo eventual. Es como afirmar, "esa conducta es más que imprudente" o "hay más que impericia", todo ello como consecuencia, tal como antes declaramos, de un riesgo que de forma voluntaria asume el sujeto. En la culpa consciente siempre estaremos bajo el burato

de la no intencionalidad, empero, en el dolo eventual siempre, a pesar de su llamado linde, su omnipresencia está en la intencionalidad.

Una clara diferenciación entre el Dolo Eventual y la Culpa Consciente la proporciona Mendoza Tronconis (1986, Obra cit.) estos términos: *"cuando entre la intención y el resultado interviene una duda, una incertidumbre, entonces existe dolo eventual. (…) La diferencia entre doluseventualis y culpa con previsión es señalada por Jiménez de Asúa, de este modo: 'En la culpa típica lo que hay es posibilidad de la representación del resultado y en el dolo eventual, representación de la posibilidad del resultado; pero también en la llamada culpa con previsión se representa el agente como posible el evento. La sola diferencia está en que no lo ratifica, como en el doluseventualis, y por el contrario, si estuviere seguro el autor de la producción del resultado, no proseguiría su conducta. En la culpa llamada con previsión, el sujeto espera de su habilidad, o de su fortuna, que el resultado no sobrevenga"*

También en relación al Dolo Eventual y la Culpa Consciente, nuestro máximo Tribunal de la República en Sala Constitucional, en la sentencia vinculante de fecha 12-04-2011, número 490,

" Si bien, tanto en el dolo eventual (o dolo de tercer grado) como en la culpa consciente (con representación o previsión) el sujeto se representa la lesión al bien jurídico (penalmente tutelado), en esta última el mismo la descarta (o al menos se entiende que la descar-

tó) y, en consecuencia, obra a expensas racionales de su seguridad en la no producción de la referida lesión, generalmente asociada la escasa probabilidad de producción del hecho penalmente vulnerador (si no tiene esa convicción en el momento de desplegar el comportamiento y, sin embargo, actúa o no ejerce la acción ordenada por la norma jurídica, esa acción u omisión será dolosa pues refleja que agente dejó la producción del resultado –*lato sensu- en manos del azar), lo cual es pasible de prueba no sólo a través de datos subjetivos sino también de circunstancias objetivas vinculadas a la conducta manifestada, entre otras, en general: conocimiento de la situación en la que se actúa ("conocimiento situacional"), peligrosidad de lesión al interés jurídico protegido por la norma (más allá del riesgo permitido) a través de la conducta, magnitud del daño o del peligro causado, motivos para conformarse con el resultado lesivo al bien jurídico tutelado, capacidad y esfuerzos de evitación del resultado y cobertura o aseguramiento de ese bien jurídico. En un caso concreto esas circunstancias pueden apreciarse, p. ej., en un hecho de tránsito, en el tipo y estado del vehículo para el momento del mismo (situación de los sistemas de freno, luces, bocina, etc.), el estado del conductor, la velocidad en la que conducía, las características de la vía, el estado del tiempo, la hora, la señalización vial, la maniobras para evitar los riesgos típicamente lesivos, las maniobras en general, las posibles marcas de los cauchos (llantas) en el pavimento, la disposición y esta-*

do del o de los vehículos y de los demás objetos y sujetos involucrados, los daños causados, el comportamiento del agente antes y durante el hecho, etc"

Si bien afirmáramos que la Sala Constitucional con esta sentencia instituye formalmente el Dolo Eventual en nuestro País, esto desde luego por ser vinculante, también observamos en el aparte citado, que hace una precisa y detallada distinción entre lo que debemos entender por este tipo de dolo y la culpa consciente o con representación; es decir, a partir de su publicación los jueces deberán tener en cuenta para su determinación datos subjetivos y objetivos vinculados a la conducta del actor para establecer si la misma encuadra en uno u otro.

2.10.-MALA PRAXIS MÉDICA. DEFINICION Y CLASES.

Como punto previo se hace menester definir lo que debemos entender por la Mala Praxis y desde luego al referirnos a ellaen lo adelante, estaremos aludiendo a la denominada Mala Praxis Médica. Comenzaremos indicando que la palabra praxis tiene un origen griego y que se trata de un término con significado de práctica por oposición a la teoría, usualmente es utilizado para designar todo el itinerario por el cual debe transitar la teoría; para muchos doctrinarios las praxis es una fase fundamental que se debe cumplir para obtener un determinado conocimiento o lograr, gracias a ese camino, cierta habilidad y conocimiento que se tiene solo en forma de teórica. Desde el punto de vista marxista, la praxis supone una actividad práctica

del hombre,y ella puede ser objetiva o subjetiva, la misma permite a partir de la interacción de sistemas culturales, históricos y sociales, que el ser humano transforme la naturaleza y se transforme a sí mismo. Ahora bien, es importante destacar, que la Mala Praxis puede ocurrir o materializarse en cualquier tipo de profesión, arte u oficio en donde se requiera *diligencia, prudencia, pericia y una buena atención en el cumplimiento de órdenes, reglamentos e instrucciones debidas*. No obstante lo retro explicado, es en el campo de la profesión médica en donde más se encuentra generalizado este vocablo ante un inadecuado ejercicio profesional, y ha sido tanto el arraigo, que hoy por hoyel concepto se encuentra ligado con el daño o lesión personal, los intereses o bienes del individuo que recibe un agravio como consecuencia de una práctica médica.

La Mala Praxis podemos afirmar, se trata de una conducta que presupone indefectiblemente una actuación culposa o dolosa, esto de acuerdo con la posición conceptual donde podamos ubicarla. En efecto, la Mala Praxis se puede materializar desde dos ópticas, una objetiva y otra subjetiva, la primera de ellas gravita en la órbita de lo formal, la manera o forma prohibida en la Ley, verbi gracia, una Mala Praxis objetiva seria la practica abortiva con fines no terapéuticos; ahora, una Mala Praxis subjetiva estaría ubicada en el campo del deber ser del individuo y sus relaciones en sociedad, esto es, no cumplir con el conjunto de exigencias que la misma sociedad hace a cada uno de sus miembros para poder desarrollarse conforme con su plan normativo para la buena convivencia.

Desde el panorama anterior, es perfectamente adecuado aseverar que la Mala Praxis objetiva requiere necesariamente de una conducta dolosa que se industrializa al realizar de manera consciente la acción y que ella llegue a producir el resultado querido y esperado por el actor.

La Mala Praxis subjetiva, en desarrollo de lo supra formulado, requiere por su parte, de la falta en el deber de atención del miembro de la sociedad que se puede traducir, conforme a muestro ordenamiento jurídico-penal, en una conducta imprudente, negligente, con falta suficiente de la pericia en la profesión, arte o industria o llanamente, en la inobservancia de las disposiciones legales, reglamentos u órdenes debidamente impartidas. Ahora bien, el término Mala Praxis Médica que es utilizado no solo en forma coloquial, sino también doctrinal, es lo que hemos denominado Mala Praxis subjetiva. No obstante a lo retro fijado, la Mala Praxis es vista como una conducta que produce un daño y por ello, este vocablo ha sido objeto de ciertos rechazos de parte de muy calificados profesionales de la medicina, esto en razón de su aplicabilidad en otros campos del saber; en Venezuela este término lo introduce en la doctrina el doctor Augusto León, él lo toma como el equivalente a la palabra inglesa *"malpractice"*, lo cual puede tenerse como *"actuación incorrecta en el ejercicio de la profesión médica capaz de provocar daño al paciente"*.

La Mala Praxis Médica de acuerdo con la jurisprudencia patria y buena parte de la doctrina, ha sido

considera como una expresión de delitos culposos; a manera referencial, el Anteproyecto de Ley Contra la Mala Praxis en Salud, presentado a la Asamblea Nacional (s/f) por el diputado Juan Bautista Pérez, en su artículo 3, describe:

Mala Praxis: *Existirá mala praxis en el área de la salud, cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la psiquis de la persona humana, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencias de un accionar profesional realizado con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes cargo con apartamiento de la normativa legal aplicable.*

Al utilizarse en el anteproyecto los elementos de imprudencia o negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos u o deberes, nos están remitiendo axiomáticamente a los feudos de la culpa. Pero, no es exclusivo del anteproyecto el manejo de tales elementos, si nos fijamos en las proliferas decisiones de nuestra jurisprudencia nacional en la cual hacen mención a la Mala Praxis encontraremos que en ellas se hace alusión directa a los elementos de la culpa. Es así que sin temor a equivocarnos podemos certificar, que en el foro estructuralmente la Mala Praxis está compuesta por estos elementos antes referenciados, esto sin lugar a dudas, en lo que la actividad médica se refiere.

2.11.-CONSIDERACIONES Y DEFINICIONES

Como punto previo y a manera de soporte del contenido que pretendemos desarrollar sobre la "Impro-

cedencia del Dolo Eventual en la Mala Praxis Médica", se hace menester penetrar en consideraciones y definiciones de ciertas instituciones inherentes a la profesión médica, esto con la finalidad de estantalar una base dogmática y luego sobre ella edificar el contenido de nuestra proposición jurídica.

En este orden y de acuerdo a lo antes enunciado tenemos:

2.11.1.-El Ejercicio de la Medicina: Es muy extenso el campo del ejercicio de la medicina y por ende igual su definición, más sin embargo principiaremos desglosando el enunciado de una forma práctica y didáctica, y así, en esta guisa tendríamos que: ejercicio que proviene del latín *exercitium*lo cualsignifica aquella acción de un individuo al ejercitarse u ocuparse de una cosa; la Medicina en sustancia es la "Ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano" (1) de lo cual podemos amalgamar que el Ejercicio de la Medicina implica, ejercitarse o practicar la Ciencia Médica en la prevención y cura de las enfermedades del cuerpo humano; ahora bien, una definición más pormenorizada de esta actividad bajo análisis y definición, nos la proporciona el artículo 2, de la Ley de Reforma Parcial delEjercicio de la Medicina de fecha 19 de diciembre de 2011, que estipula lo siguiente:

Artículo 2.-A los efectos de esta Ley, se entiende por ejercicio de la medicina la prestación de atención médica preventivo-curativa a la población, por parte de los profesionales médicos y médicas, mediante acciones encaminadas a la promoción de la salud, preven-

ción de enfermedades, reducción de los factores de riesgo, diagnostico precoz, tratamiento oportuno, restitución de la salud y rehabilitación física o psico-social de las personas y de la colectividad en los ámbitos familiar, comunitario, laboral y escolar; la determinación de las causas de muerte; el peritaje y asesoramiento médico-forense, así como la investigación y docencia en las ciencias médicas.

Si bien la ley define lo que se debe entender por ejercicio de la medicina, también prescribe sus requisitos como lo señala el artículo 4 eiusdem (2011):

Artículo 4. Para ejercer la profesión médica en la República, se requiere:

1. Poseer el Título de Doctor o Doctora en Ciencias Médicas, Médico Cirujano, Médica Cirujana, Médico Integral Comunitario o Médica Integral Comunitaria, expedido por una universidad venezolana de acuerdo con las leyes que rigen la materia.
2. Inscribir el Título correspondiente en un Registro Principal, de conformidad con la ley.
3. Estar inscrito en el Colegio de Médicos u otra Organización Médico-Gremial.
4. Cumplir las demás disposiciones contenidas al efecto en esta ley y su reglamento.

También como un agregado a lo anterior, estimamos que debe tenerse por requisitos para el ejercicio de la medicina también,lo estipulado en los artículos 8 y 22 de la Ley del Ejercicio

de la Medicina que establece lo relativo a la pasantía rural y la inscripción de la titularidad por ante el Registro correspondiente.

Y como un compendio de todo lo anterior podemos preponderar, que si bien el ejercicio médico debe entenderse como ese conjunto de acciones realizadas por el profesional de la medicina, las cuales recibe el paciente o usuario del servicio de salud y las cuales están dirigidas fundamentalmente a tratar todo aquello que tenga relación con su sanidad. De este señalamiento surgen indudablemente ciertas particularidades que caracterizan esta actividad, veamos:

1.- La persona que realiza el ejercicio médico debe ser un profesional, en este caso, un profesional de la salud debidamente acreditado.

2.- La actividad que se desarrolla en este ejercicio, obedece a un conjunto normativo que debe tomar en cuenta el profesional (Ley de Ejercicio de la Medicina, Ley Artis, Código Deontológico y Resoluciones afines.)

3.- Su finalidad es la salud; si bien es cierto que tras del ejercicio de la medicina pueden desarrollarse actividades mercantiles, no obstante su finalidad no es otra que la salud.

4.- El ejercicio de la medicina debe estar abrigado con el manto de la licitud, la conducta ilícita no se concibe ni se entiende como parte de la misma.

Así como hemos indicado esas particularidades que caracterizan el ejercicio de la medicina, creemos que también se pueden tomar en cuenta otras características que están distante del ámbito formal, pero que sin embargo lo pueden acompañar, me refiero a la "vocación", el "humanismo" y la "solidaridad" pues sin ellas el acto médico estaría en una especie de *"capitisdeminutio"* o lo que es igual, en una disminución moral en el momento de practicar el ejercicio de la medicina.

No podemos concluir este aparte sin referirnos al ejercicio ilegal de la medicina y en efecto, la Ley de la materia en su artículo 121 numerales 1 y 2, señala específicamente quienes incurren en el ejercicio ilícito de la profesión médica e igualmente señala a los cómplices, cooperadores y encubridores de este delito.

2.11.2.-Salud y Enfermedad: Tanto uno, como el otro término, han consumido miles de hojas y millones de gotas de tintas para obtener una adecuada explicación de los mismos; de ello se debe deducir, lo complejo y arduo que resulta este propósito, más sin ánimo de polemizar o atizar el fuego que se consume en esta orientación, nos remitimos al Diccionario terminológico de ciencias médicas (1991); en este sentido tenemos: ENFERMEDAD. Pérdida de la Salud/Alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, de etiología en general conocida, que se manifiesta con síntomas y sig-

nos característicos y cuya evolución es más o menos previsible. SALUD.-Estado normal de las funciones orgánicas y psíquicas. De lo anterior se puede inferir que la enfermedad es una alteración, que puede ser grave o leve, en el funcionamiento del cuerpo de los seres humanos y si compaginamos enfermedad y salud, por esta última tendríamos el hecho cierto de estar libre de enfermedades. Ahora, a partir de 1.956, la Organización Mundial de la Salud, citado por Álvarez, F. (2011), la define como: "El estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de enfermedad o invalidez." De lo retro apuntado se puede notar, que al incorporarse el término "social" se toma en cuenta un nuevo elemento en la salud que tiene relación con la calidad de vida de las personas y se amplía el universo conceptual tanto para las enfermedades como para la salud.

2.11.3.-El acto Médico: Por el acto médico debemos entender, toda aquella actividad practicada o ejercida por un profesional de la medicina, que previo el cumplimiento de las exigencias legales, realiza la prevención, el diagnóstico, el tratamiento y la cura de las enfermedades que presentan los seres humanos; todo ello de acuerdo con los conocimientos adquirido durante su formación académica y los recursos humanos, científicos y tecnológicos que posean, estándole vedado por consiguiente en esta actividad incurrir en conductas que se enfrenten con las normas de excelencia y calidad aplicadas en cualquiera de las etapas involucradas con dicho acto, esto es, en la

etapa del diagnóstico de la patología, del tratamiento médico como tal, la etapa quirúrgica si la hubiera y desde luego en el pos operatorio del tratado. Si muchas de estas características se encuentran inmersas en la definición del ejercicio de la medicina, debemos indicar que aquél tiene una concepción más lata o general, por el contrario el acto médico está referido a la forma particular de dicho ejercicio.

Es significativo evocar, que generalmente el acto médico cuando el mismo incumple con las exigencias antes acotadas, es denominado "error médico", lo cual a nuestro juicio constituye un barbarismo, jurídicamente expresado lógicamente, ello en razón de que el error en el campo penal constituye una causa de inculpabilidad, pues el yerro no es otra cosa que una falsa percepción de la realidad, el que actúa con error lo hace sin culpabilidad. Es común escuchar ante el acto médico, algunos tipos de "errores" como por ejemplo: de diagnósticos, por ejemplo, errar en el diagnóstico, fallar en el uso de las pruebas indicadas al paciente, uso desactualizado de prácticas terapéuticas, mal interpretación de resultados de un monitoreo, etc…; terapéuticos, como el de un cuidado inadecuado, equivocación en la administración de un medicamento, retrasar por olvido el tratamiento, errar en los procedimientos quirúrgicos; preventivos o casuales, entre ellos no proveer un tratamiento profiláctico o continuar con uno erróneo; entre los causales la falla en la debidaconsulta que el caso merece y también se incluyen las fallas en las comunicaciones

o sistemas. Ellosse compaginan más bien dentro de la figura culposa y los causales que escapan del poder de decisión que tiene el profesional y por ende desvanecen toda responsabilidad penal.

2.11.4.-Lex Artis: De manera consensual se ha definido a la *LexArtis*, como las distintas prácticas médicas de aceptación general que son idóneas para tratar a las personas que presentan algún tipo de enfermedad en un momento determinado. Es de hacer notar que esas distintas prácticas médicas, son mutantes o cambiantes en el tiempo, es decir, lo que antes se podía aplicar para una determinada enfermedad hoy es posible que no se aplique en igual derrotero en cuanto a las peculiaridades de cada individuo sujeto a un acto médico. La ciencia médica implica para sus profesionales un cúmulo de exigencias y deberes para su práctica o ejercicio,involucra entonces, un mandato u orden de formación y preparación, pero debemos aclarar, la ciencia médica, salvo casos particulares, no es una ciencia exacta y de resultados, sino que es una ciencia de medios, esto es, que el profesional de la medicina está obligado a emplear los medios que tenga a su alcance para que además de sus conocimientos obtenga lo mejor para la salud del paciente. La *LexArtis*, en consecuencia impone al profesional de la medicina estar pendiente de otras obligaciones, esto es: Estar al día en los progresos y adelantos de la ciencia médica o lo que es similar, no solo conocer los nuevos medicamentos sino también estar al tanto de nuevas técnicas operatorias; actuar de acuer-

do con los protocolos que para el caso sea menester; acatar las reglas aplicables a la especialidad a la cual se dedica; obrar con la debida prudencia y conocer sus capacidades frente a la enfermedad que presenta el paciente, y esto le impone como deber, consultar y discutir con otros especialistas. Como colofón de este inciso, considero oportuno traer a colación la estupenda decisión proferida por el Tribunal Supremo Español, quien en Sentencia de 11 de marzo de 1911, expresó sobre la *LexArtis*, lo siguiente:

"…aquél criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina-ciencia o arte médico que tiene en cuenta las específicas características de su autor, de la profesión, la complejidad del acto y la trascendencia vital para el paciente y, en su caso, la influencia de factores endógenos estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal empleada".

Toma en cuenta el alto tribunal español, no solo la formación profesional del que realiza la actividad médica, sino que también, se pasea por otros factores como lo dificultoso del caso y otros elementos externos al mismo pero con profunda influencia que pueden decidir en cuanto a su resultado.

2.11.5.-La iatrogenia: La iatrogenia o yatrogenia viene de *yatro*y el gr. *Gennan,* que significa "producido por el médico o los medicamentos, o "*iatros" médico y* "gene"origen. Desde nuestro punto de vista, la iatrogenia viene a resultar un estado de en la salud

del paciente provocado por el médico o medicamentos, pero también como resultado o la intervención deotros actores en el tratamiento, como por ejemplo enfermeras, farmacéuticos, terapeutas, psicólogos, odontólogos y hasta paramédicos. Generalmente la iatrogenia es utilizada como un símil de la mala praxis, lo cual indiscutiblemente ha traído confusión y desorientación dogmatica entre los términos. A nuestro juicio la iatrogenia no acarrea responsabilidad penal y ciertos actos que comúnmente se califican como propios de la iatrogenia, simplemente deben ser ubicados como de mala praxis, como por ejemplo cuando se indica iatrogenia por negligencia, si existe negligencia, un elemento fundamental de la culpa propiamente dicha, estaremos ante un caso de mala praxis y por ende dentro de un delito culposo.

2.11.6.-Responsabilidad Penal del Médico: La responsabilidad del médico es eminentemente personal, cada profesional responde de sus acciones u omisiones, Nelson Hernández en su obra sobre la responsabilidad jurídica del médico (1999), cita la definición de Lacassagne en este sentido: "*La responsabilidad médica es la obligación para los médicos de sufrir las consecuencias de ciertas faltas por ellos cometidas en el ejercicio de su arte, Faltas que pueden comportar una doble acción, civil y penal."*En nuestro País el profesional de la medicina y de acuerdo con el principio general de derecho que toda persona está obligada a responder por los daños que ocasione a un tercero, responde civilmente. En materia penal y de acuerdo con el artículo 3 del Código Penal, "*Todo*

el que cometa un delito o una falta en el espacio geográfico de la República, será penado con arreglo a la ley venezolana. Esta penalización desde luego y tal como hemos aclarado al desarrollar la teoría general del delito, no se produce por el mero hecho de materializar la conducta tipificada como delito, no, se requiere además, tal como también hemos asegurado, de cumplir con las exigencias propias de la culpabilidad; en nuestra Nación la ley codificada nos estipula ciertas condiciones para poder establecer la responsabilidad penal, y asílo detallaremos en el próximo párrafo.

En efecto, amalgamando el contenido de los artículos 61 y 62 de nuestro Código Penal podemos confluir, que en nuestro País la responsabilidad penal se encuentra en estrecha relación con la capacidad de entender y querer del individuo y su relación con aquellos actos u omisiones tipificados como delitos, es decir, si el sujeto no se encuentra en estado de sueño o de una enfermedad mental que lo prive de la conciencia o la libertad de sus actos, este ineluctablemente debe responder penalmente. Este tipo de sujetos que goza de plena capacidad de entender y de querer, siguiendo la escuela Clásica del Derecho Penal, es el Imputable. Los profesionales de la medicina, como cualquier otro individuo imputable que realicen una determinada actividad, arte u oficio, tienen la obligación de responder ante la justicia por aquellas acciones que se consideren lesivas para la sociedad y sus miembros, de acuerdo con la ley misma. Ahora, esta responsabilidad del profesional de

la medicina, puede derivarse de dos conductas, una la intencional o dolosa y otra la no intencional o culposa, esta última se ha llamado Mala Praxis aunque desde el punto de vista dogmático se puede abarcar una y otra tal como lo reseñamos y como más adelante nos ocuparemos de aludir, mientras tanto, vamos a dejar apuntalado un somero concepto de responsabilidad médica, entendiendo por ella, una cualidad personal del profesional de la medicina, que lo lleva a encarar para reparar, satisfacer y sufrir castigo por toda pérdida, daño o perjuicio que se hubiera ocasionado como consecuencia de una conducta reñida con las exigencias legales y profesionales, o lo que es lo mismo, viene hacer una obligación que le nace al médico para reparar y afrontar consecuencias por sus actos, omisiones y errores, sean estos de índole voluntario o involuntario como en el desarrollo de este planteamiento explicaremos. En resumen, todo profesional de la medicina que provoque un daño en una persona al actuar con discernimiento o capacidad y voluntariamente deberá asumir las consecuencias de su acto, de allí se puede colegir que para industrializarse la responsabilidad tienen que existir al menos tres elementos comunes y concomitantes a saber: a) La Acción u omisión; b) El daño y; c) La relación de causalidad entre uno y otro. Veamos, la acción es el movimiento que produce un cambio en el mundo exterior, por ejemplo, la persona estaba viva y ahora está muerta como consecuencia de esa acción, la omisión por su parte implica un dejar de hacer que

en caso contrario hubiese evitado el resultado, verbigracia, se deja de suministrarle la medicina prescrita y el paciente muere; el daño vendría o estaría conformado por ese cambio que se produce en el mundo exterior, es el agravio o lesión producida; por último, la relación de causalidad es el vínculo o nexo que une la acción con el daño, si no existe esta relación de causalidad, podemos estar en presencia de un acto delictivo pero la responsabilidad estaría en otra parte. "Exempladocent": Si disparo un arma en Ciudad Bolívar y a esa misma hora muere una persona en Puerto Ordaz por una herida producida por un arma de fuego de las mismas características que la mía, a pesar de existir una acción y un daño, es evidente que no existe un vínculo entre mi accionar y el resultado de Puerto Ordaz, tendrían entonces que indagar quien fue la persona que efectuó el disparo en aquella ciudad para establecer la relación de causalidad.

Desde los primeros vestigios de la civilización, el individuo que realizaba la actividad de sanación o curación de enfermos y heridos respondía no solo penalmente sino con sus bienes en casos de causar un resultado considerado injusto en el paciente; en un comienzo se respondía ante la comunidad reunida en asamblea, ante el Tótems, Jefe de la Tribu o Rey del pueblo;el injusto en el compromiso podía ir desde la aplicación del Talión, como lo señaló el Código de Hamurabi,que implicaba el famoso *ojo por ojo*, pero también en este Código se señaló el concepto más antiguo de contrato o pacto entre médico y enfermo,

donde a cambio de la prestación del servicio curativo del primero el segundo quedaba obligado a pagar en monedas o en especies; en otros casos se llegó hasta la pérdida de su libertad como el caso de los pueblos Ostrogodos, donde el médico pasaba en propiedad a los parientes del enfermo fallecido; imposible de soslayarnos de la época de Alejandro Magno en la cual se establecía la pena de crucifixión para el servidor médico que abandonase en forma libre y voluntaria a un enfermo; hubo otros casos memorables como la *LexAquilia,* que llegó a establecer los conceptos de "culpa gravis" en la actividad médica y un numeroso cuerpo legislativo desde la Edad Media hasta tiempos más recientes que han venido estableciendo la responsabilidad del médico en su profesión.

Esta responsabilidad que nos ha llegado hasta nuestros días, las podemos concentrar de tres maneras diferentes aunque siempre en forma simbiótica: a) Una responsabilidad moral, esta es una responsabilidad de conciencia, ella dimana de nuestro fuero interno, de nuestro propio "*Yo*". b) Una responsabilidad social, es una responsabilidad de compromiso del profesional con su gente, ella tiene su nacimiento en el vulgo, en la opinión de la gente. Muchas veces es excesivamente injusta en sus calificaciones y apreciaciones por su posición lega frente al caso; y c) La responsabilidad legal, esta se puede presentar de por lo mínimo tres maneras, responsabilidad administrativa, civil y penal. Para que se concrete esta última, esto es la responsabilidad penal que en definitiva es la ra-

zón o quid de nuestro designio, se hace indispensable manejar tres elementos configurativos de delito, nos referimos en primer lugar a la *Tipicidad*, es decir, la conducta definida en la ley como delito, ella debe estar en perfecta adecuación entre la conducta o hecho de la vida real y la descripción de ella en un cuerpo normativo de naturaleza penal. Si la conducta no se encuentra prohibida en una ley penal, o en otras palabras no se encuentra tipificada jamás existirá responsabilidad. En segundo lugar, *Antijuricidad*, para que la conducta sea considerada delictiva no basta con que la misma se encuentre descrita en una ley penal como tal, no, para que la conducta típica sea objeto de responsabilidad penal, se hace necesario que la misma sea contraria a derecho, o lo que es lo mismo, que ella no se encuentre protegida por una causa de justificación. A manera de modelo, matar es algo típico, típico porque tal conducta se encuentra prohibida en el cuerpo legislativo penal del País, sin embargo, si damos muerte a una persona en legítima defensa o en estado de necesidad no será punible nuestra conducta. Por último y en tercera posición, *La Culpabilidad,* para que una conducta típica y no protegida por una causa de justificación sea penalizada, la misma debe producirse con conocimiento de causa, como reseñáramos anteriormente, con dolo o culpa, términos estos que ya fueron objeto de un profundo análisis en capítulos precedentes.

No obstante lo antes señalado, se hace prudente aclarar, que determinar la responsabilidad del médico

desde la óptica penal resulta algo un tanto complejo, esto debido a los diferentes elementos casuísticos que pueden estar presentes en el momento del acto profesional, por ejemplo: algunos padecimientos particulares del paciente, presentes en uno y en otros no; la reacción del médico ante la ausencia de implementos para acometer el acto o la carencia de personal sanitario o también aspectos técnicos de dudosa efectividad. Todo esto nos lleva muchas veces a plantearnos, ante estas falencias el médico se debe abstener a realizar el acto médico? o sencillamente, y como veremos más adelante, debe asumir el riesgo?

Como suplemento de lo anterior, creemos menester realizar ciertas consideraciones en cuanto al médico y personal que interviene en actos operatorios, nos referimos a: a) Cirujano y ayudantes; b) Anestesiólogo; c) Transfusionista;d) Instrumentista. Este señalamiento especial es necesario, en razón de que todo equipo médico goza de autonomía científica y por ende no pueden responder colectivamente tal como de inmediato opinamos y analizamos:

a) Cirujano y ayudantes. El cirujano es la cabeza visible del acto operatorio, es quien dirige la operación y su actuación es principal y directa. Evidentemente que toda responsabilidad que pueda derivarse del acto quirúrgico en sí, recaerá sobre el cirujano. Los ayudantes que también son profesionales de la medicina, salvo situaciones especiales, cumplen con lo ordenado directamente por el cirujano y ya hablábamos de que la responsabilidad principal era del

Cirujano; no optante a lo anterior y como también indicáramos supra, el equipo tiene autonomía científica, lo cual puede llevar al ayudante a negarse a practicar una orden que evidentemente y de acuerdo con su formación académica puede causar un daño en el paciente. Creemos que en estos casos si el ayudante sabe que la orden del cirujano puede causar un perjuicio en el paciente, esta en el deber de negarse a cumplirla y salvaría toda su responsabilidad.

b) Anestesiólogo. El anestesiólogo es también un profesional de la medicina que a pesar de formar parte del equipo quirúrgico, su actuación es distinta de los cirujanos y el resto del grupo; es una especie de actuación autónoma aunque con amplia relación con el acto quirúrgico. El anestesiólogo responderá por su acto y de la misma manera que el equipo médico no responde por el trabajo de este profesional, éste no responde por la labor de los cirujanos, ayudantes y demás miembros del equipo interventor en la operación.

c) Transfusionista. Este es un profesional presente muchas veces en los actos quirúrgicos, su actividad es ajena a la del cirujano, ayudante, anestesiólogo y demás personal, por ello responde de manera individual de la labor practicada por su persona.

d) Instrumentista. Este realiza una actuación accesoria en el acto operatorio, con funciones específicas que también implican gran responsabilidad en el complemento de la intervención. Su responsabilidad estará en franca sintonía con el trabajo encomendado y la diligencia puesta en ello.

Los diferentes tópicos supra mencionados y tal como lo advertimos en el introito, son necesarios para comprender no solo la introducción o la formulación del problema y su planteamiento, sino que también serán soporte para la formulación de nuestra proposición jurídica en un tema que hoy por hoy, es objeto de múltiples discusiones y opiniones que redundan continuamente en el foro venezolano.Es preciso significar, que nuestra proposición como resultado del desarrollo y solución al problema planteado, está orientada a contribuir y desarrollar un tema de tanta importancia como la inaplicabilidad de una figura de la culpabilidad en un acto de la actividad médica, nos referimos obviamente al Dolo Eventual y la llamada Mala Praxis Médica.

2.11.7.-DEONTOLOGIA MÉDICA: La palabra deontología etimológicamente significa, *"Tratado o Ciencia del Deber"*, la misma está formada por las voces griegas *"deontos"*que es un genitivo de *"deon"*, que equivale a deber, y *"logos"* que se reputa como *"discurso o tratado"*. Con vista a la explicación anterior, por deontología médica tendríamos, "el tratado o ciencia del deber médico. Se le atribuye a Jeremías Bentham el origen doctrinal de este término, al utilizarlo en su obra Ética, en la cual planteaba lo relativo al deber, aquello que justifica nuestros actos con los dictados por la ley. De allí se puede extraer, que la deontología se ha de ocupar de los deberes que todo ser humano debe cumplir en la actividad en que se desarrolla y con miras a lograr la perfección que ella misma le exige.

La Federación Médica Venezolana, aprobó en la Asamblea extraordinaria LXXVI, realizada en Caracas, el 20 de marzo de 1985, el Código de Deontología Médica; el mismo comienza con una declaración de principios en donde afirma que "Los conceptos de Ethos médico, Código de Ética y Ley de Ejercicio de la Medicina se hallan íntimamente vinculados…" y luego de interrelacionar estos postulados y entre otras estupendas manifestaciones indica que "El presente Código se declara de aceptación obligatoria para todo médico que ejerza legalmente la profesión en territorio venezolano…", y como corolario de ello, establece como deber de todo médico, cumplir en todos los actos de su vida profesional con los principios éticos y deontológicos consagrados en el juramento que se transcribe en ella como parte integrante del mismo Código. Es distinguible acotar que entre su articulado se incluye entre otras máximas, el respeto a la vida y a la integridad de la persona humana; el estar informado de los avances del conocimiento médico; la no distinción del paciente por razones de religión, nacionalidad o raza, ni por adhesión a partido o posición social; acatar los derechos inherentes a los principios de la fraternidad, libertad, justicia e igualdad, consagrados en la Carta de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y en la Declaración de Principios de los Colegios Profesionales Universitarios de Venezuela. Luego también incluye una serie de señalamientos de las conductas que riñen con la ética del médico y muy especial de los

deberes del médico para con el paciente.
Ha sido factor de polémica el señalamiento de algunos profesionales de la medicina al afirmar, que el Código de Deontología Médica no es de obligatorio cumplimiento. No nos detendremos en el análisis de tipo gremial y profesional de este excelente instrumento ético, sin embargo y para colocarnos en la esfera de exigencias de la presente tesis, se hace fundamental realizar ciertas acotaciones al respeto y teniendo en cuenta, no solo la secuencia dogmática al respecto sino también, la secuencia lógica que resulta necesaria, metodológicamente hablando, para así confluir en las resultas esperadas. En efecto, ciertamente el Código de Deontología Médica no cumple con las exigencias de orden constitucional para denominarse ley y por ende de estricto cumplimiento en la sociedad, pero si nos trasladamos a la esfera de las fuentes del derecho penal, sabemos que indiscutiblemente la ley penal es la única fuente directa de este derecho, y que aunada a ella gravitan otras fuentes que denominados indirectas que tienen como objetivo o finalidad, cooperar con la debía interpretación y por lo tanto la debida aplicación de las normas de naturaleza penal. El derecho penal no es autosuficiente, requiere de manera ineluctable de otras ciencias que en forma de interacción contribuyan con él para alcanzar teleológicamente sus propósitos; es por ello que el derecho penal acude muchas veces no solo a otras ciencias sino también a ciertos modos de actuar, como por ejemplo la costumbre. A manera de proto-

tipo, el artículo 452 del Código Penal en su Ordinal 8º señala: *"Apoderandose de los objetos que en virtud de la* **costumbre** *o de su propio destino, se mantienen expuestos a la confianza pública"*, frente a este caso no existe en la ley una descripción pormenorizada de cuál es la costumbre a la cual se refiere el legislador, esto amerita una actividad del juzgador dirigida a conocer cuál es "la costumbre" que se aplica en ese tiempo y lugar. En el caso que nos convoca, la ética médica reúne todas aquellas costumbres que consensualmente son admitidas para el ejercicio de la medicina, o aún más, establecen la normativa precisa para el desempeño de la profesión y llega a calificar los actos médicos como buenos y malos conforme con los postulados que hemos aludido, de allí la importancia que para el derecho penal, para la teoría del delito, y en especial para la responsabilidad penal en cuanto a la culpabilidad, tiene la deontología médica. El doctor Nelson Hernández cita una estupenda frase del Barón Holbach, que dada su precisión considero oportuno traer a estas líneas: *"La moral nada puede sin el socorro de las leyes, y las leyes nada pueden sin las buenas costumbres"*. Efectivamente, esta simbiosis entre derecho y ética no solo es necesaria para el ámbito de acción de una u otra ciencia cultural, sino que aporta o nutre al crear nuevos valores que alimentan a una y a otra producto de dicha interconexión; hoy por hoy pensar en un divorcio entre la ley positiva y la norma moral resulta francamente un contrasentido, un despropósito de la "*ratio"* de la ley,o del "*telos"* de la norma.

2.11.8.-FINES DE LA MEDICINA: De manera casi homogenizada la doctrina señala que si bien es cierto que el objeto de la medicina no es otra que la atención del hombre sano y enfermo; las enfermedades, su prevención y curación y todas aquellas técnicas y conocimientos aplicables a ellas; se ha llegado a formular cuatro fines, sin que ello obedezca a una fórmula de prioridades o importancia de acuerdo con su señalamiento, estos son: a) La prevención de las enfermedades y el impulso de la salud; b) El alivio del dolor y sufrimiento al enfermo; c) El cuidado y la curación de los enfermos, así como también el cuidado y atención de los enfermos incurables, y d) La prevención de la muerte precoz y en lo posible tratar de posibilitar una muerte en paz.

• La prevención de las enfermedades y el impulso a la salud: Hoy en día cobra mayor fuerza la máxima "es mejor prevenir la enfermedad que tratar la misma", y efectivamente, la labor del galeno debe estar orientada a ayudar a sus pacientes a presentar un buen estado de salud, día a día las políticas sanitarias de los Estados también buscan reforzar esta finalidad en razón de haber comprendido gracias a diversas índoles, que a la larga es mejor evitar la enfermedad que dedicar esfuerzos a su curación. Ahora, esta labor de prevención es acompañada del seguimiento de epidemias durante su aparición y su observación luego del periodo de la enfermedad, así como la búsqueda real de un bienestar en la salud, por ello la Organización Mundial de la Salud la define (la salud) como "*un esta-*

do de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedades".

• El alivio del dolor y sufrimiento al enfermo: Desde los tiempos más remotos, aliviar el dolor y sufrimiento que acusa el enfermo, ha sido y es una de las tareas y por ende deberes del ejercicio de la medicina; es importante sobredestacar que tanto el dolor como el sufrimiento implican manifestaciones diferentes, mientras que el dolor involucra una alteración en el individuo que se manifiesta por impresiones penosas de un órgano o parte del organismo que es trasmitida al cerebro por los nervios sensitivos y que se puede manifestar a través de ardores, puntadas o pinchazos o hipersensibilidad, el sufrimiento es un padecimiento referido más a un estado psicológico de la persona que no siempre incluye el dolor físico.

•El cuidado y la curación de los enfermos, así como también el cuidado y atención de los enfermos incurables: Si bien afirmábamos que como uno de los fines de la medicina esta en evitar el dolor y el sufrimiento, no es menos cierto que la persona al acusar una enfermedad amerita indiscutiblemente de un cuido particular, un ejemplo de ello nos lo proporciona la rehabilitación, ella es una especialidad que se ubica entre el cuidado y la curación a través de diversas faenas médicas, así en este mismo sentido se pueden citar otras actuaciones médicas cuyo cuido y atención concluye con la sanación del paciente. Mención especial lo merece la atención y cuidado de aquellos pacientes cuyas enfermedades resultan incurables; allí la

atención es volcada a tratar de hacer menos penosa su agonía y su tiempo de vida en este mundo, aquí se sabe que el trabajo no dará el resultado que muchos quieren o desean, más sin embargo, la actividad debe ser no solo física sino también espiritual.

• La prevención de la muerte precoz y en lo posible tratar de posibilitar una muerte en paz: La disminución de las muertes prematuras, tanto a nivel general como particular, esto es población e individuos, ha sido también un fin para la medicina, esto no es otra cosa que evitar que la muerte llegue a temprana edad sin que el individuo tenga la ocasión de "vivir" un ciclo que le permita conocer, relacionarse o experimentar actividades propias de todo ser. En relación a la posibilidad de lograr una muerte en paz, esto se puede interpretar donde tanto el dolor como el sufrimiento queden reducidos a su mínima expresión, pero en gemélicos intereses ello conlleva que el paciente no se sienta desasistido o abandonado en sus últimos momentos de vida entre sus seres o su entorno.

2.11.9.- La Prueba de la Mala Praxis.- Desde el punto de vista jurídico, la palabra prueba y de acuerdo con la Real Academia Española dela Lengua, es la "Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley". La palabra medios nos orienta y conduce hacia una idea procesal que se encuentra encaminada a demostrar la verdad o la falsedad de los hechos propuestos o presentados por las partes. En general y en una visión global, esos

medios, esas probanzas o simplemente pruebas aceptadas en la mayoría de las legislaciones procesales en el mundo, son: a) las presunciones o indicios; b) la confesión; c) la prueba de informes; d) la prueba documental; e) la prueba testimonial; y f) la prueba pericial. Ahora, siguiendo a Florian, citado por Eduardo Vargas Alvarado ( ), la prueba per se consta de tres elementos a saber:

. Objeto. El objeto no es otra cosa que lo que se pretende probar, ello puede sr una cosa, una circunstancia o un conocimiento, en el caso de la Mala Praxis, sería la lesión o la muerte causada al paciente.

. Órgano. Es la persona natural o jurídica que proporciona dicha prueba.

Medio. El medio es la acción, la diligencia, los elementos o la razón misma para probar una cosa en concreto. Este medio puede ser preconstituido, circunstancial, medio pleno o prueba en si,y compuesto. Veámoslo en detalles:

a) Preconstituido: Es el tipo de pruebas elaborado previamente por las partes para ser llevado a juicio. Una inspección ocular, por ejemplo.

b) Circunstancial. Es aquella prueba que resulta de la observación o el dictamen profesional sobre los hechos. Puede ser el testimonio o la declaración pericial.

c) Pleno. Es aquella prueba que por si misma guarda relación con los hechos. La historia clínica, el diario de quirófano, son una muestra de la misma.

d) Compuesto. Es aquel tipo de pruebas que es el resultado de varios medios.

Tal como hemos podido percibir, la probanza de la Mala Praxis Médica implica una compleja y múltiple-actuación para reunir los diversos medios o maneras que nos lleven a demostrar el señalamiento en cuestión, o por el contrario, que sirva de tal manera para difuminar o desvanecer el hecho imputado. Al decir de manera ex profesa la palabra "compleja", nos estamos refiriendo al carácter especialísimo del medio a utilizarse, esto en razón de que muchas veces la opinión científica, en materia médica desde luego, puede ser objeto de riesgos tomados por el profesional de esta disciplina, al hablar la palabra riesgo pareciera que penetramos en un mundo aleatorio, lo cual no es cierto porque el riesgo tomado debe tener o constar siempre con el soporte científico.

CAPITULO III: PARTE FINAL

3.1.-Resultado de la Investigación:

Una declaración de la ciudadana Fiscal General de la República, de fecha 19-10-12 (Notitarde), en la cual se lee: "*La Fiscal General de la República precisó que la investigación por el caso Queipo es uno de los 238 expedientes que por mala praxis médica ha abierto su Despacho",* fue el motivo que diera inicio a la presente investigación y su propuesta final como resultado de dicha actividad. Con este estimulo, de esta manera o forma,fue planteado inicialmente en el marco metodológico como un problema *Itaest; pero* ante la imposibilidad de este señalamiento y con orientación tomada hemos llegado al final a un resultado. En el largo *Iter* senderizado, comenzamos primariamente ubicándonos en la teoría del delito, en ella desarrollamos de su estructura los sujetos, el objeto, la forma de concursos y el camino delito, para luego recalar en los elementos del mismo y trabajar muy especialmente con uno de ellos, me refiero a la culpabilidad. En la culpabilidad nos explanamos con sus dos fórmulas, me refiero al dolo y la culpa, haciendo énfasis, desde luego, en todo lo relativo al dolo y sus diversas modalidades y elementos por ser el Dolo Eventual el objetivo medular consustanciado con la Mala Praxis, tal como así lo indicáramos en el planteamiento del problema. Luego, por ser imposible de eludir desde la intención didáctica, nos adentramos en un aspecto interesante y apasionante como lo es la actuación del profesional

de la medicina, obligándonos a resaltar ciertas disposiciones e instituciones que conviven en el mundo del ejercicio médico. De este modo, hemos obtenido el material suficiente para sustentar la tesis en referencia, la tesis que plantea la "Improcedencia del Dolo Eventual en la Mala Praxis Médica".

Tal como lo hemos reseñado, el dolo supone una conducta intencional del agente que la doctrina denomina dolosa; en el dolo el resultado del acto debe coincidir con lo querido y esperado por el sujeto, ahora, una de las formas o clases que nos presenta el dolo, es el Dolo Eventual; en el Dolo Eventual el sujeto ve el resultado como un riesgo, nosotros sostenemos que: "en el Dolo Eventual se traspasan los linderos naturales de la culpa , como consecuencia de un riesgo asumido por el agente:" Otros como Jiménez de Asúa y compartido en forma mayoritaria por buena parte de la doctrina asegura, que en el Dolo Eventual esta "la representación de la posibilidad de un resultado, cuyo advenimiento ratifica la voluntad", en nuestro País el doctor Arteaga Sánchez (2001), coincidiendo con Musoto, no ve ninguna dificultad que pueda considerarse incompatible con nuestro sistema y con el concepto de dolo, la hipótesis del dolo de consecuencias y el Dolo Eventual. El jurista Alejandro Angulo Fontiveros (2000), en la ponencia de la sentencia antes indicada y comentada, asevera que: *"En Derecho Criminal se habla de* **dolo eventual** *cuando el agente se representa como posible o probable la consecuencia de su ejecutoria y, sin embargo, continúa procediendo dey*

por eso puede afirmarse que también acepta y **hasta quiere el resultado."**De un detallado examen y la comparación de conceptos doctrinales y jurisprudenciales sobre el Dolo Eventual y haciendo honoraforismo latino *Ne lites fiant inmortales*- evitando que los pleitos no se hagan eternos- debemos señalar un elemento común en la mayoría de las propuestas relacionadas con el Dolo Eventual, me refiero al llamado riesgo asumido por el agente. Es esta locución adverbial y lo que representa desde el punto de vista del derecho penal, lo que se encuentra vedado como conducta practicable al profesional de la medicina en el ejercicio de su ministerio, nos referimos al riesgo.

Durante su vida profesional el médico tiene que tomar decisiones de gran trascendencia; la palabra "tiene" se debe tener entonces como un deber, como una obligación propia de su oficio, nos referimos aquellas situaciones especiales o *in extremis,* en la cual se encuentra en juego la vida o muerte del paciente. Estas decisiones en el caso de darse resultados no esperados o no queridos, no involucran per se responsabilidad penal de quien las toma, pero *nequáquam*-de ninguna manera- pueden ser consideradas dolosas o culposas, esto en razón,y de acuerdo con nuestras tesis, que el riesgo médico puede verse desde dos puntos de vistas, uno completamente distinto del otro: un riesgo que denominaremos de **circunstancias** y otro que llamaremos de **acto.**El primero no acarrea responsabilidad penal, es un riesgo en el cual se encuentra ausente la culpabilidad-no hay dolo ni culpa-, es la decisión tomada por

el médico con la intensión de sanar al enfermo y ello de acuerdo con todas las exigencias de las *lexartis*, en algunos casos de no tomarse la decisión ineluctablemente opera la muerte del paciente; en este sentido al hablar de riesgos circunstanciales, podríamos a la vez subdividirlos en esperados o usuales y no esperados o poco usuales, en la primera categoría se incluyen las complicaciones generadas por el tratamiento mismo y en el segundo grupo aquellas complicaciones inesperadas que se generan del tratamiento en cuestión. El riesgo de acto es aquél que acarrea responsabilidad penal; el acto como hemos dicho, desde el sendero de nuestra disciplina penal involucra un movimiento que va a producir un resultado en el mundo exterior, ese movimiento debe ser propio de una persona con capacidad de entender y de querer, una persona imputable y culpable, o lo que es idéntico, que haya hecho el movimiento de manera consciente y voluntariamente. En el riesgo de acto entonces podemos encontrar lo que inicialmente llamamos mala praxis objetiva y mala praxis subjetiva; en el riesgo de circunstancias se puede hablar de iatrogenia en la formulación que hemos planteado, esto es, donde no se encuentre comprometida la culpabilidad del médico. Por estos móviles es que aseveramos que el Dolo Eventual, edificado sobre la base del riesgo, constituye un tipo de conducta improcedente en cuanto a su calificación como Mala Praxis, tal como justificaremos de seguidas.

Si tenemos que en el acto médico el profesional de esta ciencia, de acuerdo con las exigencias previstas

en la Ley del Ejercicio de la Medicina (2011), tiene como objetivo no solo el aspecto preventivo-curativo, sino que involucra otras acciones que tienen como características común el de preservar la salud y el respeto a la vida, tal como lo prescriben los artículos 2 y 24 de dicha ley, amén de otros instrumentos normativos con aplicabilidad en el ejercicio médico pero que también desarrollan o complementan tal objetivo, verbigracia o en efecto, el Código de Deontología Médica, en su artículo 1, nos indica que: *"El respeto a la vida y a la integridad de la persona humana, el fomento* y la preservación de la salud, como componentes del bienestar social, constituyen en todas las circunstancias el deber primordial del médico." En igual singladura nos encontramos con las exigencias de la *Lex artis,* tal como tantas veces hemos mencionado, es decir, que tanto en el ámbito legal, como el moral y ético, los requerimientos tienen un elemento genérico que no es otro que el de preservar la salud y la vida de las personas; ahora si esa demanda es clara, precisa y que no da lugar a interpretaciones erráticas de ninguna especie, es ineludible sentenciar, que el **riesgo**, ese actuar y resultado posible o como lo señalaba el doctor Angulo Fontiveros, en referencia al agente que " acepta y **hasta quiere el resultado",** se encuentra evidentemente proscrito de manera general en el ejercicio de la medicina y en forma estrictamente particular para el profesional médico, es decir, no es posible la imputación a título de Dolo Eventual en dicho ejercicio. Si el médico incumple

deliberadamente estos preceptos tan claros, inequívocos e indiscutibles y que no dejan duda alguna en su literalidad, es evidente, tal como tantas veces lo hemos preconizado que estaremos bajo los supuestos de otra figura dolosa.

Colocándonos en un papel de "abogados del diablo", pudiéramos decir que si bien en el dolo eventual se"traspasan los linderos naturales de la culpa como consecuencia de un riesgo asumido por el agente", e igual pudiera ocurrir en la actuación médica; un profesional de la medicina pudiera materializar un acto que constituya "más que imprudencia", "más que negligencia" o "más que impericia", en otras palabras "más que culpa", aquí no tiene aplicabilidad,pues resulta que si está vedado el riesgo como hemos afirmado supra, si al médico por expresas denegaciones no le es dable asumir este tipo de conducta,y en caso de hacerlo, desde luego que no estaremos en presencia de un dolo eventual sino un dolo directo. Recordemos, en el dolo directo existe una correspondencia entre la intención del sujeto y la consecuencia directa de su acto, de su acción dolosa, en esta tesitura hemos planteado que si al médico se le prohíbe una conducta (en este caso el riesgo) y no obstante a ello la materializa y se da un resultado de daño, hay una consecuencia directa entre la acción y el resultado, estamos indiscutiblemente ante un dolo directo. Con esta posición hemos querido plantear, que la conducta asumida por el médico en el caso de asumir "el riesgo" o no importarle un resultado que

factiblemente puede ocurrir y ocurre, coloca a dicho profesional en el ámbito del dolo, pero no del Dolo Eventual sino en el mundo del dolo directo.

Ahora, hemos afirmado que en el Dolo Eventual, se traspasan los linderos naturales de la culpa como consecuencia de un riesgo asumido por el agente, y en efecto, aseguramos que hay más que culpa, que hay más de esa culpa llamada consciente, pero también aseveramos que ello no es factible en la Mala Praxis de acuerdo con las razones antes expuestas, pero para una mejor fundamentación analicemos los elementos de la culpa y veamos como este tipo de conducta dolosa bajo estudio resulta incongruente frente a la denominada Mala Praxis. En primer lugar tomemos como muestra la "Impericia"; la impericia como hemos afirmado es la falta de pericia o lo que es gemélico, falta de práctica, habilidad o experiencia en su profesión arte u oficio, en el supuesto médico sería la ausencia de conocimientos mínimos o indispensables para desempeñar su profesión. No se puede hablar de"más que impericia" o ultra impericia en la actuación del médico, esto en razón de que este profesional no puede realizar el acto sino se encuentra capacitado para ello, de acuerdo con las previsiones del artículo 13 de la Ley del Ejercicio de la Medicina, no solo exige (al médico) estar en satisfactorias condiciones psíquicas y somáticas, sino que también requiere de conocimientos profesionales e inclusive de sus avances. El profesional de la salud carente de la pericia necesaria debe remitir a un colega el pa-

ciente y nunca asumir el tantas veces mentado "riesgo" que es fundamental para la calificación del Dolo Eventual; es decir el médico no es que se encuentra eximido de realizar una conducta con impericia y ubicarse en el terreno del delito no intencional o culposo, no, lo que sostenemos es que esa conducta riesgosa siestá vedada en el oficio médico, en otras palabras está prohibido actuar sin pericia. En segundo lugar, la "Imprudencia", que igualmente antes hemos definido y supone la falta de prudencia o no actuar con sensatez, cautela, moderación obuen juicio; es posible que en un actuar cotidiano el facultativo materialice el mismo sin la debida prudencia y su conducta sea imputable como culposa, pero en terrenos del dolo ya hemos acotado que se requiere la intencionalidad y en el tipo eventual el consabido riesgo, y a tenor de los preceptos de la *"lexartis"*, el hacer u obrar imprudente de manera pensada o consciente esta proscrito, ahora, si el médico lo realiza, lo asume como un riesgo, esa conducta no sería a título de Dolo Eventual sino a título de dolo directo, pues sería una violación activa a las normas de prudencia que le son exigidas en su comportamiento profesional. En Tercer caso, la "Negligencia",ella implica el descuido u omisión en el cumplimiento de sus deberes; como todo ser humano y, el profesional de la medicina lo es, se puede incurrir en una acción indebida derivada de este tipo de conducta, ahora, para esta profesión que por mandato legal tiene por norte la salud de la persona, el requerimiento en el actuar diligente es mayor y es

tanto la exigencia y la responsabilidad que la misma llega a los extremos de responder, aún en aquellos casos donde el daño no fue mayor del que suponía la conducta negligente; Si la exigencia es exageradamente mayor o hiperexigible al médico en su actuación, no concebimos lo que hemos mentado como "más que negligente" en su actuar. Por último y sin mayores comentarios al margen, la inobservancia de los reglamentos u órdenes debidamente impartidas y trocadas por un riesgo, colocan indefectiblemente al agente en la hipótesis del dolo directo. Recordemos, en el dolo directo y dolo indirecto existe una perfecta correspondencia entre lo que desea el agente y su conducta, en el Dolo Eventual el elemento subjetivo se encuentra en el hecho, de que el agente no tiene la certeza de que con su conducta lesionará un bien jurídicamente protegido, en este caso el resultado será producto de una posibilidad y un menosprecio al orden jurídico establecido.

Por otras parte pero en soporte del título escogido para esta tesis, nos referimos a la Mala Praxis, hemos sostenido y grabado para su visualización cognoscitiva, que la Mala Praxis tal como se utiliza en nuestro foro, ya bien sea a nivel jurisprudencia, doctrinal y si se llegara aprobar hasta legal, está constituida por los elementos de la culpa, esto es por negligencia, impericia, imprudencia o inobservancia de reglamentos u **órdenes** debidamente impartidos. Esto por un lado, pero si algo debemos tener claro es que la conducta del profesional de la medicina está dirigida a salvar

vidas, está orientada a la salud, no se puede concebir entonces que una actuación médica tenga como presupuesto lo aleatorio, y no simplemente la suerte de manera llana sino que a lo fortuito se le añada un resultado dañoso producto de la indiferencia del actor,si así lo hiciere, esta actuación rahez debe inexorablemente ser sancionada con el mayor rigor que para estas conductas intencionales consagra nuestra ley sustantiva penal.

Por otra parte, instituido como ha sido en la judicatura el Dolo Eventual, ello a partir de la sentencia vinculante emanada de la Sala Constitucional de nuestro máximo Tribunal, en el cual entre otras cosas se sostiene: *"…de allí que lo eventual no es precisamente el dolo sino la consecuencia de la conducta.."* y en esa misma orientación complementa *"…el dolo eventual es dolo y no eventualmente dolo."*Es decir, en el claro señalamiento de la Sala se nos está indicando que lo "eventual" está en perfecta correspondencia con lo que el sujeto considera que puede ocurrir, es el riesgo, es lo que en palabras inscritas en la sentencia en referencia se dice: "admite su eventual realización", el agente se representa la lesión al bien jurídico y no deja de actuar. Ahora, algo muy significativo de apuntar o señalar en este análisis, es que también indica la Sala Constitucional, *"…si el dolo es eventual, antes de lo eventual nohabrá nada, ni siquiera dolo."* Es decir, que lo eventual es el adjetivo que se adosa gracias a un resultado representado por el sujeto; ahora, de existir una prohibición en la cual una determinada conducta se encuentra vedada para el actor, es decir,

con existencia previa y por ende contraria a la eventualidad, es de Perogrullo concluir, que no estamos sino en presencia de un dolo directo y nunca frente a este tipo de dolo tan particular.

Como epitome del resultado de esta investigación podemos concluir y formular, que a la luz del derecho penal resulta radicalmente improcedente la imputación de la Mala Praxis médica a título de Dolo Eventual. La actuación médica como la actividad de cualquier otra profesión, puede estar sujeta en el caso de operar, a una imputación culposa cuando la misma se realiza por imprudencia, impericia, negligencia o inobservancia de reglamento u **órdenes** debidamente impartidas a las reglas de la culpa; si la acción es intencional la misma encuadra dentro de las conductas dolosas, ¿qué tipo de dolo? Evidentemente que si la misma se realiza dentro los supuestos de la mala praxis positiva, el dolo será siempre directo por no ser posible tal como lo hemos justificado, la aplicación del Dolo Eventual.

Ahora bien, no podemos concluir este aparte del resultado sin referirnos a lo que hemos llamado Improcedencia y en cuanto a ella opinamos y agregamos lo siguiente:

No es nuestra pretensión, aclaramos, extendernos en este trabajo en lo que respecta al aspecto procesal, más sin embargo, creemos prudente y necesario, realizar una somera consideración desde la óptica adjetiva que guarda relación con el título escogido y desarrollado, nos estamos refiriendo a la palabra improcedente y su significado en el mundo jurídico. En

efecto, gramaticalmente esta palabra significa "falta de oportunidad, de fundamento o de derecho", desde el punto de vista jurídico-procesal, debe entenderse como la carencia de un requisito cuya ausencia da lugar al planteamiento de una excepción a tenor de las previsiones del artículo 28 de nuestro Código Orgánico Procesal Penal, veamos:

Artículo 28. Excepciones. Durante la fase preparatoria, ante el juez o jueza de control, y en las demás fases del proceso, ante el tribunal competente, en las oportunidades previstas, las partes podrán oponerse a la persecución penal, mediante las siguientes excepciones de previo y especial pronunciamiento:

4. Acción promovida ilegalmente, que sólo podrá ser declarada por las siguientes causas:..
e.- Incumplimiento de los requisitos de procedibilidad para intentar la acción;
i.- Falta de requisitos formales para intentar la acusación fiscal, la acusación particular propia de la víctima o la acusación privada, siempre y cuando éstos puedan ser corregidos, o no hayan sido corregidos en la oportunidad a que se contraen los artículos 313 y 403.

La Improcedencia es dable por expreso mandato legal, la imputación fiscal no puede sostenerse o estructurarse sobre bases jurídicas, bajo falsos supuestos legales o desconociendo la institución aplicable a la conducta que se censura; realizar la imputación omitiendo estas formalidades configura un vicio procesal atacable con una excepción, tal como ya hemos sostenido. Es decir, que ante un caso en el cual se le enrostre a un profesional de la medicina un determinado acto a título de Dolo Eventual y sea evidente que el mismo configura una conducta culposa, incontrovertiblemente puede plantear la excepción del caso para que se le impute de jurídicamente lo que en derecho le corresponde.

3.2.-Conclusiones y Recomendaciones

En una forma sinóptica se puede instituir, como resultado del análisis y estudios de temas e instituciones ponderadas en este trabajo, que evidentemente resulta improcedente la calificación o imputación si se quiere, de la Mala Praxis Médica a título de Dolo Eventual. A tal arribada se ha llegado luego de transitar, primero por el mundo de la teoría del delito y de este mundo substraer lo relativo al Dolo Eventual; luego y en un segundo derrotero, faenamos con la actividad del médico haciendo énfasis, desde luego, en la Mala Praxis que es el complemento de nuestra formulación teórica. Para elloplanteamos una especie de silogismo en la cual la primera premisa es el Dolo Eventual y sus elementos esenciales, una segunda consagrada a la Mala Praxis médica y sus requisitos,

y así, llegar producto de esta operación a una conclusión inalterable, esto es, sentenciarnecesariamente,-que resulta improcedente el Dolo Eventual cuando se trata de la llamada Mala Praxis Médica subjetiva. En esta labor de cirugía en forma de diéresis, separamos completamente el Dolo Eventual de la Mala Praxis Médica tal como antes lo justificamos, ello en razón de ser inaplicable este tipo de dolo en esta actuación por expresas exigencias de la ley del Ejercicio de la Medicina, el Código de Deontología Médica y a la Ley Artis, esta última una regla de actuación que permite apreciar si la tarea ejecutada por el médico es o no la correcta o se ajusta o no a lo que se debe hacer medicinalmente.

A manera de colofón sería lo más viable recomendar, disipar este tipo de problemas por el sendero legal, esto es, que al reformar o crear un dispositivo legal, se consagre normativamente tal arreglo. Esto sería el deber ser, pero resulta que metodológicamente tenemos un problema y este problema requiere en el contexto de la tesis de una solución que es la parte de la recomendación,para ello opinamos que el camino único y expedito, es que a cada caso en particular donde se plantee la Mala Praxis Médica, se realice un estudio analítico de dicha singularidad y de esta guisa se impute el mismo o como dolo directo o como culpa consciente, esto desde luego, en aquellas situaciones que lo ameriten y teniendo en cuenta también, el yerro social de considerar como mala praxis cualquier acto médico que produzca un resultado de daño. En

la mayoría de los casos, por no atrevernos a exagerar con el término de totalidad, estaremos en presencia de una actuación culposa, esto es, no intencional o no dolosa. En lo que si enfatizamos es que dadas las particularidades del Dolo Eventual, jamás procederá en un caso de Mala Praxis Médica por enfrentarse precisamente este tipo de dolo con la esencia de la misma de esta práctica, esto es con una conducta culposa y nunca intencional.

Recalamos a esta última conclusión, en razón de que la actividad profesional del médico se encuentra llamada a realizar su actividad no solo con humildad y dignidad, sino que debe estar orientada al respeto de la vida y la integridad física del paciente. Por esto, no negamos que sea imposible, pero por la naturaleza misma de su profesión los daños o lesiones, estarían más en el mundo de la no intención.

ANEXO NRO 1.

Ponencia del Magistrado Doctor ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS.

Vistos.

La Sala N° 4 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, a cargo de los jueces abogados JOSEFINA GÓMEZ SOSA, AÍDA ANDRADE DE DUQUE y ÁNGEL ZERPA APONTE, en sentencia dictada el 17 de abril del año 2000, **CONDENÓ** al ciudadano imputado ROBERT ALEXANDER TERÁN LÓPEZ, venezolano, mayor de edad y portador de la cédula de identidad V 14.471.276 a cumplir la pena de **CINCO AÑOS, OCHO MESES, TRES DÍAS y DIECINUEVE HORAS DE PRISIÓN** y las accesorias de ley correspondientes por los delitos de **HOMICIDIO CULPOSO, SIMULACIÓN DE HECHO PUNIBLE y OMISIÓN DE SOCORRO,** previstos respectivamente en los artículos411, 240 y 440 del Código Penal.

Contra dicho fallo anunciaron recurso de casación la abogada JACKELINE SANDOVAL ESCOBAR, en su carácter de Fiscal Trigésima Primera del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y el abogado HEBER ALBERTO SULBARÁN MUÑOZ, en su carácter de apoderado judicial de la parte acusadora.

La Sala Nº 4 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas emplazó a los abogados DANIEL TORRELLAS PAIVA y JOSÉ JOEL GÓMEZ, en su carácter de Defensores del acusado y según lo ordenado por el artículo 457 del Código Orgánico Procesal Penal. Tal contestación no se produjo.

La Sala de Casación Penal se constituyó el 10 de enero del año 2000 y al Magistrado Doctor ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS se le reasignó la ponencia el 22 de noviembre del año 2000.

El 7 de noviembre del año 2000 se admitió el recurso interpuesto y el 22 de noviembre del año 2000 se celebró la audiencia oral y pública con la asistencia de las partes.

La Sala de Casación Penal pasa a decidir y al efecto observa lo siguiente:

RECURSO DE CASACIÓN

-

I

La representante del Ministerio Público y el apoderado judicial de la parte acusadora sobre la base del artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal, denunciaron la infracción del artículo 411 del Código Penal, por indebida aplicación y el artículo 407 "eiusdem" por falta de aplicación y señalaron que los hechos establecidos por la sentencia recurrida constituyen el delito de homicidio intencional.

La Sala, para decidir, observa:
La Sala Nº 4 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, calificó los hechos como homicidio culposo previsto en el artículo 411 del Código Penal. Tales hechos son los siguientes:
"... En efecto, se encuentra comprobado que en fecha 242-98, frente al Barrio las Nieves en las Adjuntas, vía pública, a las 7:30 de la noche aproximadamente, el ciudadano ROBERT ALEXANDER TERÁN LÓPEZ, conducía un vehículo de carga, pickup, Dodge, placas 506-ACN, 1976, vino tinto, el cual era prestado; al hacer un giro indebido "vuelta en U", impacta y engancha a la mencionada víctima que se encontraba saliendo de un módulo de teléfonos públicos y al sentir el golpe, no detuvo la marcha del vehículo sino que aceleró, arrastrando consigo el cuerpo del ciudadano WILFREDO JOSÉ MONTILLA SUÁREZ (OCCISO), el cual, como se mencionó, había quedado enganchado en el parachoques del vehículo con una pierna. También está demostrado en autos que las personas que presenciaron el hecho, clamorosamente le gritaban al conductor que llevaba a un ciudadano a rastras, y éste hizo caso omiso al llamado de la gente, imprimiéndole mayor velocidad a la camioneta en cuestión, y fue luego de avanzar 2 kilómetros y 320 metros, que detuvo la marcha y huyó del lugar, dejando abandonado el vehículo que conducía con el cadáver del ciudadano que había sido arrollado... ".
Dada la tan peligrosa acción del imputado ¿por qué no considerar el "animus necandi" o deseo de matar? Es evidente que la acción desplegada por el imputado fue **idónea para matar**.

Es indiscutible que se está en presencia de un homicidio intencional, lo único por discutir dada la gran dificultadprobatoria sería lo del dolo. Y como no se ha establecido de modo inconmovible que en semejante acción hubiera un dolo de matar directo y perfecto, se debe condenar por homicidio intencional pero a título de dolo eventual.

Hay dificultad probatoria para establecer que el imputado estaba seguro de la producción del resultado mortal. Si así fuere, no habría dolo eventual sino dolo directo o perfecto o de primera clase: y esto es así porque quien actúa con dolo eventual no está seguro de la producción del resultado. Por esto JESCHECK ha dicho que tampoco satisfacenlas teorías jurisprudenciales que exigen del autor haber actuado "incluso de haber conocido con seguridad el resultado", pues "precisamente, la inseguridad es característica del dolo eventual"; y en éste "ni se persigue el resultado ni es segura su producción". ("Tratado de Derecho Penal", Parte General, Bosch, 3a. edición, 1981, págs. 404 y siguientes).

En nuestro país los accidentes de tránsito causan muchos heridos y muertos. Y muchas veces la imprudencia de los conductores es tanta que así demuestran éstos desdén por la vida de otras personas: tal es el caso del exceso de velocidad, de la embriaguez y **de quien se da a la fuga pese a haber atropellado a otro.** Estas conductas trascienden la simple culpa, pues alguien que maneje a gran velocidad se representa la posibilidad de que se produzca un choque y

de que mate a otros, así comoquien golpea a un transeúnte y se da a la fuga, se representa la posibilidad de que muera demengua. La omisión del deber de prestar socorro está íntimamente ligada a los delitos dolosos en el tránsito. Por esto tal actuación es de las más graves que pueda cometer un conductor.

En Derecho Criminal se habla de **dolo eventual** cuando el agente se representa como posible o probable la consecuencia de su ejecutoria y, sin embargo, continúa procediendo del mismo modo: **acepta su conducta**, pese a los graves peligros que implica y por eso puede afirmarse que también acepta y **hasta quiere el resultado**. Se habla de culpa, en cuanto a imprudencia se refiere, respecto a casos típicos como el de quien descuidadamente limpia un arma e hiere accidentalmente a otro;pero cuando la temeridad estan extrema que refleja un desprecio porlos coasociados,las muertes acarreadas deben castigarse como **homicidios intencionales a título de dolo eventual.** El criminalista alemánGüntherKayser, Profesor de la Universidad de Friburgo, expresa que cada vez se usan más **el dolo eventual y el dolo de puesta en peligro.** Y concluye en que un alto porcentaje de transgresiones del tránsito son cometidas dolosamente, es decir, intencionalmente. Y el criminalista Middendorff, también alemán y Profesor en Friburgo, asegura que conducir en estado de **embriaguez**, darse a la **fuga** en caso de accidentes graves y cometer reiteradas veces infracciones de tránsito, aun simples, califican al contraventor de **criminal**. Por

consiguiente es dable que con frecuencia los delitos de tránsito reflejan la existencia del dolo eventual.
En casos de muertes en el tránsito, cobra gran importancia discernir acerca del nivel intermedio entre "el animus occidendi" o intención de matar, por una parte, y la simple conducta imprevisiva , sin intención de matarpero que fue causa de muerte, por otra parte. Quiero describir con esto la situación de alguien en quien no había dolo homicida directo y perfecto, es decir, intención clara de matar; y que su conducta, por otro lado, fue mucho más grave que los supuestos configuradores de la simple culpa. En otras palabras: la situación de una persona cuya conducta está (en rango de gravedad) un grado más bajo que el dolo directo y perfecto, y un grado más alto que la simple culpa e involuntariedad absoluta. **Este estado intermedio entre el dolo y la culpa, esta mixtura de dolo y culpa, o esta culpa informada de dolo o por el dolo, en fin, este dolo eventual, es de sumo interés en los delitos de tránsito.**
En Venezuela el automovilismo es ultra temerario en términos de conducción e incluso a veces la publicidad televisiva **instiga a delinquir** exhibiendo con reiteración imágenes de carros a gran velocidad, camionetas dando saltos, etc. Y, en suma, promoviendo y exaltando la velocidad, el desquiciamiento y hasta la criminalidad. Y, peor aún, las autoridades de tránsito hace décadas permiten que motociclistas y automovilistas, así como autobuseros y camioneros, hagan cuanto les venga en gana, amadrigados en la más es-

candalosa impunidad y aumentando la muy lamentable cifra de heridos y aun muertos por esa causa. La permisividad es factor maligno y tengo la ilusión que ahora sí esas autoridades y el Poder Judicial pondrán orden al respecto y harán cesar semejante impunidad, que ha enlutado a tantas familias en Venezuela.

En este caso, no debe verse al imputado (quien principió por alterar las normas de seguridad en el tránsito al girar en "U" en un sitio prohibido) como agente de un simple homicidio culposo, esto es, de aquél cometido sin intención y sí por imprudencia: debe vérsele como autor de un homicidio **intencional,** a título de dolo eventual.

En el caso de autos, el ciudadano acusado ROBERT ALEXANDER TERÁN LÓPEZ cuando indebidamente giró (vuelta en "U") el vehículo de carga que conducía impactó, enganchó y arrastró el cuerpo del ciudadano WILFREDO JOSÉ MONTILLA SUÁREZ y siguió a gran velocidad, aun cuando fue advertido por los vecinos del lugar de tal circunstancia. Por ello los hechos establecidos por la recurrida constituyen el delito de homicidio intencional previsto en el artículo 407 del Código Penal. El citado artículo expresa lo siguiente:

"El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona, será penado, con presidio de doce a dieciocho años ".

De lo anteriormente expuesto se concluye en que la recurrida violó el artículo 411 del Código Penal, por indebida aplicación y el artículo 407 "eiusdem" por falta de aplicación. Por consiguiente, se declara con lugar esta denuncia de infracción. Así se decide.

De acuerdo con el artículo 460 del Código Orgánico Procesal Penal se pasa a rectificar la pena que ha de cumplir el ciudadano encausado ROBERT ALEXANDER TERÁN LÓPEZ.

Ahora bien: el Código Penal de Venezuela no define el dolo o al menos no se refiere al dolo eventual. El artículo 61 "eiusdem" establece que nadie podrá ser castigado por un delito sin la intención de cometerlo. En esta decisión se respeta el principio de la culpabilidad, puesto que sí hubo intención homicida en el agente del delito que se juzga. Pero esa intención no fue directa y perfecta, sino que ocupa un nivel intermedio entre el dolo de primer grado y la culpa. Por lo tanto, sería injusto castigar con la pena correspondiente al homicidio intencional con dolo absoluto, al homicidio perpetrado con un dolo de menor entidad. La injusticia persistiría aun si se aplicaran las atenuantes de los ordinales 2º y 4º del artículo 74 del Código Penal, ya que la pena aplicable sería de doce años, es decir, la menor que corresponde al homicidio intencional con un dolo de primer grado. Esta laguna legislativa debe resolverse en beneficio del reo y en aras de la Justicia, cuyo valor absoluto es de rango constitucional y ha de privar sobre formalidades no esenciales: si la intención o voluntad consciente o dolo estuvo en un grado intermedio entre el dolo perfecto y la simple culpa, la pena debe estar entre la que corresponde al homicidio intencional (12 años) y al homicidio culposo (5 años en su límite máximo), por lo que se fija en OCHO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN.

El delito de homicidio contemplado en el artículo 407 del Código Penal tiene prevista la pena de presidio de doce a dieciocho años, esto es, quince años de presidio según el término medio, a tenor del encabezamiento del artículo 37 del citado código. Como concurre a favor del encausado la circunstancia atenuante de minoridad prevista en el ordinal lº del artículo 74 "eiusdem", la pena aplicable es el límite inferior, que resulta doce años de presidio.
De lo antes expuesto se concluye en que el ciudadano encausado debe cumplir la pena de doce años de presidio y las accesorias de ley correspondientes por el delito de homicidio intencional. Así se decide.

II

La representante del Ministerio Público sobre la base del artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal, denunció la violación del artículo 364 "eiusdem", por falta de aplicación y señaló que los sentenciadores condenaron al ciudadano procesado ROBERT ALEXANDER TERÁN LÓPEZ por el delito de OMISIÓN DE SOCORRO previsto en el artículo 440 del Código Penal, el que no fue objeto de acusación.
La Sala, para decidir, observa:
Al examinar el fallo recurrido se advierte que tiene razón la recurrente pues los juzgadores condenaron al encausado por un delito que no le fue atribuido por las partes y del cual no pudo defenderse.

Se desprende de lo anterior que el fallo impugnado violó el artículo 364 del Código Orgánico Procesal Penal. Así se decide.

DECISIÓN

Por las razones antes expuestas, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara CON LUGAR el recurso de casación interpuesto por la Fiscal Trigésima Primera del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y por el apoderado judicial de la parte acusadora.

En consecuencia, CONDENA al ciudadano imputado ROBERT ALEXANDER TERÁN LÓPEZ, venezolano, mayor de edad y portador de la cédula de identidad V- 14.471.276 a cumplir la pena de OCHO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN**,** que terminará de cumplir en el establecimiento carcelario que le designe el Ejecutivo Nacional; a la inhabilitación política durante el tiempo de la condena, una vez terminada ésta por el delito de HOMICIDIO INTENCIONAL previsto en el artículo 407 del Código Penal en relación con los ordinales 1º y 4º del artículo 74 "eiusdem" y el artículo 61 del citado código.

Publíquese, regístrese y bájese el expediente.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Audiencias del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas a los veintiún (21) días del mes

de diciembre del año dos mil. Años: 190º de la Independencia y 14lº de la Federación.

El Presidente de la Sala,
JORGE ROSELL SENHENN

El Vice-Presidente,
RAFAEL PÉREZ PERDOMO

El Magistrado Ponente,
ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS

La Secretaria,
LINDA MONROY DE DÍAZ

EXP Nº AA30-P-2000-000859
AAF/ma

VOTO SALVADO

Jorge L. RosellSenhenn, Magistrado de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, salva su voto en la presente decisión por las razones siguientes:

La mayoría de la Sala consideró que el presente asunto debía calificarse como un homicidio intencional, sin embargo aparte de disentir del nuevo criterio doctrinario sustentado por los Magistrados al imponer una pena media entre la prevista para un homicidio culposo y uno intencional, pues consideraron que se trataba de un delito

en el cual intervino un dolo eventual, debe dejarse claramente expresado que el conductor del vehículo no tuvo en ningún caso la intención de causar la muerte de la víctima, y ni siquiera quedó comprobado que pudo representarse tal resultado (la muerte) y menos aun aceptarla. Estos requisitos son los que precisan el dolo eventual y una sentencia no podría estar basada en lo que los jueces presumamos que haya pasado por la mente del autor, sino aquello que está plenamente demostrado y de lo cual podamos deducir, sin duda alguna, el proceso mental que impulsó al agente a realizar la acción.

En vista de que los elementos en los cuales se basa la presente sentencia no se encuentran plenamente demostrados en autos, por lo que imputar dolo eventual al imputado sería consecuencia de presunciones, y por cuanto lo que sí está demostrado es que obró con grave imprudencia, es por lo que se salva el voto en la presente sentencia. Fecha ut supra.

El Presidente de la Sala,
Jorge L. RosellSenhenn

Disidente
El Vicepresidente,
Rafael Pérez Perdomo

Magistrado,
Alejandro Angulo Fontiveros

La Secretaria,
Linda Monroy de Díaz

ANEXO NRO. 2

MAGISTRADO PONENTE DOCTOR HÉCTOR MANUEL CORONADO FLORES

La Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, en fecha 05 de diciembre de 2008, integrada por los Jueces Fabiola Colmenarez (ponente), Alejandro José Perillo Silva y Edgar José Fuenmayor De la Torre, **declaró sin lugar** el recurso de apelación interpuesto por la ciudadana abogada Betania Silva, defensora privada del ciudadano **Carlos Eduardo Hernández Carrillo**, venezolano, con cédula de identidad Nº 6.091.619, contra la decisión dictada por el Juzgado Segundo de Juicio del mencionado Circuito Judicial Penal, de fecha 19 de mayo de 2008, que **condenó** al mencionado ciudadano a cumplir la pena de **doce (12) años de presidio** por la comisión del delito de **homicidio intencional a título de dolo eventual**, previsto en el artículo 407 del Código Penal, en perjuicio de la ciudadana Diana Mercedes Rodríguez Rosales.

Contra la referida decisión de la Corte de Apelaciones, el ciudadano Django Luis Gamboa Hernández, actuando en su carácter de defensor privado del acusado, e inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 59.732, interpuso recurso de casación.

Trascurrido el lapso legal para la contestación del recurso previsto en el artículo 464 del Código Orgáni-

co Procesal Penal, sin que se llevara a cabo la realización de tal acto, fueron remitidas las actuaciones al Tribunal Supremo de Justicia.

Recibido el expediente, en fecha 12 de marzo de 2009 se dio cuenta en Sala de Casación Penal y se designó ponente al **Magistrado Doctor Héctor Manuel Coronado Flores**, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

En fecha 07 de mayo de 2009, se recibió en esta Sala de Casación Penal escrito firmado por los ciudadanos Carmen Elena Rosales y Jesús Orlando Rodríguez, en su carácter de víctimas, con el objeto de dar contestación al recurso de casación interpuesto.

En fecha siete de agosto de 2009, se declaró admisible el recurso de casación y se convocó a las partes para la audiencia oral y pública. Este acto tuvo lugar el día veintinueve de septiembre de 2009, con la asistencia de todas las partes.

Cumplidos, como han sido, los trámites procedimentales del caso, esta Sala pasa a decidir en los siguientes términos:

DE LOS HECHOS

Los hechos acreditados por el Juzgado Segundo de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, son los siguientes:

"…Una vez revisadas todas las pruebas evacuadas, se puede observar que de las declaraciones de los testigos funcionarios policiales MOISÉS MELÉNDEZ ACOSTA, FRANK

ANTONIO FUENTES PIÑA, JUAN CARLOS LARA TOVAR, concatenada con las declaraciones de las testigos BETSIS AURET FERNÁNDEZ GARCÉS, BLANCA YARED TOVAR CUEVA y MIRIAM GISELA SEQUERA GONZÁLEZ, asimismo relacionadas estas declaraciones a su vez con la de los funcionarios del Cuerpo de Vigilancia y Tránsito Terrestre, FRANK REINALDO SALAZAR y ALEXIS MERENTES, quedó plenamente demostrado y probado que el día 13 de ABRIL de 2004, siendo aproximadamente las 7:00 p.m, el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARILLO, causó la muerte de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES, en la avenida "A" del Sector San Vicente, Estado Aragua, tal como se desprende de la declaración del médico forense JAIRO QUIROZ ROMERO, quien señala que la causa de la muerte…fue por politraumatismos por accidente vial, arrollamiento. En tal sentido debe considerarse también la declaración de la testigo AMANDA GARCÉS DE FERNÁNDEZ, que aún cuando se baja de la Unidad de Transporte Colectivo, antes de que suceda el accidente, señaló que dentro del autobús hubo una discusión entre un joven pasajero, también de la Unidad de Transporte Colectivo y el chofer de la unidad, en reclamo de por qué no encendía las luces, a lo que éste le respondió, que las había vendido para poder comer, esto coincide con la declaración del funcionario policial MOISÉS ACOSTA MELÉNDEZ, quien es el funcionario, que detiene la Unidad de Transporte en un punto de Control y le llama la atención al chofer, en relación a que no llevaba las luces encendidas y que iba a exceso de velocidad, a lo que el chofer de la Unidad de Trans-

porte Colectivo le respondió, que iba apurado porque no tiene luces, de lo cual quedó probado y demostrado, que efectivamente no llevaba las luces encendidas, ya que estaban dañadas y tal situación era conocida por el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARILLO, chofer de la Unidad… . Asimismo se debe considerar, la declaración de cada testigo en el sentido de la distancia, que hubo desde el lugar donde quedó el cuerpo sin vida de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES y la Unidad de Transporte que la arrolló, ya que los testigos declararon que la Unidad…estaba estacionada frente en la esquina siguiente de donde sucedió el accidente, lo cual quedó corroborado con la declaración del funcionario de tránsito terrestre encargado de levantar el croquis, quien señaló, que esa distancia fue de 27 metros, asimismo ambos funcionarios adscritos al Cuerpo de Vigilancia de Tránsito Terrestre, señalaron que no había marca de frenos, ni antes ni después, de donde se encontraba el cuerpo sin vida de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES: Asimismo los testigos fueron contestes en señalar que el conductor de la Unidad…, una vez que se produce el arrollamiento no se detiene, lo hace ya que el clamor público, le indica que se detenga. En tal sentido se concluye que la persona que causó la muerte de la ciudadana… fue el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, quien era el conductor de la Unidad de Transporte, con las siguientes características clase autobús, tipo autobús, marca Mercedes Benz, modelo OH 1318/51, sin placas, color blanco multicolor, año 1998, servicio transporte público, serial de motor 377943-10379159, serial de carrocería 9BM382020WB144253, asimismo las declaraciones

de los testigos, prueban y demuestran que el hecho ocurrió en el sitio y del modo indicado por el Ministerio Público…" (Sic).

DEL RECURSO

Con fundamento en el artículo 462 del Código Orgánico Procesal Penal, el impugnante plantea sus denuncias en los siguientes términos:

PRIMERA DENUNCIA:

Infracción del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por indebida aplicación. Alega el impugnante que la recurrida, al resolver la primera denuncia interpuesta en la apelación, no se pronunció sobre la falta de valoración, por parte de Juez de Juicio, de una prueba admitida en la audiencia preliminar y evacuada durante el juicio, vale decir, la experticia de reconocimiento realizada por funcionarios adscritos a la Unidad de Tránsito Terrestre en fecha 27 de abril de 2004. Limitándose la recurrida a señalar: *"…EN LO QUE RESPECTA A LA FALTA DE VALORACIÓN DE LA EXPERTICIA DE RECONOCIMIENTO DE FECHA 27 DE ABRIL DE 2004…DE LA REVISIÓN DE LA SENTENCIA OBSERVA ESTA ALZADA QUE EFECTIVAMENTE NO SE HACE MENCIÓN DE ESTA PRUEBA, SIN EMBARGO ESTAMOS EN PRESENCIA DE UNA REPOSICIÓN INÚTIL E INNECESARIA PORQUE EN EL DE-*

SARROLLO DEL JUICIO...SE EVACUARON OTROS PLÚMBEOS ELEMENTOS PROBATORIOS…".

En opinión del impugnante, la Corte de Apelaciones sólo le correspondía declarar que existía el vicio de inmotivación en la sentencia de la primera instancia, y proceder a decretar la nulidad de la misma, y no fundamentarse en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela para dar sustento a su resolución.

La Sala,para decidir observa:

Revisada la sentencia recurrida, esta Sala observa que la razón no asiste al impugnante toda vez que, de manera efectiva, la Corte de Apelaciones si dio respuesta al punto planteado en apelación, relativo a la falta de valoración, por parte del juzgador de juicio, de la experticia de reconocimiento realizada por funcionarios adscritos a la Unidad de Tránsito Terrestre en fecha 27 de abril de 2004. Es así como la Corte de Apelaciones señaló en este sentido:

"…En lo que respecta a la falta de valoración de la experticia de reconocimiento de fecha 27 de abril de 2004, realizada por el Funcionario adscrito a la Unidad de Tránsito Terrestre; de la revisión de la sentencia observa esta Alzada que efectivamente no se hace mención a esta prueba, sin embargo de conformidad con el artículo 26 de la Constitución…estamos en presencia de una reposición inútil e innecesaria porque en el desarrollo del Juicio Oral y Público al acusado…se evacuaron otros plúmbeos elementos probatorios:

Declaración del funcionario adscrito al Cuerpo de Seguridad y Orden Público del Estado Aragua, ciudadano Meléndez Acosta Moisés Elías.
Declaración del ciudadano Lara Tovar Juan Carlos,
Declaración del ex funcionario de la Policía de Aragua ciudadano Fuentes Piña Frank Antonio.
Declaración de la ciudadana Tovar Cueva Blanca Yared.
Declaración de la ciudadana Fernández Garcés BetsiAuret.
Declaración del Cabo 1° de tránsito, ciudadano Frank Reinaldo Salazar Lira.
Declaración del fiscal de tránsito, ciudadano Alexis Hilario Gerentes Delgado.
Declaración de la ciudadana Sequera González Miriam Gisela.
Declaración de la ciudadana Amanda Garcés de Fernández.
Declaración del Médico Forense Jairo Quiroz Romero.
Declaración del funcionario adscrito a la Unidad de Tránsito Terrestre, ciudadano Rodríguez Carrasco Luís Antonio.
En otras pruebas evacuadas en el desarrollo del Juicio Oral y Público y debidamente valoradas en la sentencia impugnada confirman la comisión del delito de HOMICIDIO INTENCIONAL a TÍTULO DE DOLO EVENTUAL de conformidad con lo previsto en el artículo 407 del Código Penal vigente para la fecha en que ocurrieron los hechos, en razón de lo cual es contraria a la justicia una reposición al estado de celebrar nuevo juicio por este motivo, debiendo ser declarada sin lugar la denuncia formulada y así se decide…".

A juicio de esta Sala, es evidente que existió un pronunciamiento por parte de la Corte de Apelaciones respecto al punto planteado, careciendo su fallo de falta de motivación, tal como lo indica el impugnante en su denun-

cia. El hecho de que la referida instancia considerara que la falta de valoración de la señalada prueba de experticia no justificaba una reposición de la causa, no debe ello estimarse como inmotivación del fallo.
En consecuencia, esta Sala de Casación Penal considera que lo procedente en derecho es declarar sin lugar la presente denuncia. **Así se decide**.

SEGUNDA DENUNCIA:

Infracción del artículo 407 del Código Penal (hoy artículo 405), por errónea interpretación. Señala el recurrente que: "*…la Corte de Apelaciones…dice que la conducta del ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ fue intencional, aduciendo para ello que el mismo se representó el resultado como posible y probable adoptando una conducta indiferente –lo cual no es cierto-, ratificando la sentencia de primera instancia, que erradamente subsume el hecho dentro de las previsiones del* **artículo 407 del Código Penal, vigente para la época, disposición legal que está reservada sólo para los que actúan representándose como cierto, como seguro, un resultado típicamente antijurídico y quiere directamente realizar, actualizar, ese resultado antijurídico ya previsto como seguro, como cierto***, lo que constituye una ERRÓNEA INTERPRETACIÓN…pues no se puede subsumir dentro del supuesto de hecho establecido para el homicidio intencional un hecho que pudo ser causado por imprudencia (obrar sin cautela), negligencia (desatención o descuido) o impericia (falta de destreza) del conductor…".*(Sic).

TERCERA DENUNCIA:

Infracción de los artículos 49, numeral 6, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y 1 del Código Penal, por falta de aplicación. Aduce el impugnante que en la resolución de la cuarta denuncia interpuesta en la apelación la sentencia recurrida expresa: "…*EN OPINIÓN DE ESTA ALZADA NO EXISTE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD TODA VEZ QUE AL ACUSADO SE LE ATRIBUYE UN HECHO PUNIBLE TIPIFICADO Y SE LE APLICA LA SANCIÓN PENAL PREVISTA…POR EL DELITO DE HOMICIDIO INTENCIONAL A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL…*

…La Corte de Apelaciones, de manera infundada, pareciera decir que mi defendido trabajaba ese día con el conocimiento que iba a matar a alguien, pero no sabía a quién, lo cual es totalmente falso. La simple realidad…es que el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ es un chofer de autobús a quien la fatalidad sorprendió…se pretende ser castigado…con la pena más severa que corresponde sólo a quien dirige su acción con el firme y único propósito de acabar con una vida humana…invocando para ello un supuesto dolo eventual que en el derecho penal venezolano sólo existe en la mente de reconocidos doctrinarios, no tipificado en el derecho penal sustantivo venezolano vigente, lo cual constituye una falta de aplicación del principio de la legalidad.…desprovisto de una pena previamente establecida en la ley, razón por la que…en los casos en los que se dice hay dolo eventual, para determinar

la sanción penal aplicable se ha debido recurrir a establecerla entre el límite superior del homicidio culposo y el límite inferior del homicidio intencional…". (Sic).

SEGUNDA Y TERCERA DENUNCIA:

Visto que la argumentación de la segunda y tercera denuncia expuestas en el presente recurso de casación tienen una estrecha relación, la Sala considera conveniente pasar a resolverlas bajo una misma fundamentación. Es así como observa que el punto central del cual se pretende sea resuelto por esta instancia, estriba si en el presente caso existe violación al Principio de Legalidad previsto en nuestra Constitución Nacional en su artículo 49, numeral 6, toda vez que el acusado de autos se le condenó a cumplir la pena de doce (12) años de presidio por la comisión del delito de homicidio intencional a titulo de dolo eventual, sin que el referido tipo penal estuviese descrito como delito en nuestro ordenamiento jurídico. Tal argumentación resulta ser cierta a todas luces, pues claramente nuestra Carta Magna recoge, como debido proceso, el Principio de Legalidad conforme al cual, ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.
De acuerdo a los términos expresados en la referida norma constitucional, los ciudadanos tienen el derecho a hacer todo lo que la ley no les prohíba. En otras palabras, solo la ley es capaz de crear delitos,

y solo podrá considerarse delito, aquel hecho que la ley declare delito expresamente. Distinto el caso de los actos llevados a cabo por los entes públicos, los cuales deben sujetarse a lo que la Constitución y las leyes les permitan.

La Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, ha señalado en sentencia N° 2338, de fecha 21 de noviembre de 2001, lo siguiente:

"… el principio de la legalidad en materia sancionatoria -invocado por la parte accionante como lesionado-, está estrechamente vinculado a otro principio reconocido como el de la tipicidad de los delitos, conforme al cual, no existe delito sin ley previa que lo consagre, es decir, que toda conducta que constituya un delito, así como las sanciones correspondientes deben estar previamente estipuladas en una disposición normativa, general y abstracta (desde el punto de vista formal) que los defina, pues se entiende que tales sanciones afectan o inciden de manera directa e individual sobre la esfera jurídica de los ciudadanos, por lo que en este caso, no le estaría dado al legisladorhacer remisiones "genéricas" para que, mediante un reglamento se establezcan delitos o sanciones relacionados con la Ley de que se trate.

Así, en aras de la seguridad jurídica que debe existir en todo Estado de Derecho, le corresponde a la ley definir todas aquellas conductas que pudieran calificarse como delitos y que por tanto, acarrearían penas y sanciones, tal exigencia se encuentra consagradaen la norma prevista en el artículo 49, numeral 6 de la Constitución vigente cuando dispone que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, y en consecuencia,"(...) 6. [n]inguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes…". (Sic).

El Código Penal, en su artículo 1 ratifica este principio así: *"nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente".*

Bajo este contexto normativo, podemos afirmar que el máximo principio que consagra la legitimidad y legalidad dentro del Derecho Penal es el principio: "*nullacrime, nullapoena sine lege",* recogido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos penales de índole romanista y germánico*,* el cual apunta a una garantía de libertad y seguridad para los ciudadanos, sin dejar de lado el poder punitivo del Estado el cual es ejercido a través de sus legisladores y jueces.

Tenemos entonces, que el Principio de Legalidad exige que el delito se encuentre expresamente contemplado en una ley formal, de manera clara y precisa, con el fin de garantizar la seguridad de los ciudadanos, quienes deben conocer, sin lugar a dudas, cual es la conducta prohibida e ilegítima, y cuáles serían las consecuencias jurídicas que se generarían a aquellos que trasgredan lo que la norma penal contempla. Esto significa que debe haber una ley preexistente y vigente, tal como lo ha señalado la doctrina internacional en el entendido de que las conductas punibles deben ser descritas inequívocamente y las sanciones a imponer deben estar también previamente predeterminadas.

Visto así las cosas, resulta imperioso afirmar que, el Principio de legalidad en materia penal, consagrado en su doble vertiente de legalidad de los delitos y de las penas, constituye la máxima garantía frente a la aplica-

ción de la ley penal; toda vez que, por una parte, constituye un límite ante cualquier arbitrariedad o imposición caprichosa por parte del Juez contra el presunto autor de unos hechos y, por la otra, las conductas descritas formalmente y recogidas en un texto legal, permiten a la ciudadanía conocer tanto la conducta delictual como las sanciones que acarrea, lo cual se traduce en garantía para los mismos ciudadanos.

Cabe resaltar que el Principio de Legalidad cobra también importancia desde un punto de vista más amplio, llegando a la propia funcionalidad del Estado en su ejercicio del iuspuniendi, pues garantiza la propia división de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. En este sentido, entra en juego el principio de reserva legal, lo cual indica que solo el legislador, no los jueces, pueden asumir la tarea de redactar y recoger en un instrumento legal las normas de carácter penal, la cual es labor consagrada, única y exclusivamente, a la Asamblea Nacional, mientras que el juzgador penal es el que subsume el caso concreto en la descripción del tipo penal, el que determina la pena correspondiente a cada supuesto, el que la individualiza, pero siempre dentro de los márgenes de tipicidad y penalidad.

Bajo estos señalamientos queda claro que, en base al Principio de Legalidad, en Derecho Penal no es posible admitir la analogía, vale decir que, si el hecho no está contemplado en la ley, no podrá aplicarse a él, una norma que castigue un hecho similar. En este sentido, el autor Rodrigo Antonio Rivera Morales, en

su obra *"Aspectos Constitucionales del Proceso"*: Tribunal Supremo de Justicia: Libro Homenaje A José Andrés Fuenmayor. Tomos II, señala: …"*Si no hay norma legal aplicable al caso concreto, hay un vacío legal (non liquet), sin que el juez pueda llenarlo analógicamente…la situación fáctica debe estar descrita en ley preexistente. Es contrario a la Constitución y a la normativa internacional sobre derechos humanos los tipos penales inciertos, abiertos y en blanco, éstos deben ser exactos y rígidos…".*

Visto el análisis anterior, tenemos que en el presente caso el ciudadano **Carlos Eduardo Hernández Carillo** fue condenado por la comisión del delito de homicidio intencional a título de dolo eventual, el cual, como se señaló al inicio, no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal, aplicándole el juzgador, por analogía, la pena correspondiente al delito de homicidio intencional simple. Todo lo cual evidencia una violación al Principio de Legalidad, acogido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, de tal manera que no podía inventarse el juzgador un tipo penal y encuadrar en él la conducta desplegada por el mencionado ciudadano. Debe el hecho o conducta a sancionar estar descrito previamente en la ley penal; tal como se ha venido insistiendo.

En este aspecto cabe llamar la atención de aquellos aplicadores de justicia, así como estudiosos y expertos en la materia penal, para que tengan en cuenta que, si en su opinión, existen situaciones no precisadas en la ley y, que por tanto, puedan generar cierta incertidumbre e imprecisiones en la aplicación de la

misma, no realizar interpretaciones que puedan generar perjuicio en el imputado, tal como ocurre en el presente caso.

Ahora bien, puntualizado el hecho de que en la presente causa, el ciudadano **Carlos Eduardo Hernández Carillo** fue condenado por un delito no tipificado en la ley, teniendo razón pues la defensa en el planteamiento de su denuncia, esta Sala de Casación Penal, de conformidad con la facultad otorgada en el artículo 467 del Código Orgánico Procesal Penal, pasa a dictar una decisión propia sobre el caso, toda vez que estima que no es necesario un nuevo debate sobre los hechos dados por probados por el Juzgador de Juicio y, en tal sentido observa, que los referidos hechos fueron expuestos de la manera siguiente:

"…Una vez revisadas todas las pruebas evacuadas, se puede observar que de las declaraciones de los testigos funcionarios policiales MOISÉS MELÉNDEZ ACOSTA, FRANK ANTONIO FUENTES PIÑA, JUAN CARLOS LARA TOVAR, concatenada con las declaraciones de las testigos BETSIS AURET FERNÁNDEZ GARCÉS, BLANCA YARED TOVAR CUEVA y MIRIAM GISELA SEQUERA GONZÁLEZ, asimismo relacionadas estas declaraciones a su vez con la de los funcionarios del Cuerpo de Vigilancia y Tránsito Terrestre, FRANK REINALDO SALAZAR y ALEXIS MERENTES, quedó plenamente demostrado y probado que el día 13 de ABRIL de 2004, siendo aproximadamente las 7:00 p.m, el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARILLO, causó la muerte de la ciudadana DIANA MERCEDES

RODRÍGUEZ ROSALES, en la avenida "A" del Sector San Vicente, Estado Aragua, tal como se desprende de la declaración del médico forense JAIRO QUIROZ ROMERO, quien señala que la causa de la muerte…fue por politraumatismos por accidente vial, arrollamiento. En tal sentido debe considerarse también la declaración de la testigo AMANDA GARCÉS DE FERNÁNDEZ, que aun cuando se baja de la Unidad de Transporte Colectivo, antes de que suceda el accidente, señaló que dentro del autobús hubo una discusión entre un joven pasajero, también de la Unidad de Transporte Colectivo y el chofer de la unidad, en reclamo de por qué no encendía las luces, a lo que éste le respondió, que las había vendido para poder comer, esto coincide con la declaración del funcionario policial MOISÉS ACOSTA MELÉNDEZ, quien es el funcionario, que detiene la Unidad de Transporte en un punto de Control y le llama la atención al chofer, en relación a que no llevaba las luces encendidas y que iba a exceso de velocidad, a lo que el chofer de la Unidad de Transporte Colectivo le respondió, que iba apurado porque no tiene luces, de lo cual quedó probado y demostrado, que efectivamente no llevaba las luces encendidas, ya que estaban dañadas y tal situación era conocida por el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARILLO, chofer de la Unidad… . Asimismo se debe considerar, la declaración de cada testigo en el sentido de la distancia, que hubo desde el lugar donde quedó el cuerpo sin vida de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES y la Unidad de Transporte que la arrolló, ya que los testigos declararon que la Unidad…estaba estacionada frente en la esquina siguiente de donde sucedió el accidente, lo cual quedó corroborado con

la declaración del funcionario de tránsito terrestre encargado de levantar el croquis, quien señaló, que esa distancia fue de 27 metros, asimismo ambos funcionarios adscritos al Cuerpo de Vigilancia de Tránsito Terrestre, señalaron que no había marca de frenos, ni antes ni después, de donde se encontraba el cuerpo sin vida de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES: Asimismo los testigos fueron contestes en señalar que el conductor de la Unidad…, una vez que se produce el arrollamiento no se detiene, lo hace ya que el clamor público, le indica que se detenga. En tal sentido se concluye que la persona que causó la muerte de la ciudadana…fue el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, quien era el conductor de la Unidad de Transporte, con las siguientes características…". (Sic).

Analizados los hechos acreditados por el Juzgado Segundo de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, y las circunstancias de lugar, tiempo y modo descritas, y observando que son el resultado del actuar imprudente del procesado, la Sala considera que los mismos encuadran en los extremos del artículo 411 del derogado Código Penal vigente para el momento en el cual ocurrieron los hechos (hoy, 409), relativo al homicidio culposo, en consecuencia, se aparta de la calificación jurídica de homicidio intencional a título de dolo eventual, previsto en el artículo 407 del Código Penal (hoy, 405), dada a los hechos por la representación del Ministerio Público, atribuyéndole por tanto a los mismos la calificación jurídica antes dicha, al observar que el actuar del ciudadano **Carlos Eduardo Hernández Carillo**, obedeció a un obrar

con imprudencia, sin la cautela necesaria al conducir su vehículo (transporte colectivo), es decir, a exceso de velocidad y sin el funcionamiento de las luces del autobús, pero nunca tuvo la intención de ocasionar la muerte de algún ciudadano, en este caso de la ciudadana Diana Mercedes Rodríguez Rosales.Tales circunstancias quedaron expresadas por el juzgador de juicio en los términos siguientes*: "funcionario policial MOISÉS ACOSTA MELÉNDEZ, quien es el funcionario, que detiene la Unidad de Transporte en un punto de Control y le llama la atención al chofer, en relación a que no llevaba las luces encendidas y que iba a exceso de velocidad, a lo que el chofer de la Unidad de Transporte Colectivo le respondió, que iba apurado porque no tiene luces…".*

Correspondería ahora imponer la pena al procesado de autos y, en tal sentido se observa que, la pena correspondiente al delito de homicidio culposo es de seis (6) meses a cinco (5) años de prisión, regulado en el artículo 411 del Código Penal vigente para el momento en el cual ocurrieron los hechos, hoy 409 del Código Penal (cuya redacción quedó expresada en los mismos términos que el citado artículo 411).

Ahora bien, tomando en cuenta el modo y las circunstancias en las cuales fue cometido el hecho, vale decir, el exceso de velocidad con el cual conducía el ciudadano **Carlos Eduardo Hernández Carrillo** la unidad de transporte, la falta de funcionamiento de las luces, circunstancia que era conocida suficientemente por el conductor, siendo que el hecho ocurrió alrededor de las 7:00 pm, así como también consta,

la advertencia de que fue objeto el acusado, tanto por algunas personas (pasajeros) de la unidad, como por el funcionario policial Moisés Acosta Meléndez, en cuanto a la velocidad con la cual se desplazaba y que no llevaba las luces del vehículo encendidas, a lo cual mostró una actitud poco cautelosa y de total indiferencia ante tal llamado de atención. Todo ello hace considerar que, a juicio de esta Sala, lo procedente y ajustado a derecho es imponer al ciudadano **Carlos Eduardo Hernández Carrillo** la pena de **cinco (5) años de prisión**, de conformidad con los artículos 411 del Código Penal derogado, hoy 409, y 467 del Código Orgánico Procesal Penal, atendiendo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar antes expresadas, y que fueron probadas fehacientemente durante el juicio oral y público. **Así se declara**.

DECISIÓN

Por las razones antes expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,hace los siguientes pronunciamientos: **1.-declara sin lugar** la primera denuncia; **2.-declara con lugar** la segunda y tercera denuncia y, en consecuencia, **3.-condena al ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo** a cumplir la pena de la pena de **cinco (5) años de prisión**, por la comisión del delito de **homicidio culposo**, de conformidad con los artículos 411 del Código Penal derogado, hoy 409, y 467 del Código Orgánico Procesal Penal.

Publíquese, regístrese, y bájese el expediente.
Dada, firmada y sellada en el Salón de Audiencias del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, en Caracas, a los veintiueve (29) días del mes de octubre de 2009. Años 199° de la Independencia y 150° de la Federación.

El Magistrado Presidente,
Eladio Ramón Aponte Aponte

El Magistrado Vicepresidente, La Magistrada,
Héctor Manuel Coronado Flores **Blanca Rosa Mármol de León**

La Magistrada,
La Magistrada,
Deyanira Nieves Bastidas, **Miriam Morandy Mijares**

La Secretaria de la Sala,
Gladys Hernández González

HMCF/lh

Exp. Nº 2009-097

VOTO SALVADO

Quien suscribe, **MIRIAM MORANDY MIJARES**, Magistrada de la Sala de Casación Penal del Tribunal

Supremo de Justicia, manifiesta su inconformidad en relación con la decisión tomada por mis honorables colegas, sobre la base de los fundamentos que con respeto a continuación expongo:

La sentencia aprobada por la mayoría de esta Sala, bajo ponencia del Magistrado HÉCTOR CORONADO FLORES, declaró con lugar las denuncias relacionadas con la falta de aplicación del artículo 49 numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la errónea interpretación del artículo 407 del Código Penal, en protección al principio de legalidad, visto que la legislación penal venezolana no contempla el tipo de dolo eventual en la comisión de los delitos. Así mismo, dejando los hechos que acreditó el Juzgado Segundo de Juicio, la Sala dictó una decisión propia y condenó al ciudadano acusado por la comisión del delito de homicidio culposo, imponiéndole una pena de cinco (5) años de prisión.

No hay duda alguna relacionada con la validación hecha por la Sala de Casación Penal en esta decisión y en torno al principio de legalidad, el cual exige una ley formal previa que establezca claramente las conductas o hechos constitutivos de delitos y las penas correspondientes. Principio fundamental que a su vez impone la necesidad de determinar con exactitud, los tipos penales y evitar las generalidades o ambigüedades que conllevan, casi siempre, a la apreciación libre y peligrosa del juzgador.

Lo que si objeto entre otras cosas que paso a explicar de seguidas, es que ha debido valer la oportunidad para

que la Sala de Casación Penal del Máximo Tribunal de la República, de manera contundente, instara al poder Legislativo a que en la próxima reforma del Código Penal se regule la infracción penal cuando ha sido prevista como probable y su producción se deje librada al azar, denominado también dolo eventual. Tema que tiene una actualidad innegable, pues deriva (la mayoría de las veces) de los accidentes de tránsito (una de las principales causas de muerte en el mundo).

Lamentablemente para quien discrepa, esta realidad de las muertes por siniestros viales no ha tenido el tratamiento adecuado, creando una impunidad casi total, en la que tanto el sistema penal con su falta de regulación adecuada como el sistema de administración de justicia, se muestran prácticamente cómplices.

Es cierto que muchas de las muertes o lesiones ocasionadas por accidentes de tránsito se producen realmente por impudencia, ya sea del conductor, ya sea de la víctima, pero no podemos dejar de lado que un porcentaje considerable es causado por una indolencia extrema del ciudadano común que conduce cada vez más, al desapego por el respeto a la Ley y peor aún, la desafección por los bienes jurídicos ajenos y a la convivencia social. Lo demuestran diariamente las cifras de accidentes causadas por manejar a exceso de velocidad, en estado de ebriedad, sin luces, con problemas en los frenos, etc.

No propongo con este criterio, el aumento de las penas, pues es sabida la tendencia político-criminal de hacer más racionales las sanciones. Planteo que el sis-

tema penal venezolano no peque por defecto. La Sala de Casación Penal está facultada a través de la Sala Plena, de conformidad con el artículo 6 (numeral 3) de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, a recomendar a los otros Poderes Públicos reformas en la legislación.

Por otra parte, y ya refiriéndonos al pronunciamiento en torno al caso traído a casación, la Sala Penal dejó intactos los hechos acreditados por el Juzgado de Juicio y les impuso la pena del delito culposo, apreciando el grado de culpabilidad del acusado como gravísimo, pues aunque no lo dijo expresamente, le aplicó la máxima sanción de cinco años. No obstante, si observamos los hechos avalados por el tribunal que presenció el debate y la motivación ofrecida por éste en torno a la culpabilidad del ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, "el dolo" aún adjetivado (bien o mal) como "eventual" no dejó de ser tratado como tal al momento de evaluar los componentes internos y diferenciar el grado del injusto. De allí que le impusiera y conforme a Derecho, la pena de DOCE AÑOS DE PRESIDIO, sin vulnerar el principio de legalidad de los delitos y de las penas, como si lo hizo la tan cuestionable sentencia de la Sala Penal del 21 de diciembre del año 2000, que entre otros traspiés, evaluó el dolo eventual como una mixtura de dolo y culpa, combinó tipos penales (homicidio intencional y homicidio culposo), sumó presidio con prisión sin haber concurso real de delitos y le impuso al acusado (contrario al principio

vital de la legalidad de las penas) una sanción inexistente de ocho años y seis meses de prisión.
En el caso del ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, tal y como fue evaluado por el tribunal de juicio (en uso de la competencia plena que le otorga la Ley) tuvo clara conciencia del daño que podía causar con su manera de conducir a alta velocidad, de noche, sin luces y habiendo sido advertido de todo esto antes del accidente por unos pasajeros, sin embargo, afrontó el riesgo y continuó con su acción hasta que se detuvo, no porque había arrollado a la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES, sino por el clamor de los pasajeros que iban en el vehículo que él conducía. Contrario a lo que vio y valoró el Juez que presenció el debate, la Sala Penal consideró que la actuación del acusado "obedeció a un obrar con imprudencia" para luego reconocer la misma Sala, que a la unidad de transporte no le funcionaban las luces, que era una circunstancia conocida suficientemente por el conductor, que era de noche, que fue advertido por varias personas e incluso por un funcionario policial y no conforme, que iba a exceso de velocidad, para finalmente arrollar a una ciudadana, darse a la fuga y sólo se detuvo ante la queja de los pasajeros. Todo hace pensar que el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, realizó más "de" una acción arriesgada y más "que" una acción arriesgada y así fue evaluado por el Juzgado Segundo de Juicio.

He sostenido siempre, que en los casos en los que un hecho genera el resultado previsto en la Ley como un tipo de delito culposo y en particular, en el supuesto de homicidio, difícilmente la sentencia cuando es condenatoria, conforma a alguien: a la víctima siempre le parecerá insuficiente el castigo, al condenado quien con razones obvias alegó su falta de intención en la producción del resultado, le parecerá injustificada la pena, y por último, a la sociedad, quien conservará la sensación de impunidad pues como quiera que hubiese ocurrido la muerte (ya sea por la acción intencional de alguien o por la conducta imprudente) el resultado será el mismo: a un ser humano se le quitó la vida. Hoy debo agregar, que la sensación colectiva de impunidad irá en aumento, con casos como el discutido, en el que el sujeto sabía que el resultado dañoso podía acontecer y sin embargo emprendió la acción porque la aceptó con todos sus efectos, independientemente que de manera directa no hubiera querido dar muerte a la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES, mostrando a todas luces una actitud de menosprecio hacia las normas.

Por otra parte, la sentencia de la que diverjo en algunos razonamientos (pues ha quedado clara la defensa del principio de legalidad) resulta confusa cuando afirma que el homicidio intencional a título de dolo eventual está tipificado en el artículo 405 del Código Penal vigente (folio 15). Entonces, de ser así, no se entiende la razón por la cual anuló la sentencia del Juzgado Segundo de Juicio del Circuito Judicial Penal

del Estado Aragua. Luce contradictorio con todo lo que afirma precedentemente.
Quedan expuestas las razones de mi voto salvado. Fecha "ut supra".

El Magistrado Presidente,
ELADIO APONTE APONTE
La Magistrada Vicepresidenta,
DEYANIRA NIEVES BASTIDAS
El Magistrado,
HÉCTOR CORONADO FLORES
La Magistrada,
BLANCA ROSA MÁRMOL DE LEÓN
La Magistrada,
IRIAM MORANDY MIJARES(Disidente)
La Secretaria,
GLADYS HERNÁNDEZ GONZÁLEZ

ANEXO NRO 3

Magistrado Ponente: **FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ**

Consta en autos que, el 22 de junio de 2010, los abogados **MARÍA CRISTINA VISPO** y **TUTANKAMEN HERNÁNDEZ**, actuando con el carácter de Fiscales Cuarta y Quinto del Ministerio Público ante las Salas de Casación y Sala Constitucional de este Tribunal, respectivamente, presentaron ante esta Sala escrito constante de cincuenta y siete (57) folios útiles, contentivo de la solicitud de revisión constitucional de la sentencia N° 554/2009, del 29 de octubre, dictada por la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal, mediante la cual declaró sin lugar la primera denuncia del recurso extraordinario de casación interpuesto, además declaró con lugar las denuncias segunda y tercera del referido recurso, toda vez que sostuvo que el delito de homicidio intencional a título de dolo eventual no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal y que, por tanto, condenar al ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo sobre esa base, tal como ocurrió, se traduce en una aplicación analógica de la ley penal, violatoria del principio de legalidad penal consagrado en el artículo 49.6 constitucional, por lo que dictó una decisión propia (al estimar innecesario un nuevo debate) mediante la que condenó al prenombrado ciudadano a cumplir la pena de cinco (5) años de prisión, por la

comisión del delito de homicidio culposo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 411 del Código Penal derogado (hoy 409) y 467 del Código Orgánico Procesal Penal.

El 7 de julio de 2010, se dio cuenta en Sala del presente expediente y se designó ponente al Magistrado **FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ**, quien, con tal carácter, suscribe la presente decisión.

En virtud de la designación de los Magistrados Carmen Zuleta de Merchán, Arcadio de Jesús Delgado Rosales, Juan José Mendoza Jover y Gladys María Gutiérrez Alvarado por la Asamblea Nacional, en sesión de 7 de diciembre de 2010, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.569, del 8 del mismo mes y año, el 9 de diciembre de 2010 se reconstituyó esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la siguiente manera: Magistrado Luisa Estella Morales Lamuño, Presidenta; Magistrado Francisco Antonio Carrasquero López, Vicepresidente, y los Magistrados Marcos Tulio Dugarte Padrón, Carmen Zuleta de Merchán, Arcadio de Jesús Delgado Rosales, Juan José Mendoza Jover y Gladys María Gutiérrez Alvarado.

Los días 13 de octubre, 13 y 16 de diciembre de 2010 y 17 de febrero de 2011, la representación del Ministerio Público solicitó a esta Sala que emitiera el pronunciamiento correspondiente.

I
DE LA PRETENSIÓN DE LOS SOLICITANTES

En el aparte intitulado "*de la legitimación*", se explanaron los siguientes razonamientos:

Que "…*el Ministerio Público, por mandato de Ley, tiene atribuida la función de guardián del cumplimiento y observancia del bloque de la legalidad; en especial, en el marco de las relaciones de los ciudadanos con la Administración de Justicia. Por ello, para cumplir con la misión de colaborar con (sic) preservación del Estado de Derecho, condición necesaria para el desenvolvimiento de las libertades públicas, el Ministerio Público, como promotor de la acción de la Justicia, puede impugnar los actos que dicten los órganos del Estado y sus actuaciones materiales, para que se restablezca la legalidad, por ello el deber de ejercer todas aquellas acciones que permitan el restablecimiento de la vigencia de la Constitución, lo que le confiere legitimación para plantear el presente Recurso Extraordinario de Revisión constitucional ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*".

En el capítulo designado "*antecedentes*", se exponen los siguientes hechos:

Que "*la causa que da origen a la presente actividad recursiva, tiene su génesis en los hechos ocurridos en fecha 13 de abril de 2004, en horas de la noche, cuando el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo, conduciendo un vehículo de transporte público, fue advertido momentos antes por funcionarios adscritos a la Policía del estado Aragua, en la Zona Industrial San Vicente, a la altura de la estación de servicio 'BP', motivado a que el mismo conducía a alta velocidad y no tenía las luces delanteras*

encendidas, por lo que se inquirió al mismo a que condujera a una velocidad menor y encendiera las luces, a los que el conductor respondió que las mismas no le funcionaban".

Que "*siendo el caso, que al proseguir su ruta, el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo, se desplazaba conduciendo una unidad de transporte colectivo, tipo autobús marca Mercedes Benz, modelo CH-1318, color rojo, placas 056-719, sin luces delanteras y a alta velocidad, por la calle A de la Zona Industrial de San Vicente, de la ciudad de Maracay, estado Aragua, frente a la empresa Tuperware, cuando arrolló a una ciudadana de nombre Diana Mercedes Rodríguez Rosales; y posteriormente detuvo el vehículo a veintisiete (27) metros de distancia, en razón del clamor de los pasajeros siendo aprehendido por funcionarios adscritos a la Policía del estado Aragua*".

Que "*el imputado quedó identificado como Carlos Eduardo Hernández Carrillo, de nacionalidad venezolana, titular de la cédula de identidad N° V-6.091.619*".

Que "*la víctima quedó identificada como Diana Mercedes Rodríguez Rosales, quien falleció a causa de politraumatismo por accidente vial (arrollamiento)*".

Que "*en fecha 14 de abril de 2004, se llevó a cabo la audiencia de presentación del imputado, ante el Juzgado Sexto de Primera instancia en funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, oportunidad en la cual se impuso al referido ciudadano de (sic) medida cautelar sustitutiva de libertad, prevista en el numeral 3 del artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal, consistente en presentaciones periódicas cada quince (15) días*".

Que "*por estos hechos, en fecha 24 de febrero de 2005, la Fiscalía Sexta del Ministerio Público de la Circunscripción*

Judicial del estado Aragua, presentó acusación contra Carlos Eduardo Hernández Carrillo, por la comisión del delito de homicidio intencional a título de dolo eventual, previsto y sancionado en el artículo 407 del Código Penal vigente para el momento de los hechos".

Que "*en fecha 4 de agosto de 2005, se celebró audiencia preliminar, ante el Juzgado Octavo de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, oportunidad en la cual fue admitida la acusación presentada por el Ministerio Público, así como los medios de prueba promovidos en ella, y se acordó mantener la medida cautelar sustitutiva de libertad impuesta*".

Que "*en fecha 10 de marzo de 2006, el Juzgado Quinto de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, acordó constituirse como unipersonal, el cual se inhibió, siendo conocida por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, la cual en fecha 18 de abril de 2006, declaró con lugar dicha incidencia, distribuyéndose, finalmente, la causa al Juzgado Segundo de Primera Instancia en Funciones de Juicio de ese Circuito Judicial Penal*".

Que "*en fecha 4 de octubre de 2007, se dio inicio al debate oral y púbico, ante el Juzgado Segundo de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del estado Aragua, culminando en fecha 22 de noviembre de 2007, oportunidad en la cual el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo, fue condenado a cumplir la pena de doce (12) años de presidio, por la comisión del delito de homicidio intencional a título de dolo eventual, publicándose el texto íntegro de la sentencia, en fecha 19 de mayo de 2008*".

Que "*contra esta decisión, en fecha 7 de julio de 2008, la defensa privada del imputado, ejerció recurso de apelación. En fecha 17 de noviembre de 2008, la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua admitió el recurso de apelación incoado (…), y en fecha 25 de noviembre de 2008, se celebró la audiencia prevista en el artículo 456 del Código Orgánico Procesal Penal, oportunidad en la que el órgano colegiado de alzada, se acogió al lapso previsto en el último aparte del referido artículo para dictar su fallo, el cual se produjo el día 5 de diciembre de 2008, en el que declaró sin lugar el recurso de apelación ejercido, y confirmó la sentencia impugnada. Dicha decisión fue recurrida a través de la interposición del recurso extraordinario de casación, en fecha 28 de enero de 2009, por la defensa privada del imputado*".

Que "*en fecha 12 de marzo de 2009, se dio cuenta en Sala de Casación Penal. Designándose como Ponente al Magistrado Dr. Héctor Manuel Coronado Flores, quedando signado con el N° 2009,-0097, siendo admitido en fecha 07 de agosto de 2009, mediante auto identificado con el N° 403*".

Que "*en fecha 29 de octubre de 2009, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia identificada con el N° 554, correspondiéndole al expediente número 2009-0097, declaró sin lugar la primera denuncia; por otra parte, declaró con lugar la segunda y tercera denuncias y, en consecuencia, dictó fallo propio, de conformidad con la facultad otorgada en el artículo 467 del Código Orgánico Procesal Penal, a través del cual, condenó al ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo a cumplir la pena de cinco (5) años de prisión, por la comisión del delito de homicidio culposo, de conformidad con los artículos 411 del Código Penal derogado, hoy 409*".

En el aparte denominado "*de los hechos acreditados por el tribunal de instancia y avalados por la Corte de Apelaciones*", consta lo que sigue:

Que "*en el presente caso, quedó demostrado, que el ciudadano Carlos Eduardo Hernández carrillo, quien es de oficio conductor de unidades de transporte público, sabía y tenía pleno conocimiento de que no tenía luces en la parte delantera de la unidad conducida por él, lo cual iba a dificultar su visibilidad, esto quedó demostrado en las declaraciones realizadas por los testigos y asimismo quedó demostrado y probado que iba a exceso de velocidad, por lo que se le hizo un llamado de atención, en un punto de control mantenido en la zona, por el Cuerpo de Seguridad y Orden Público del estado Aragua. El ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo, por el conocimiento y experiencia que tiene en el oficio de conductor de unidad de transporte colectivo, podía prever que podía causar un accidente y sin importar tal previsión, continuó ejecutando su acción, lo que produjo como resultado el fallecimiento de la ciudadana Diana Mercedes Rodríguez Rosales. No obstante lo sucedido, una vez que se produce el arrollamiento, el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carillo, continuó la marcha de la unidad de transporte que conducía, sin considerar la situación que acontecía, demostrando así una absoluta indiferencia o desprecio por la vida de la otra persona ('bien jurídico protegido'), detuvo la marcha, cuando el clamor público (pasajeros) se lo indicaba y le dicen de forma determinante que detenga el autobús, quedando a una distancia de 27 mts. del cadáver de la ciudadana Diana Mercedes Rodríguez Rosales, cuya muerte fue instantánea, según lo expresado por el Dr. Jairo Quiróz, médico anatomopatólogo adscrito al Cuerpo de Investigacio-*

nes Científicas, Penales y Criminalísticas, quien se encargó de practicar la autopsia de ley".

Que "*en tal sentido, en el caso bajo análisis, a través de las declaraciones de los testigos, quedó evidentemente probado y demostrado que la muerte de la ciudadana Diana Mercedes Rodríguez Rosales, se produjo por la conducta desplegada por el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo, quien habiendo previsto las consecuencia de su acción, en virtud de su experiencia, continuó obrando de la misma manera hasta producir el resultado completamente previsible por él y que pudo ser evitado de algún modo, lo cual se demuestra su actitud (sic) ante el 'bien jurídico protegido' como lo es la vida de otra persona*".

En la parte referida a la "*sentencia cuya revisión se solicita*", transcriben parcialmente el contenido de la decisión y afirman lo siguiente:

Que "*de un análisis pormenorizado, sistemático y concienzudo de la sentencia dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, podemos observar que la misma afirma lo siguiente: '…en el presente caso el ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carillo fue condenado por la comisión del delito de homicidio intencional a título de dolo eventual, el cual, como se señaló al inicio, no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal, aplicándole el juzgador, por analogía, la pena correspondiente al delito de homicidio intencional simple. Todo lo cual evidencia una violación al principio de legalidad, acogido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, de tal manera que no podía inventarse el juzgador un tipo penal y encuadrar en él la conducta desplegada por el mencionado ciudadano. Debe el hecho o conducta a sancionar estar descrito previamente en la ley penal; tal como se ha venido insistiendo…*".

Que "*partiendo de las anteriores motivaciones, estas representaciones fiscales conjuntas, se permiten, de manera muy respetuosa, disentir de los referidos argumentos de fondo planteados por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia y se pretende el análisis por parte de esa Sala Constitucional del Tribunal Supremo de justicia, toda vez que estimamos que se vulneran principios y garantías de índole fundamental*".
En el capítulo intitulado "*de los fundamentos de la revisión constitucional*" plasmaron los siguientes argumentos:
Que la decisión objeto de la presente solicitud "… *vulnera el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y por otro, quebranta la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad…*".
Que "…*el dolo eventual, es el resultado de una de las modalidades del dolo, que ha venido siendo reconocido a través de los años en la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como internacional, al igual que otras modalidades del dolo, como sería el dolo de consecuencia necesarias, utilizado sobre todo en casos de terrorismo; situación ésta que abona aún más las afirmaciones de la institución hoy recurrente, en el sentido que no sólo existe el dolo directo. Desconocer lo anterior significaría, a modo de ejemplo, que se sancionen actos terroristas a título de culpa, lo cual no encuentra asidero desde el punto de vista de la dogmática penal contemporánea*".
Que "*dichas afirmaciones encuentran sustento en los conceptos de dolo eventual, en el contexto nacional como internacional, así vemos delimitaciones conceptuales doctrinarias extraídas del Derecho Comparado, que han sido expuestas por diversos Tribunales Supremos de Justicia a nivel internacional, y por ello vemos que el Tribunal Supremo del Reino de España, en*

resolución N° 130/2010, N° de recurso 11363, con ponencia del Magistrado D. Juan Saavedra Ruiz, expuso: '… Como expone a continuación la Audiencia Provincial, esta Sala de Casación, viene entendiendo que actúa con dolo –al menos, eventual- quien conoce el alto riesgo de producción del resultado que genera con su acción y, a pesar de ello, continúa con la ejecución. En definitiva, actúa dolosamente quien acepta la realización de una conducta claramente ilícita sin mostrar ningún interés por averiguar sus circunstancias y condiciones, poniendo con ello de relieve que no establece límites a su aportación (por todas, SSTS n° 388/2007, de 25 de abril, y n° 289/2006, de 15 de marzo) o, lo que es lo mismo, 'quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer y, sin embargo, trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierta no puede alegar ignorancia alguna y, por el contrario, debe responder de las consecuencia de su ilícito actuar (SSTS n° 465/2005, n° 420/2003 y n° 946/2002, entre otras)…".

Que "*como adición a los anteriores criterios, también debemos acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, de la cual se deduce que se entiende que existe dolo eventual cuando el sujeto al momento de actuar se representa como probable o previsible el resultado dañoso y acepta esa consecuencia al ejecutar su acción*".

Que "*conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, se actúa con dolo eventual, cuando el sujeto considera seriamente como posible la realización del tipo penal y aunque pueda no quererlo, lo acepta y tolera con indiferencia, por considerar aleatoria su producción y que está fuera de su control, basado en un confiar temerario de que el resultado no se produ-*

cirá, continuando con su ejecución sin desistir de dicha conducta exteriorizada y evitable, generando con una serie de maniobras voluntarias y conocidas un peligro concreto de que se produzca el resultado desvalorado por la ley, y una vez producido se conforma con la producción del resultado típico".

Que "*como puede observarse, en el derecho comparado se ha acogido la figura del dolo eventual en distintas sentencias luego del análisis de casos sometidos al conocimiento de los entes judiciales, dando pie a que incluso se consagren en sus legislaciones como es el caso del vecino país Colombiano en el que en novedosas reformas se agregó como parte del cuerpo normativo en su Código Penal. Que a diferencia de los demás países citados en este escrito, sólo a manera de referencia, no se encuentra contemplada como figura autónoma en su legislación*".

Que "*…la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en Sala de Casación Penal, dictó sentencia N° 079, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Augusto GalvezArgote, de fecha quince (15) de mayo de dos mil (2000), señaló que: '…Además, al disparar hacia el vehículo, se generó riesgo para todos los ocupantes del bus y las personas que lo estaban abordando, de modo que la muerte o la lesión de cualquiera de ellos era un evento probable, que el procesado asumió con indiferencia. Esta contingencia, que el impugnante no discute, lleva a la convicción de que aquí no solamente se atentó contra Víctor Eduardo Galeano Santillana, queriéndole matar, sino que la conducta realizada fue idónea y potencialmente apta para afectar la vida y/o la integridad personal, no sólo de dicho conductor, que alcanzó a arrojarse al piso, sino también del menor, que fue quien recibió el tiro, o de cualquier otro ocupante o abordante del bus, como alcanzó a prever Carlos Arturo Obregón*

Santamaría pero, desdeñoso de la vida humana, no le importó y disparó, lo que ciertamente hace ver que las lesiones personales agravadas causadas al niño fueron producidas con dolo eventual, y no culposamente, como se había creído y se precluyó en la calificación, ciertamente errónea, sólo que con ostensible lenidad a favor de Obregón Santamaría, por lo cual en nada conviene a la defensa provocar su sustitución. Así, no puede el defensor ir en contra de su propia causa, dando lugar a que el resultado obtenido con su impugnación le sea más gravoso…".

Que "…*el Ministerio Público debe sostener que, en atención a los criterios jurisprudenciales comparados que han sido expuestos, la figura del dolo eventual se encuentra positiva y plenamente consagrada en los diversos ordenamientos jurídicos no de manera autónoma sino como en Venezuela; se dibuja del propio concepto propio del dolo, y además así reconocidos por las máximas autoridades jurisdiccionales a nivel mundial, con lo cual se plasma la aseveración que la figura del dolo eventual es producto de una invención*".

Que "…*si bien resulta difícil la prueba en juicio de la presencia del dolo eventual, ello no constituye el desconocimiento de esta figura dentro del ordenamiento jurídico penal venezolano, como una de las modalidades del dolo, pues ello simplemente conllevará a que el Fiscal del Ministerio Público, emplee todos los medios legales pertinentes para la demostración de la materialidad del hecho que se enjuicia bajo el manto de la estampa del dolo eventual, en la que el autor durante la realización de una conducta se representa su actuación peligrosa para uno o más bienes jurídicos, y aún frente a ese peligro, el mismo continúa*".

Que "*al entrar a estudiar los argumentos planteados por la honorable Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de*

Justicia, para estimar que se vulneraba el principio de legalidad, con el establecimiento del homicidio intencional a título de dolo eventual, debemos afirmar que ello resulta incorrecto, toda vez que el principio de legalidad sí se encuentra respetado con tal tipo penal, ya que el principio de legalidad exige que la conducta típicamente antijurídica y culpable deba estar previamente establecida en la ley, tal y como ocurre en el presente caso, pues el delito de homicidio se encuentra consagrado en el Código Penal y la forma dolosa de materialización del delito (dolo eventual) también se encuentra regulada en dicho cuerpo sustantivo penal".

Que "*Este principio ha sido ampliamente debatido por la jurisprudencia y a tal efecto, debemos acudir a sentencia proferida por esa honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 1744, de fecha 09 de agosto de 2007, con ponencia del Magistrado Dr. Francisco Antonio Carrasquero López, en la que analizó el contenido de la referida garantía constitucional y a tal efecto se indicó que…omissis…*".

Que "*es así como debemos señalar, la figura del dolo eventual como una modalidad del actuar doloso del agente o sujeto activo del delito, se encuentra reconocida por la doctrina nacional e internacional, y por ello tenemos que referirnos al mencionado tema y su tratamiento doctrinario penal…*".

Que "*la doctrina internacional, nos enseña que la figura del dolo eventual se produce cuando: 'quien realiza la conducta sabe que es posible o eventualmente se produzca el resultado típico, y no deja de actuar pese a ello…*".

Que "*de acuerdo a los criterio que han sido expuesto en el presente escrito, podemos afirmar de una manera precisa que el delito cometido bajo la modalidad del dolo eventual, sí puede*

ser aplicada en nuestro ordenamiento pues la misma, se encuentra consagrada en nuestra norma sustantiva penal, tal y como ha sido reafirmado por la doctrina y la jurisprudencia, que resultan contestes en considerarla como una modalidad de dolo, lo que lleva a concluir que sí se encuentran establecidas en la ley penal, cumpliéndose así con el principio de legalidad consagrado en el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en conexión con el artículo 1 del Código Penal venezolano".

Que la decisión cuya revisión se solicita es "*inmotivada, que atenta contra el orden público, obviando la interpretación del (sic) artículo 26 y 49 de la Constitución (sic) contenida en reiteradas sentencias dictadas por la Sala Constitucional*".

Que "*anunciamos la flagrante violación de los preceptos constitucionales dispuestos en el (sic) artículo 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al dictar una decisión propia de conformidad con el artículo 467 del Código Orgánico Procesal Penal, cambiando además el criterio sostenido en jurisprudencia pacífica, sin explicar con razonamiento lógicos y coherentes los fundamentos que originó (sic) el pronunciamiento que hoy se eleva a su revisión y el cambio de criterio en cuanto a que el tipo de dolo eventual en la comisión de los delitos no se encuentra previsto en nuestro ordenamiento jurídico*".

Que en la decisión cuya revisión se solicita "*se formulan a algunas consideraciones y, sobre todo, se arriba a una conclusión y a una decisión que carecen de razonamiento suficientes, basados en hecho y derecho, que la justifiquen, circunstancia que atenta directamente contra la tutela judicial efectiva y el debido proceso*".

Que la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia "…*aplicó un criterio judicial distinto al que venía apli-*

cando respecto de otros casos análogos por ella decididos, sin justificación alguna y sin señalar ni motivar además por qué se apartó de su doctrina pacífica, lo que conlleva a infringir la preeminencia de la garantía al orden público constitucional y a la protección de los derechos y garantías constitucionales, vulnerando con ello los criterios reiterados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto el derecho que tienen las partes a obtener una sentencia fundada en Derecho que además de poner fin al proceso, provienen de un cambio en su doctrina pacífica y reiterada, que data desde el 21 de diciembre de 2000, mediante sentencia dictada por la referida Sala de Casación Penal de ese honorable Máximo Tribunal de Justicia, signada con el N° 1703 y ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Angulo Fontiveros, en la que refirió que: '…En derecho criminal se habla de dolo eventual cuando el agente se representa como posible o probable la consecuencia de su ejecutoria y, sin embargo, continúa procediendo del mismo modo: acepta su conducta, pese a los graves peligros que implica y por eso puede afirmarse que también acepta y hasta quiere el resultado… cuando la temeridad es tan extrema que refleja un desprecio por los coasociados, las muertes acarreadas deben castigarse como homicidios intencionales a título de dolo eventual…".

Que "…*en el caso que nos ocupa las partes no pudieron conocer la fundamentación acogida para apartarse de la calificación jurídica de homicidio intencional a título de dolo eventual, y adecuar los hechos acreditados por el Tribunal de juicio en Homicidio Culposo, bajo las mismas circunstancias asumidas por el Juzgador de Juicio; aunado a la ausencia de razonamientos de la vulneración del artículo 49.6 concerniente al principio de legalidad….*".

En el capítulo referido a la "*violación de principios jurídico fundamentales concernientes a la seguridad jurídica y la igualdad*

ante la Ley", los solicitantes expresaron lo que sigue:
Que en la decisión objeto de la presente solicitud "…*se han vulnerado principios constitucionales atinentes a la seguridad jurídica y la igualdad ante la Ley*…".
Que mediante las decisiones Nros. 1703 del 21 de diciembre de 2000 y 159 del 14 de mayo de 2004, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia "*estableció la posibilidad de aplicar la figura del dolo eventual en nuestro ordenamiento jurídico*…".
Que "…*en la decisión N° 554 del 29 de octubre de 2009, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, cambia el criterio, sin justificación alguna, lo que vulnera el principio de seguridad jurídica*…".
Que ello atenta "…*contra las expectativas de continuidad del régimen legal y de los criterios preexistentes*".
Que "*ello encuentra sustento, en sentencia N° 1310, de fecha 16 de octubre de 2009, de esa honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*…".
Que de esa jurisprudencia "*se colige que en todo Estado de Derecho debe reconocerse y respetarse el principio a la seguridad jurídica, en donde las normas vigentes deben ser aplicadas de la forma más certera y transparente posible, así como a la cualidad que se observe del ordenamiento jurídico relacionado al carácter certero de sus normas*…".
Que "…*el principio de igualdad, ha sido ampliamente analizado y estudiado por la Máxima Intérprete de la Constitucionalidad, ya que mediante sentencia N° 1184, de fecha 22 de septiembre de 2009, con ponencia del Magistrado Dr. Francisco Carrasquero López, se señaló*…".

Que "…*al analizar el contenido de la sentencia N° 554 del 29 de octubre de 2009, vemos que la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, trató de una manera desigual la situación que permitía la aplicación de la figura del dolo eventual, pues de los hechos que fueron acreditados y así ratificados por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de justicia, el conductor del vehículo (Carlos Eduardo Hernández Carrillo), se encontraba manejando una Unidad de Transporte Colectivo en horas de la noche, sin luces y a exceso de velocidad, produciéndose arrollamiento y posterior deceso de la ciudadana Diana Mercedes Rodríguez Rosales, no evidenciándose de esa conducta un quehacer doloso de causar el arrollamiento y producir la muerte de la mencionadas ciudadana. Pero al analizar los elementos objetivos que quedaron acreditados en los hechos dados por probados por el Tribunal de Juicio respectivo, se puede evidenciar que el simple hecho de conducir un vehículo en horas de la noche, sin luces y con exceso de velocidad, fácilmente pueden producir en la mente del agente, la posibilidad de producir un hecho dañoso, lo que encuadra de manera perfecta dentro del tipo de dolo eventual tal y como ha sido explicado ut supra*".

Que "*por todas las razones anteriormente expuestas, estas representaciones fiscales conjuntas, solicitan, muy respetuosamente, de esa honorable Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que declare Ha Lugar la solicitud Extraordinaria de Revisión Constitucional, ejercida en contra de la decisión N° 554 de fecha 29 de octubre de 2009, dictada por la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, y en consecuencia la anule, y que se ordene, de estimarlo prudente, que esa misma Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, dicte una nueva decisión con prescindencia*

de los vicios que dieron lugar a la presente petición de revisión constitucional."

II
DE LA SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

La Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia emitió el acto jurisdiccional objeto de revisión en los términos siguientes:

"La Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, en fecha 05 de diciembre de 2008, integrada por los Jueces Fabiola Colmenarez (ponente), Alejandro José Perillo Silva y Edgar José Fuenmayor De la Torre, **declaró sin lugar** el recurso de apelación interpuesto por la ciudadana abogada Betania Silva, defensora privada del ciudadano **Carlos Eduardo Hernández Carrillo**, venezolano, con cédula de identidad Nº 6.091.619, contra la decisión dictada por el Juzgado Segundo de Juicio del mencionado Circuito Judicial Penal, de fecha 19 de mayo de 2008, que **condenó** al mencionado ciudadano a cumplir la pena de **doce (12) años de presidio** por la comisión del delito de **homicidio intencional a título de dolo eventual**, previsto en el artículo 407 del Código Penal, en perjuicio de la ciudadana Diana Mercedes Rodríguez Rosales.

Contra la referida decisión de la Corte de Apelaciones, el ciudadano Django Luis Gamboa Hernández, actuando en su carácter de defensor privado del acusado, e inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 59.732, interpuso recurso de casación.

Trascurrido el lapso legal para la contestación del recurso previsto en el artículo 464 del Código Orgánico Procesal Penal, sin que se llevara a cabo la realización de tal acto, fueron remitidas las actuaciones al Tribunal Supremo de Justicia.

Recibido el expediente, en fecha 12 de marzo de 2009 se dio cuenta en Sala de Casación Penal y se designó ponente al **Magistrado Doctor Héctor Manuel Coronado Flores**, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

En fecha 07 de mayo de 2009, se recibió en esta Sala de Casación Penal escrito firmado por los ciudadanos Carmen Elena Rosales y Jesús Orlando Rodríguez, en su carácter de víctimas, con el objeto de dar contestación al recurso de casación interpuesto.

En fecha siete de agosto de 2009, se declaró admisible el recurso de casación y se convocó a las partes para la audiencia oral y pública. Este acto tuvo lugar el día veintinueve de septiembre de 2009, con la asistencia de todas las partes.

Cumplidos, como han sido, los trámites procedimentales del caso, esta Sala pasa a decidir en los siguientes términos:

DE LOS HECHOS

Los hechos acreditados por el Juzgado Segundo de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, son los siguientes:

"…Una vez revisadas todas las pruebas evacuadas, se puede observar que de las declaraciones de los testigos funcionarios policiales MOISÉS MELÉNDEZ ACOSTA, FRANK ANTONIO FUENTES PIÑA, JUAN CARLOS LARA TOVAR, concatenada con las declaraciones de las testigos BETSIS AURET FERNÁNDEZ GARCÉS, BLANCA YARED TOVAR CUEVA y MIRIAM GISELA SEQUERA GONZÁLEZ, asimismo relacionadas estas declaraciones a su vez con la de los funcionarios del Cuerpo de Vigilancia y Tránsito Terrestre, FRANK REINALDO SALAZAR y ALEXIS MERENTES, quedó plenamente demostrado y probado que el día 13 de ABRIL de 2004, siendo aproximadamente las 7:00 p.m., el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARILLO, causó la muerte de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES, en la avenida "A" del Sector San Vicente, Estado Aragua, tal como se desprende de la declaración del médico forense JAIRO QUIROZ ROMERO, quien señala que la causa de la muerte…fue por politraumatismos por accidente vial, arrollamiento. En tal sentido debe considerarse también la declaración de la testigo AMANDA GARCÉS DE FERNÁNDEZ, que aún cuando se baja de la Unidad de Transporte Colectivo, antes de que suceda el accidente, señaló que dentro del autobús hubo una discusión entre un joven pasajero, también de la Unidad de Transporte Colectivo y el chofer de la unidad, en reclamo de por qué no encendía las luces, a lo que éste le respondió, que las había vendido para poder comer, esto coincide con la declaración del funcionario policial MOISÉS ACOSTA MELÉNDEZ, quien es el funcionario, que detiene la Unidad de Transporte

en un punto de Control y le llama la atención al chofer, en relación a que no llevaba las luces encendidas y que iba a exceso de velocidad, a lo que el chofer de la Unidad de Transporte Colectivo le respondió, que iba apurado porque no tiene luces, de lo cual quedó probado y demostrado, que efectivamente no llevaba las luces encendidas, ya que estaban dañadas y tal situación era conocida por el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARILLO, chofer de la Unidad… . Asimismo se debe considerar, la declaración de cada testigo en el sentido de la distancia, que hubo desde el lugar donde quedó el cuerpo sin vida de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES y la Unidad de Transporte que la arrolló, ya que los testigos declararon que la Unidad…estaba estacionada frente en la esquina siguiente de donde sucedió el accidente, lo cual quedó corroborado con la declaración del funcionario de tránsito terrestre encargado de levantar el croquis, quien señaló, que esa distancia fue de 27 metros, asimismo ambos funcionarios adscritos al Cuerpo de Vigilancia de Tránsito Terrestre, señalaron que no había marca de frenos, ni antes ni después, de donde se encontraba el cuerpo sin vida de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES: Asimismo los testigos fueron contestes en señalar que el conductor de la Unidad…, una vez que se produce el arrollamiento no se detiene, lo hace ya que el clamor público, le indica que se detenga. En tal sentido se concluye que la persona que causó la muerte de la ciudadana… fue el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, quien era el conductor de la Unidad de Transporte, con las siguientes características clase autobús, tipo autobús, marca Mercedes Benz, modelo OH 1318/51, sin

placas, color blanco multicolor, año 1998, servicio transporte público, serial de motor 377943-10379159, serial de carrocería 9BM382020WB144253, asimismo las declaraciones de los testigos, prueban y demuestran que el hecho ocurrió en el sitio y del modo indicado por el Ministerio Público…" (Sic).

DEL RECURSO

Con fundamento en el artículo 462 del Código Orgánico Procesal Penal, el impugnante plantea sus denuncias en los siguientes términos:

PRIMERA DENUNCIA:

Infracción del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por indebida aplicación. Alega el impugnante que la recurrida, al resolver la primera denuncia interpuesta en la apelación, no se pronunció sobre la falta de valoración, por parte de Juez de Juicio, de una prueba admitida en la audiencia preliminar y evacuada durante el juicio, vale decir, la experticia de reconocimiento realizada por funcionarios adscritos a la Unidad de Tránsito Terrestre en fecha 27 de abril de 2004. Limitándose la recurrida a señalar: *"…EN LO QUE RESPECTA A LA FALTA DE VALORACIÓN DE LA EXPERTICIA DE RECONOCIMIENTO DE FECHA 27 DE ABRIL DE 2004…DE LA REVISIÓN DE LA SENTENCIA OBSERVA ESTA ALZADA QUE EFECTIVAMENTE NO SE HACE MENCIÓN DE ESTA*

PRUEBA, SIN EMBARGO ESTAMOS EN PRESENCIA DE UNA REPOSICIÓN INÚTIL E INNECESARIA PORQUE EN EL DESARROLLO DEL JUICIO...SE EVACUARON OTROS PLÚMBEOS ELEMENTOS PROBATORIOS…".

En opinión del impugnante, la Corte de Apelaciones sólo le correspondía declarar que existía el vicio de inmotivación en la sentencia de la primera instancia, y proceder a decretar la nulidad de la misma, y no fundamentarse en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela para dar sustento a su resolución.

La Sala, para decidir observa:

Revisada la sentencia recurrida, esta Sala observa que la razón no asiste al impugnante toda vez que, de manera efectiva, la Corte de Apelaciones si dio respuesta al punto planteado en apelación, relativo a la falta de valoración, por parte del juzgador de juicio, de la experticia de reconocimiento realizada por funcionarios adscritos a la Unidad de Tránsito Terrestre en fecha 27 de abril de 2004. Es así como la Corte de Apelaciones señaló en este sentido:

"…En lo que respecta a la falta de valoración de la experticia de reconocimiento de fecha 27 de abril de 2004, realizada por el Funcionario adscrito a la Unidad de Tránsito Terrestre; de la revisión de la sentencia observa esta Alzada que efectivamente no se hace mención a esta prueba, sin embargo de conformidad con el artículo 26 de la Constitución…estamos en presencia de una reposición inútil e innecesaria porque en el

desarrollo del Juicio Oral y Público al acusado…se evacuaron otros plúmbeos elementos probatorios:
Declaración del funcionario adscrito al Cuerpo de Seguridad y Orden Público del Estado Aragua, ciudadano Meléndez Acosta Moisés Elías.
Declaración del ciudadano Lara Tovar Juan Carlos,
Declaración del ex funcionario de la Policía de Aragua ciudadano Fuentes Piña Frank Antonio.
Declaración de la ciudadana Tovar Cueva Blanca Yared.
Declaración de la ciudadana Fernández Garcés BetsiAuret.
Declaración del Cabo 1° de tránsito, ciudadano Frank Reinaldo Salazar Lira.
Declaración del fiscal de tránsito, ciudadano Alexis Hilario Gerentes Delgado.
Declaración de la ciudadana Sequera González Miriam Gisela.
Declaración de la ciudadana Amanda Garcés de Fernández.
Declaración del Médico Forense Jairo Quiroz Romero.
Declaración del funcionario adscrito a la Unidad de Tránsito Terrestre, ciudadano Rodríguez Carrasco Luís Antonio.

En otras pruebas evacuadas en el desarrollo del Juicio Oral y Público y debidamente valoradas en la sentencia impugnada confirman la comisión del delito de HOMICIDIO INTENCIONAL a TÍTULO DE DOLO EVENTUAL de conformidad con lo previsto en el artículo 407 del Código Penal vigente para la fecha en que ocurrieron los hechos, en razón de lo cual es contraria a la justicia una reposición al estado de celebrar nuevo juicio por este motivo, debiendo ser declarada sin lugar la denuncia formulada y así se decide…".

A juicio de esta Sala, es evidente que existió un pronunciamiento por parte de la Corte de Apelaciones respecto al punto planteado, careciendo su fallo de falta de motivación, tal como lo indica el impugnante en su denuncia. El hecho de que la referida instancia considerara que la falta de valoración de la señalada prueba de experticia no justificaba una reposición de la causa, no debe ello estimarse como inmotivación del fallo.

En consecuencia, esta Sala de Casación Penal considera que lo procedente en derecho es declarar sin lugar la presente denuncia. **Así se decide**.

SEGUNDA DENUNCIA:

Infracción del artículo 407 del Código Penal (hoy artículo 405), por errónea interpretación. Señala el recurrente que: "…*la Corte de Apelaciones*…*dice que la conducta del ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ fue intencional, aduciendo para ello que el mismo se representó el resultado como posible y probable adoptando una conducta indiferente -lo cual no es cierto-, ratificando la sentencia de primera instancia, que erradamente subsume el hecho dentro de las previsiones del* **artículo 407 del Código Penal, vigente para la época, disposición legal que está reservada sólo para los que actúan representándose como cierto, como seguro, un resultado típicamente antijurídico y quiere directamente realizar, actualizar, ese resultado antijurídico ya previsto como seguro, como cierto***, lo que constituye una ERRÓNEA INTERPRETA-*

CIÓN…pues no se puede subsumir dentro del supuesto de hecho establecido para el homicidio intencional un hecho que pudo ser causado por imprudencia (obrar sin cautela), negligencia (desatención o descuido) o impericia (falta de destreza) del conductor…".(Sic).

TERCERA DENUNCIA:

Infracción de los artículos 49, numeral 6, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y 1 del Código Penal, por falta de aplicación. Aduce el impugnante que en la resolución de la cuarta denuncia interpuesta en la apelación la sentencia recurrida expresa: "…*EN OPINIÓN DE ESTA ALZADA NO EXISTE VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD TODA VEZ QUE AL ACUSADO SE LE ATRIBUYE UN HECHO PUNIBLE TIPIFICADO Y SE LE APLICA LA SANCIÓN PENAL PREVISTA…POR EL DELITO DE HOMICIDIO INTENCIONAL A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL…*

…La Corte de Apelaciones, de manera infundada, pareciera decir que mi defendido trabajaba ese día con el conocimiento que iba a matar a alguien, pero no sabía a quién, lo cual es totalmente falso. La simple realidad…es que el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ es un chofer de autobús a quien la fatalidad sorprendió…se pretende ser castigado…con la pena más severa que corresponde sólo a quien dirige su acción con el firme y único propósito de acabar con una vida humana…invocando para ello un supuesto dolo

eventual que en el derecho penal venezolano sólo existe en la mente de reconocidos doctrinarios, no tipificado en el derecho penal sustantivo venezolano vigente, lo cual constituye una falta de aplicación del principio de la legalidad.…desprovisto de una pena previamente establecida en la ley, razón por la que…en los casos en los que se dice hay dolo eventual, para determinar la sanción penal aplicable se ha debido recurrir a establecerla entre el límite superior del homicidio culposo y el límite inferior del homicidio intencional…". (Sic).

SEGUNDA Y TERCERA DENUNCIA:

Visto que la argumentación de la segunda y tercera denuncia expuestas en el presente recurso de casación tienen una estrecha relación, la Sala considera conveniente pasar a resolverlas bajo una misma fundamentación. Es así como observa que el punto central del cual se pretende sea resuelto por esta instancia, estriba si en el presente caso existe violación al Principio de Legalidad previsto en nuestra Constitución Nacional en su artículo 49, numeral 6, toda vez que el acusado de autos se le condenó a cumplir la pena de doce (12) años de presidio por la comisión del delito de homicidio intencional a titulo de dolo eventual, sin que el referido tipo penal estuviese descrito como delito en nuestro ordenamiento jurídico. Tal argumentación resulta ser cierta a todas luces, pues claramente nuestra Carta Magna recoge, como debido proceso, el Principio de Legalidad conforme al cual, ninguna persona podrá ser sancionada por

actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

De acuerdo a los términos expresados en la referida norma constitucional, los ciudadanos tienen el derecho a hacer todo lo que la ley no les prohíba. En otras palabras, solo la ley es capaz de crear delitos, y solo podrá considerarse delito, aquel hecho que la ley declare delito expresamente. Distinto el caso de los actos llevados a cabo por los entes públicos, los cuales deben sujetarse a lo que la Constitución y las leyes les permitan.

La Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, ha señalado en sentencia N° 2338, de fecha 21 de noviembre de 2001, lo siguiente:

"… el principio de la legalidad en materia sancionatoria -invocado por la parte accionante como lesionado-, está estrechamente vinculado a otro principio reconocido como el de la tipicidad de los delitos, conforme al cual, no existe delito sin ley previa que lo consagre, es decir, que toda conducta que constituya un delito, así como las sanciones correspondientes deben estar previamente estipuladas en una disposición normativa, general y abstracta (desde el punto de vista formal) que los defina, pues se entiende que tales sanciones afectan o inciden de manera directa e individual sobre la esfera jurídica de los ciudadanos, por lo que en este caso, no le estaría dado al legisladorhacer remisiones "genéricas" para que, mediante un reglamento se establezcan delitos o sanciones relacionados con la Ley de que se trate.

Así, en aras de la seguridad jurídica que debe existir en todo Estado de Derecho, le corresponde a la ley definir todas aquellas conductas que pudieran calificarse como delitos y que por

*tanto, acarrearían penas y sanciones, tal exigencia se encuentra consagradaen la norma prevista en el artículo 49, numeral 6 de la Constitución vigente cuando dispone que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judicial*es *y administrativas, y en consecuencia, "(...) 6. [n]inguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes…". (Sic).*

El Código Penal, en su artículo 1 ratifica este principio así: *"nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente".*

Bajo este contexto normativo, podemos afirmar que el máximo principio que consagra la legitimidad y legalidad dentro del Derecho Penal es el principio: "*nullacrime, nullapoena sine lege",* recogido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos penales de índole romanista y germánico*,* el cual apunta a una garantía de libertad y seguridad para los ciudadanos, sin dejar de lado el poder punitivo del Estado el cual es ejercido a través de sus legisladores y jueces.

Tenemos entonces, que el Principio de Legalidad exige que el delito se encuentre expresamente contemplado en una ley formal, de manera clara y precisa, con el fin de garantizar la seguridad de los ciudadanos, quienes deben conocer, sin lugar a dudas, cual es la conducta prohibida e ilegítima, y cuáles serían las consecuencias jurídicas que se generarían a aquellos que trasgredan lo que la norma penal contempla. Esto significa que debe haber una ley preexistente y vigente, tal como lo ha señalado la doctrina internacional en el entendido

de que las conductas punibles deben ser descritas inequívocamente y las sanciones a imponer deben estar también previamente predeterminadas.

Visto así las cosas, resulta imperioso afirmar que, el Principio de legalidad en materia penal, consagrado en su doble vertiente de legalidad de los delitos y de las penas, constituye la máxima garantía frente a la aplicación de la ley penal; toda vez que, por una parte, constituye un límite ante cualquier arbitrariedad o imposición caprichosa por parte del Juez contra el presunto autor de unos hechos y, por la otra, las conductas descritas formalmente y recogidas en un texto legal, permiten a la ciudadanía conocer tanto la conducta delictual como las sanciones que acarrea, lo cual se traduce en garantía para los mismos ciudadanos.

Cabe resaltar que el Principio de Legalidad cobra también importancia desde un punto de vista más amplio, llegando a la propia funcionalidad del Estado en su ejercicio del iuspuniendi, pues garantiza la propia división de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. En este sentido, entra en juego el principio de reserva legal, lo cual indica que solo el legislador, no los jueces, pueden asumir la tarea de redactar y recoger en un instrumento legal las normas de carácter penal, la cual es labor consagrada, única y exclusivamente, a la Asamblea Nacional, mientras que el juzgador penal es el que subsume el caso concreto en la descripción del tipo penal, el que determina la pena correspondiente a cada supuesto, el que la individualiza, pero siempre dentro de los márgenes de tipicidad y penalidad.

Bajo estos señalamientos queda claro que, en base al Principio de Legalidad, en Derecho Penal no es posible admitir la analogía, vale decir que, si el hecho no está contemplado en la ley, no podrá aplicarse a él, una norma que castigue un hecho similar. En este sentido, el autor Rodrigo Antonio Rivera Morales, en su obra *"Aspectos Constitucionales del Proceso"*: Tribunal Supremo de Justicia: Libro Homenaje A José Andrés Fuenmayor. Tomos II, señala: …"*Si no hay norma legal aplicable al caso concreto, hay un vacío legal (non liquet), sin que el juez pueda llenarlo analógicamente…la situación fáctica debe estar descrita en ley preexistente. Es contrario a la Constitución y a la normativa internacional sobre derechos humanos los tipos penales inciertos, abiertos y en blanco, éstos deben ser exactos y rígidos…".*

Visto el análisis anterior, tenemos que en el presente caso el ciudadano **Carlos Eduardo Hernández Carillo** fue condenado por la comisión del delito de homicidio intencional a título de dolo eventual, el cual, como se señaló al inicio, no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal, aplicándole el juzgador, por analogía, la pena correspondiente al delito de homicidio intencional simple. Todo lo cual evidencia una violación al Principio de Legalidad, acogido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, de tal manera que no podía inventarse el juzgador un tipo penal y encuadrar en él la conducta desplegada por el mencionado ciudadano. Debe el hecho o conducta a sancionar estar descrito previamente en la ley penal; tal como se ha venido insistiendo.

En este aspecto cabe llamar la atención de aquellos aplicadores de justicia, así como estudiosos y expertos en la materia penal, para que tengan en cuenta que, si en su opinión, existen situaciones no precisadas en la ley y, que por tanto, puedan generar cierta incertidumbre e imprecisiones en la aplicación de la misma, no realizar interpretaciones que puedan generar perjuicio en el imputado, tal como ocurre en el presente caso.

Ahora bien, puntualizado el hecho de que en la presente causa, el ciudadano **Carlos Eduardo Hernández Carillo** fue condenado por un delito no tipificado en la ley, teniendo razón pues la defensa en el planteamiento de su denuncia, esta Sala de Casación Penal, de conformidad con la facultad otorgada en el artículo 467 del Código Orgánico Procesal Penal, pasa a dictar una decisión propia sobre el caso, toda vez que estima que no es necesario un nuevo debate sobre los hechos dados por probados por el Juzgador de Juicio y, en tal sentido observa, que los referidos hechos fueron expuestos de la manera siguiente:

"…Una vez revisadas todas las pruebas evacuadas, se puede observar que de las declaraciones de los testigos funcionarios policiales MOISÉS MELÉNDEZ ACOSTA, FRANK ANTONIO FUENTES PIÑA, JUAN CARLOS LARA TOVAR, concatenada con las declaraciones de las testigos BETSIS AURET FERNÁNDEZ GARCÉS, BLANCA YARED TOVAR CUEVA y MIRIAM GISELA SEQUERA GONZÁLEZ, asimismo relacionadas estas declaraciones a su vez con la de los funcionarios del

Cuerpo de Vigilancia y Tránsito Terrestre, FRANK REINALDO SALAZAR y ALEXIS MERENTES, quedó plenamente demostrado y probado que el día 13 de ABRIL de 2004, siendo aproximadamente las 7:00 p.m., el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARILLO, causó la muerte de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES, en la avenida "A" del Sector San Vicente, Estado Aragua, tal como se desprende de la declaración del médico forense JAIRO QUIROZ ROMERO, quien señala que la causa de la muerte…fue por politraumatismos por accidente vial, arrollamiento. En tal sentido debe considerarse también la declaración de la testigo AMANDA GARCÉS DE FERNÁNDEZ, que aún cuando se baja de la Unidad de Transporte Colectivo, antes de que suceda el accidente, señaló que dentro del autobús hubo una discusión entre un joven pasajero, también de la Unidad de Transporte Colectivo y el chofer de la unidad, en reclamo de por qué no encendía las luces, a lo que éste le respondió, que las había vendido para poder comer, esto coincide con la declaración del funcionario policial MOISÉS ACOSTA MELÉNDEZ, quien es el funcionario, que detiene la Unidad de Transporte en un punto de Control y le llama la atención al chofer, en relación a que no llevaba las luces encendidas y que iba a exceso de velocidad, a lo que el chofer de la Unidad de Transporte Colectivo le respondió, que iba apurado porque no tiene luces, de lo cual quedó probado y demostrado, que efectivamente no llevaba las luces encendidas, ya que estaban dañadas y tal situación era conocida por el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARILLO, chofer de la Unidad… . Asimismo se debe considerar, la declaración de

cada testigo en el sentido de la distancia, que hubo desde el lugar donde quedó el cuerpo sin vida de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES y la Unidad de Transporte que la arrolló, ya que los testigos declararon que la Unidad…estaba estacionada frente en la esquina siguiente de donde sucedió el accidente, lo cual quedó corroborado con la declaración del funcionario de tránsito terrestre encargado de levantar el croquis, quien señaló, que esa distancia fue de 27 metros, asimismo ambos funcionarios adscritos al Cuerpo de Vigilancia de Tránsito Terrestre, señalaron que no había marca de frenos, ni antes ni después, de donde se encontraba el cuerpo sin vida de la ciudadana DIANA MERCEDES RODRÍGUEZ ROSALES: Asimismo los testigos fueron contestes en señalar que el conductor de la Unidad…, una vez que se produce el arrollamiento no se detiene, lo hace ya que el clamor público, le indica que se detenga. En tal sentido se concluye que la persona que causó la muerte de la ciudadana…fue el ciudadano CARLOS EDUARDO HERNÁNDEZ CARRILLO, quien era el conductor de la Unidad de Transporte, con las siguientes características…". (Sic).

Analizados los hechos acreditados por el Juzgado Segundo de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, y las circunstancias de lugar, tiempo y modo descritas, y observando que son el resultado del actuar imprudente del procesado, la Sala considera que los mismos encuadran en los extremos del artículo 411 del derogado Código Penal vigente para el momento en el cual ocurrieron los hechos (hoy, 409), relativo al homicidio culposo, en consecuencia, se aparta de la calificación jurídica de homicidio intencional

a título de dolo eventual, previsto en el artículo 407 del Código Penal (hoy, 405), dada a los hechos por la representación del Ministerio Público, atribuyéndole por tanto a los mismos la calificación jurídica antes dicha, al observar que el actuar del ciudadano **Carlos Eduardo Hernández Carillo**, obedeció a un obrar con imprudencia, sin la cautela necesaria al conducir su vehículo (transporte colectivo), es decir, a exceso de velocidad y sin el funcionamiento de las luces del autobús, pero nunca tuvo la intención de ocasionar la muerte de algún ciudadano, en este caso de la ciudadana Diana Mercedes Rodríguez Rosales.Tales circunstancias quedaron expresadas por el juzgador de juicio en los términos siguientes*: "funcionario policial MOISÉS ACOSTA MELÉNDEZ, quien es el funcionario, que detiene la Unidad de Transporte en un punto de Control y le llama la atención al chofer, en relación a que no llevaba las luces encendidas y que iba a exceso de velocidad, a lo que el chofer de la Unidad de Transporte Colectivo le respondió, que iba apurado porque no tiene luces…".*

Correspondería ahora imponer la pena al procesado de autos y, en tal sentido se observa que, la pena correspondiente al delito de homicidio culposo es de seis (6) meses a cinco (5) años de prisión, regulado en el artículo 411 del Código Penal vigente para el momento en el cual ocurrieron los hechos, hoy 409 del Código Penal (cuya redacción quedó expresada en los mismos términos que el citado artículo 411).

Ahora bien, tomando en cuenta el modo y las circunstancias en las cuales fue cometido el hecho, vale

decir, el exceso de velocidad con el cual conducía el ciudadano **Carlos Eduardo Hernández Carrillo** la unidad de transporte, la falta de funcionamiento de las luces, circunstancia que era conocida suficientemente por el conductor, siendo que el hecho ocurrió alrededor de las 7:00 pm, así como también consta, la advertencia de que fue objeto el acusado, tanto por algunas personas (pasajeros) de la unidad, como por el funcionario policial Moisés Acosta Meléndez, en cuanto a la velocidad con la cual se desplazaba y que no llevaba las luces del vehículo encendidas, a lo cual mostró una actitud poco cautelosa y de total indiferencia ante tal llamado de atención. Todo ello hace considerar que, a juicio de esta Sala, lo procedente y ajustado a derecho es imponer al ciudadano **Carlos Eduardo Hernández Carrillo** la pena de **cinco (5) años de prisión**, de conformidad con los artículos 411 del Código Penal derogado, hoy 409, y 467 del Código Orgánico Procesal Penal, atendiendo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar antes expresadas, y que fueron probadas fehacientemente durante el juicio oral y público. **Así se declara**."

III
DE LA COMPETENCIA DE LA SALA

El artículo 336.10 de la Constitución le atribuye a la Sala Constitucional la potestad de: "revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o

normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva".

Tal potestad de revisión de decisiones definitivamente firmes abarca fallos que hayan sido expedidos tanto por las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 25.11 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) como por los demás tribunales de la República (artículo 25.10 *eiusdem*), pues la intención final es que la Sala Constitucional ejerza su atribución de máximo intérprete de la Constitución, según lo que establece el artículo 335 del Texto Fundamental.

En el presente caso se requirió la revisión del veredicto N° 554 que pronunció la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia, el 29 de octubre de 2009, mediante la cual fue declarada sin lugar la primera denuncia del recurso extraordinario de casación, referente a la infracción del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por indebida aplicación, además fueron declaradas con lugar las denuncias segunda y tercera del referido recurso y condenó al ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo a cumplir la pena de cinco (5) años de prisión, por la comisión del delito de homicidio culposo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 411 del Código Penal derogado (hoy 409) y 467 del Código orgánico Procesal Penal; razón por la cual esta Sala se declara competente para pronunciarse sobre la presente solicitud, y así se decide.

IV
MOTIVACIÓN PARA LA DECISION

Da lugar a la presente decisión la solicitud de revisión constitucional interpuesta por el Ministerio Público contra la decisión N° 554, del 29 de octubre de 2009, dictada por la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal, mediante la cual declaró sin lugar la primera denuncia del recurso extraordinario de casación, además declaró con lugar las denuncias segunda y tercera del referido recurso, toda vez que sostuvo que el delito de homicidio intencional a título de dolo eventual no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal y que, por tanto, condenar al ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo sobre esa base, tal como ocurrió, se traduce en una aplicación analógica de la ley penal, violatoria del principio de legalidad penal consagrado en el artículo 49.6 constitucional, por lo que dictó una decisión propia (al estimar innecesario un nuevo debate) mediante la que condenó al prenombrado ciudadano a cumplir la pena de cinco (5) años de prisión, por la comisión del delito de homicidio culposo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 411 del Código Penal derogado (hoy 409) y 467 del Código orgánico Procesal Penal.

Según la parte solicitante, el fallo objetado vulnera el artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y quebranta la seguridad jurídica y el derecho a la igualdad. Igualmente, sostiene

que el dolo eventual es el resultado de una de las modalidades del dolo, que ha venido siendo reconocido a través de los años en la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como internacional, al igual que otras modalidades del dolo, como lo es el dolo de consecuencias necesarias. Asimismo, afirma: que la figura del dolo eventual se encuentra positiva y plenamente consagrada en los diversos ordenamientos jurídicos no de manera autónoma sino como en Venezuela, y que se dibuja del propio concepto propio del dolo; que el principio de legalidad sí se encuentra respetado con tal tipo penal, ya que el principio de legalidad exige que la conducta típicamente antijurídica y culpable deba estar previamente establecida en la ley, tal y como ocurre en el presente caso, pues el delito de homicidio se encuentra consagrado en el Código Penal y la forma dolosa de materialización del delito (dolo eventual) también se encuentra regulada en dicho cuerpo sustantivo penal; que la decisión cuya revisión se solicita es inmotivada, que atenta contra el orden público, obviando la interpretación de los artículo 26 y 49 constitucionales contenidas en reiteradas sentencias dictadas por esta Sala; que también violó esos artículos al cambiar el criterio sostenido en jurisprudencia pacífica, sin explicar con razonamiento lógicos y coherentes que originaron el pronunciamiento que hoy se eleva a revisión; que la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia aplicó un criterio judicial distinto al que venía aplicando respecto de otros casos análogos por ella deci-

didos, sin justificación alguna y sin señalar ni motivar además por qué se apartó de su doctrina pacífica, lo que conlleva a infringir la preeminencia de la garantía al orden público constitucional y a la protección de los derechos y garantías constitucionales, vulnerando con ello los criterios reiterados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto el derecho que tienen las partes a obtener una sentencia fundada en Derecho; que la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, trató de una manera desigual la situación que permitía la aplicación de la figura del dolo eventual.

Concretamente, el Ministerio Público requirió revisión de la decisión en cuestión debido a que, en su criterio, la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia vulneró la legalidad penal, el deber de motivar las decisiones, la seguridad jurídica, el derecho a la igualdad ante la Ley, el debido proceso, la tutela judicial efectiva y las interpretaciones que esta Sala ha efectuado sobre las disposiciones constitucionales que prevén varias de esas instituciones jurídicas, al declarar, según afirma la parte solicitante, de forma inmotivada, que el delito de homicidio intencional a título de dolo eventual no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal, por lo que condenó al ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo a cumplir la pena de cinco (5) años de prisión, por la comisión del delito de homicidio culposo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 411 del Código Penal derogado (hoy 409) y 467 del Código orgánico Procesal Penal.

Ahora bien, el artículo 25, numerales 10 y 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia disponen lo siguiente:

"Son competencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

(…)

10. Revisar las sentencias definitivamente firmes que sean dictadas por los Tribunales de la República, cuando hayan desconocido algún precedente dictado por la Sala Constitucional; efectuado una indebida aplicación de una norma o principio constitucional; o producido un error grave en su interpretación; o por falta de aplicación de algún principio o normas constitucionales.

11. Revisar las sentencias dictadas por las otras Salas que se subsuman en los supuestos que señala el numeral anterior, así como la violación de principios jurídicos fundamentales que estén contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tratados, pactos o convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República o cuando incurran en violaciones de derechos constitucionales.

Por su parte, en lo que respecta a las sentencias definitivamente firmes que pueden ser objeto de revisión, esta Sala ha sostenido lo siguiente:

"...Sólo de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, esta Sala posee la potestad de revisar lo siguiente:

1. Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las

demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o tribunal del país.
2. Las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.
3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.
4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional..." (sentencia N° 93 del 06 de febrero de 2001).
Ahora bien, observa esta Sala, por notoriedad judicial, que hasta el momento en que fue dictado el fallo objeto de la solicitud de autos, la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia había reconocido la existencia de la figura del dolo eventual en el ordenamiento jurídico patrio e, inclusive, en al-

gunos casos había dictado sentencias condenatorias –propias- por la comisión de delitos dolosos fundamentados en uno de los tipos de dolo que reconoce la doctrina y la jurisprudencia de forma prácticamente unánime, es decir, en el dolo eventual.

A continuación se citarán parcialmente algunos de esos pronunciamientos, no sin antes señalar que su reproducción en esta decisión no implica que esta Sala avale todos los criterios vertidos en ellas.

Así, en la decisión N° 656 del 16 de mayo de 2000, caso: Domingo José Muñoz Romero, la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia, señaló lo siguiente:

"…omissis…

A juicio de este Sala los hechos que resultan de los autos que cursan en el expediente son los siguientes: el imputado y su defensa sostuvieron en todo momento que el resultado luctuoso había sido accidental y la explicación es verosímil: que la escopeta por lo común se descarga y recarga en la noche, por razones de seguridad. Esto lo corroboró la esposa del imputado en su declaración, que aunque no puede apreciarse como una prueba –por haber el estado de cónyuges- sí puede serlo como un indicio y todo de acuerdo con el hoy derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, aplicable para el momento en que ocurrió el hecho.

Explicó el imputado que tomó el arma sólo para amedrentar y no se percató de que estaba cargada. Y que fue así como sin querer se le escapó un tiro y causó

la muerte a su compadre. Tales extremos no fueron desvirtuados en el debate probatorio: es cierto que hubo testigos que afirmaron haber visto al imputado disparar la escopeta; pero esto no contradice la versión del imputado, quien nunca negó que el disparo letal partió de su escopeta. Lo que el imputado alega es que el hecho fue accidental, por las razones antes señaladas. Y esto, insiste la Sala, no está desmentido por las testimoniales puesto que éstas afirman que el imputado produjo el disparo, mas no afirman que lo produjo **con "animus occidendi" u homicida**. De manera que tales testimonios coinciden con los otros en identificar al imputar como la persona que le disparó, lo cual tampoco está ni estuvo en disputa porque así lo reconoció el imputado. En lo que sí difirieron unos y otros testimonios es en que unos añaden a la descripción del hecho su causa y la atribuyen a un accidente, y los otros no distinguen cuál fue la voluntad del imputado o, al menos, no refutan la posibilidad de que haya sido como éste lo afirmó, es decir, de modo culposo.

Además es obvio que hubo circunstancias que causaron un **arrebato** en el imputado: el solo hecho de que se aglomeraran por sistema unos individuos frente a la casa de un ciudadano, en la que tiene su hogar éste y vive con su joven esposa e hijos pequeños, ya es motivo de disgusto. Si a esto se añade que tales individuos se dedicaban a consumir "drogas" allí, se comprende todavía más el malestar del imputado porque hasta había el evidente peligro de que los intoxicados atacaran

a su familia e incluso sexualmente a su esposa. Y si se agrega que **ya el imputado en varias ocasiones había reclamado a los individuos esa actitud y había tenido que empuñar esa misma arma para disuadir y defender a su familia (esposa e hijos), hogar y aun a sí mismo**, se comprende mucho mejor el disgusto o arrebato que sufrió el imputado ante la nueva e implícita agresión, o cuando menos provocación. Si se emplea la empatía, esto es, la virtud de **saber ponerse en lugar de los demás,** se aceptará que el imputado sufrió una evidente e **injusta provocación** que le causó una **ira** rayana en el **enajenamiento temporal.** Ese estado anímico de iracundia e irregular por tanto, siempre configura una voluntad **imperfecta**. La indagación psicológica en el homicidio es indefectible cuando hubo **cólera e ira** causadas por injusta provocación. Este proceso psicológico, que se alonga en todo el "ítercriminis" y perturba la normalidad de la consciencia y de la voluntad, es según ALTAVILLA **mucho más influyente en los delitos culposos que en los de dolo directo.**Por lo mismo ha de excluirse la posibilidad de que haya habido en imputado un dolo eventual o mixtura de dolo y culpa, ya que es palmario que su voluntad y consciencia estaban alteradas y su capacidad de **representarse resultados** estaba claramente disminuida.

En virtud de lo expuesto, la Sala juzga que el Juez de la recurrida incurrió en error de Derecho en la calificación de los hechos dados por probados en el fallo, porque constituyen el delito de homicidio culposo y no el delito

de homicidio intencional, lo que hace procedente el presente recurso de casación. Así se declara.
En consecuencia y según lo ordenado en el Código Orgánico Procesal Penal, pasa a resolver sobre el mérito del asunto objeto del proceso, con estricta sujeción a lo aquí decidido, para lo cual se observa:
La pena correspondiente al procesado, de conformidad con el artículo 411 del Código Penal, se determina a continuación:
Al delito de Homicidio Culposo corresponde una pena de **prisión de seis meses a cinco años**, cuyo término medio de conformidad con el artículo 37 del Código Penal es de **dos años y nueve meses.**
Ahora bien, por cuanto se encuentra acreditado en autos, con la respectiva certificación cursante al folio 68 del expediente, que el imputado de autos no registra antecedentes penales, se aplicará la rebaja de la pena establecida en el ordinal 4º del artículo 74 del Código Penal, que resulta de aplicar ésta en menos del término medio pero sin bajar del límite inferior, quedando por cumplir una pena de seis meses de prisión.
El encausado también deberá cumplir con las penas accesorias contempladas en los artículos 16 y 34 del Código Penal. …omissis…" (subrayado añadido).
Por su parte, de la precitada decisión se desprende que la Sala de Casación Penal excluyó, en el caso que resolvió a través de la misma, que el imputado haya actuado de forma dolosa mediante dolo eventual, de lo que se puede deducir que ese órgano jurisdiccional reconoció, en esa medida, la existencia de esa mo-

dalidad de obrar doloso en el ordenamiento jurídico venezolano.

Por su parte, en la sentencia N° 1463, del 9 de noviembre de 2000, caso: José Eudenio Pereira Castellanos, la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia, asentó lo siguiente:

"…*omissis*…Dio origen al presente juicio el hecho ocurrido el 1º de agosto de 1999 en horas de la tarde, cuando los ciudadanos JOSÉ PEREIRA CASTELLANOS y JOSÉ GILBERTO RIVAS GONZÁLEZ ingerían alcohol en la casa del ciudadano ROSALINO GONZÁLEZ GARCÍA. La esposa de este último, ciudadana MARÍA RAMONA TORRES VÁSQUEZ, al ver que el ciudadano JOSÉ PEREIRA CASTELLANOS se encontraba muy interesado (eróticamente) en su hija menor de doce años, salió al porche y le dijo a los visitantes que se fueran, trancó la puerta y, al hacerlo, el ciudadano JOSÉ PEREIRA CASTELLANOS disparó varias veces contra la puerta y huyó con el ciudadano JOSÉ GILBERTO RIVAS GONZÁLEZ. La señora MARÍA RAMONA TORRES VÁSQUEZ recibió varios impactos de bala que le causaron la muerte y su hijo RICHARD GONZÁLEZ TORRES resultó lesionado en la pierna por una de las balas, porque se encontraba detrás de la puerta (junto con su madre) al producirse los disparos.

…*omissis*…

En el presente caso la recurrida consideró demostrado los delitos de homicidio intencional, lesiones

personales menos graves y uso indebido de arma de fuego, previstos respectivamente en los artículos 407, 415 y 282 del Código Penal.

Esta Sala Penal considera que el ciudadano JOSÉ PEREIRA CASTELLANOS actuó de manera intencional y no culposa, tal como se desprende de los medios probatorios promovidos y evacuados durante el juicio oral y público. Con anterioridad se transcribió la alegación de la defensa, en el sentido de que su defendido no había tenido la intención de matar a nadie, sino de defenderse y que sus disparos no fueron "contra persona alguna sino contra una casa". En primer término, en los autos no hay ninguna circunstancia que permita suponer siquiera que tuvo él la necesidad de defenderse: no hubo ningún ataque contra el imputado. Y después hay que considerar, como punto esencial del tema, **que si alguien dispara repetidas veces contra una casa y más exactamente contra una puerta y sabe que detrás de esa puerta hay alguien, está patentizado que sí quiere matar a alguien. Y como disparó de inmediato, esto es, al cerrarse la puerta, y sabía quiénes habían quedado detrás de la puerta porque, se reitera, las acciones (de cerrar la víctima la puerta y el imputado disparar) se sucedieron con inmediata continuidad, es evidente que tuvo el ánimo de dar muerte a esas personas que él sabía detrás de la puerta que una de ellas acababa de cerrar**.

…omissis…

Si no hubiera él disparado en seguida, también habría homicidio intencional, pero a título de dolo eventual: éste ocurre cuando hay una mixtura de dolo y culpa. Representa una forma intermedia entre el dolo directo y perfecto y la culpa. Es lo que ha sido denominado en doctrina la "culpa informada de dolo". En tal caso el agente no quiere (como una representación de primer grado) matar a otra persona, mas es tan peligrosa su acción que la probabilidad del resultado es muy grande y por esto se admite que indefectiblemente hubo ese autor de representarse el resultado mortal. Se lo representó y sin embargo no evitó su actuación y siguió desarrollándola, por lo que se le imputa el haber **aceptado**ese resultado que no evitó. Pero ésta (la que ahora examinase) no es la situación del dolo eventual, ya que el agente del delito sabía que la víctima acababa de cerrar la puerta y empezó a disparar hacia esa puerta. Más todavía: no sólo sabía que ahí estaba la víctima, sino también otras personas menores de edad, una de las cuales resultó baleada por el imputado.

Por tanto, hubiera sido tan absurdo cuan antijurídico, que la recurrida hubiera establecido el delito de homicidio culposo previsto en el artículo 411 "eiusdem", por la cual esta denuncia se declara **SIN LUGAR**. …*omissis*…" (subrayado añadido)

Al respecto, en esa decisión se aprecia con mayor claridad aún que la Sala de Casación Penal, con anterioridad al pronunciamiento objetado en esta oportunidad, reconocía la existencia del dolo eventual como

modalidad del comportamiento doloso en nuestro marco legislativo.

Igualmente, en sentencia N° 1160, del 9 de agosto de 2000, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia expresó lo siguiente:

"…*omissis*…Con base en el ordinal 4º del artículo 331 del derogado Código de Enjuiciamiento Criminal, denuncian los formalizantes la violación del artículo 407 del Código Penal en el error cometido por la recurrida al calificar el hecho atribuido al imputado como Homicidio Intencional, cuando ha debido hacerlo por Homicidio Culposo, de conformidad con lo establecido artículo 441 eiusdem.

La Sala para decidir observa:

La recurrida expresa:

"…Este Tribunal observa que los hechos que están suficientemente probados y que guardan relación con el elemento subjetivo de la intención, son los siguientes:

a) Que el instrumento utilizado fue un arma de fuego. Este hecho aparece plenamente acreditado en los autos, tanto a través del protocolo de autopsia así como a través de las experticias 412 y 414, cuyo contenido y regla valorativa ya han sido señalados y se dan por reproducidos en cuanto a este punto se refiere.

b) Que la hoy occisa al momento de recibir el disparo que le quitó la vida se encontraba dentro de un vehículo marca Dodge, Aspen, modelo 1978.

Este hecho aparece plenamente demostrado en el expediente a través de los dichos de HERNAN JOSE HERMOSO BERMUDEZ, MANUEL RAMON

PEINADO MARTINEZ y FRANCISCO JOSE GONZALEZ TROCONIS, cuyo contenido y regla valorativa se dan igualmente por reproducidos.
c) Que el hecho que rodeó la muerte de la hoy occisa estuvo acompañado por un gran número de disparos, lo cual se desprende de lo aseverado particularmente por los ciudadanos JOSE LUIS OTERO TORREALBA, EDIS MARGOT CARABALLO DE PADRON, LUIS GUILLERMO MONTIEL VICCY y FRANCISCO JOSE GONZALEZ TROCONIS, cuyos textos ya constan en el cuerpo de este fallo y que conforme a este extremo se valoran como plena prueba de conformidad con el artículo 261, primera parte, del Código de Enjuiciamiento Criminal, pues todos oyeron la producción de los disparos, son testigos hábiles en cuanto no están afectados por ninguna causa de inhabilidad y están contestes en afirmar que se produjeron varios disparos aun cuando no coincidían en lo relativo al señalamiento de un número exacto.
d) Sobre este mismo extremo, aparece plenamente demostrado, que el vehículo donde se encontraba la hoy occisa recibió seis impactos de arma de fuego, tal y como se desprende de la inspección ocular que cursa a los folios 37 y 38 de la primera pieza, cuyo contenido y regla valorativa también consta en el cuerpo de la presente sentencia.
Por lo tanto, tales elementos de hecho, en si mismo distintos a la intención o dolo que caracterizó la conducta del sujeto activo del delito, contribuyen sin embargo a

evidenciarlo, pues conforme a las reglas generalmente admitidas, el instrumento utilizado, así como el número de balas percutadas, en el caso de arma de fuego, son elementos de hechos fundamentales para deducir si se trata o no de un comportamiento doloso. En el caso de autos, a este Tribunal no le cabe la menor duda que el autor del hecho punible procedió con una voluntad criminalmente equivalente, y por ende igualmente reprochable, a aquellas que identifica el proceder de quien se dirige directamente hacia el resultado criminal. Es cierto que no surge en el expediente demostración que CAMILO JOSE CESAR MONTEIRO haya querido y hacia tal fin se haya dirigido su voluntad quitarle la vida específicamente a la hoy occisa, sin embargo al utilizar el arma que utilizó, al disparar el número de balas que disparó, aceptó el resultado de la muerte de alguna de las personas que dentro del vehículo se encontraban, y por lo tanto, dicha conducta, configurada por el dolo eventual, es dolosa.

Por otro lado no hay materia que olvidar que según la trayectoria del proyectil que aparece descrita en el protocolo de autopsia, el homicida se hallaba colocado hacia arriba en relación a la posición de la víctima, y desde la posición, lógicamente, tenía que aceptar como probable la producción de la muerte de alguno de los ocupantes del vehículo, pues precisamente la primera zona expuesta al impacto de los proyectiles era una de las más nobles del cuerpo humano, la cabeza, donde la producción de heridas por armas de fuego son generalmente mortales…".

Y luego:
"…En el caso de autos, este Tribunal considera que el hecho fue sumamente grave, por cuanto el encausado disparó a mansalva por un hecho en sí mismo leve, que su conducta representa un alto índice de peligrosidad y agresividad, y que cercenó por otra parte una vida joven y promisoriamente útil, de quien, además, no era partícipe del hecho delictuoso que estaban llevando a cabo sus acompañantes. Es por estas razones, que considera que la pena que en definitiva cumplirá el reo será de DIEZ (10) AÑOS DE PRESIDIO…".
En virtud de lo antes señalado se evidencia que la razón no asiste a los formalizantes por cuanto el Juzgador A-quo, sí estableció los hechos constitutivos del delito de Homicidio Intencional.
En consecuencia la presente denuncia debe declarada sin lugar como en efecto así se declara. …*omissis*…" (Subrayado añadido).

Como puede observarse en la decisión reproducida, la Sala de Casación reconoció la existencia del dolo eventual en el espectro legal de la Nación, al avalar un fallo condenatorio sustentado en la construcción conceptual que implica el dolo eventual.
Por su parte, en decisión N° 1703, del 21 de diciembre de 2000, caso: Robert Alexander Terán López, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, estableció lo siguiente:

"…omissis…La Sala Nº 4 de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, calificó los hechos como homicidio culposo previsto en el artículo 411 del Código Penal. Tales hechos son los siguientes:

"... En efecto, se encuentra comprobado que en fecha 242-98, frente al Barrio las Nieves en las Adjuntas, vía pública, a las 7:30 de la noche aproximadamente, el ciudadano ROBERT ALEXANDER TERÁN LÓPEZ, conducía un vehículo de carga, pickup, Dodge, placas 506-ACN, 1976, vino tinto, el cual era prestado; al hacer un giro indebido "vuelta en U", impacta y engancha a la mencionada víctima que se encontraba saliendo de un módulo de teléfonos públicos y al sentir el golpe, no detuvo la marcha del vehículo sino que aceleró, arrastrando consigo el cuerpo del ciudadano WILFREDO JOSÉ MONTILLA SUÁREZ (OCCISO), el cual, como se mencionó, había quedado enganchado en el parachoques del vehículo con una pierna. También está demostrado en autos que las personas que presenciaron el hecho, clamorosamente le gritaban al conductor que llevaba a un ciudadano a rastras, y éste hizo caso omiso al llamado de la gente, imprimiéndole mayor velocidad a la camioneta en cuestión, y fue luego de avanzar 2 kilómetros y 320 metros, que detuvo la marcha y huyó del lugar, dejando abandonado el vehículo que conducía con el cadáver del ciudadano que había sido arrollado... ".

Dada la tan peligrosa acción del imputado ¿por qué no considerar el "animus necandi" o deseo de matar? Es evidente que la acción desplegada por el imputado fue **idónea para matar**.

Es indiscutible que se está en presencia de un homi-

cidio intencional, lo único por discutir dada la gran dificultad probatoria sería lo del dolo. Y como no se ha establecido de modo inconmovible que en semejante acción hubiera un dolo de matar directo y perfecto, se debe condenar por homicidio intencional pero a título de dolo eventual.

Hay dificultad probatoria para establecer que el imputado estaba seguro de la producción del resultado mortal. Si así fuere, no habría dolo eventual sino dolo directo o perfecto o de primera clase: y esto es así porquequien actúa con dolo eventual no está seguro de la producción del resultado. Por esto JESCHECK ha dicho que tampoco satisfacen las teorías jurisprudenciales que exigen del autor haber actuado "incluso de haber conocido con seguridad el resultado", pues "precisamente, la inseguridad es característica del dolo eventual"; y en éste "ni se persigue el resultado ni es segura su producción". ("Tratado de Derecho Penal", Parte General, Bosch, 3a. edición, 1981, págs. 404 y siguientes).

En nuestro país los accidentes de tránsito causan muchos heridos y muertos. Y muchas veces la imprudencia de los conductores es tanta que así demuestran éstos desdén por la vida de otras personas: tal es el caso del exceso de velocidad, de la embriaguez y **de quien se da a la fuga pese a haber atropellado a otro.** Estas conductas trascienden la simple culpa, pues alguien que maneje a gran velocidad se representa la posibilidad de que se produzca un choque y de que mate a otros, así como quien golpea a un tran-

seúnte y se da a la fuga, se representa la posibilidad de que muera de mengua. La omisión del deber de prestar socorro está íntimamente ligada a los delitos dolosos en el tránsito. Por esto tal actuación es de las más graves que pueda cometer un conductor.

En Derecho Criminal se habla de **dolo eventual** cuando el agente se representa como posible o probable la consecuencia de su ejecutoria y, sin embargo, continúa procediendo del mismo modo: **acepta su conducta**, pese a los graves peligros que implica y por eso puede afirmarse que también acepta y **hasta quiere el resultado**. Se habla de culpa, en cuanto a imprudencia se refiere, respecto a casos típicos como el de quien descuidadamente limpia un arma e hiere accidentalmente a otro; pero cuando la temeridad es tan extrema que refleja un desprecio por los coasociados, las muertes acarreadas deben castigarse como **homicidios intencionales a título de dolo eventual.** El criminalista alemán GüntherKayser, Profesor de la Universidad de Friburgo, expresa que cada vez se usan más **el dolo eventual y el dolo de puesta en peligro.** Y concluye en que un alto porcentaje de transgresiones del tránsito son cometidas dolosamente, es decir, intencionalmente. Y el criminalista Middendorff, también alemán y Profesor en Friburgo, asegura que conducir en estado de **embriaguez**, darse a la **fuga** en caso de accidentes graves y cometer reiteradas veces infracciones de tránsito, aun simples, califican al contraventor de **criminal**. Por consiguiente es dable que con frecuencia los delitos

de tránsito reflejan la existencia del dolo eventual.

En casos de muertes en el tránsito, cobra gran importancia discernir acerca del nivel intermedio entre "el animus occidendi" o intención de matar, por una parte, y la simple conducta imprevisiva, sin intención de matar pero que fue causa de muerte, por otra parte. Quiero describir con esto la situación de alguien en quien no había dolo homicida directo y perfecto, es decir, intención clara de matar; y que su conducta, por otro lado, fue mucho más grave que los supuestos configuradores de la simple culpa. En otras palabras: la situación de una persona cuya conducta está (en rango de gravedad) un grado más bajo que el dolo directo y perfecto, y un grado más alto que la simple culpa e involuntariedad absoluta. **Este estado intermedio entre el dolo y la culpa, esta mixtura de dolo y culpa, o esta culpa informada de dolo o por el dolo, en fin, este dolo eventual, es de sumo interés en los delitos de tránsito.**

En Venezuela el automovilismo es ultra temerario en términos de conducción e incluso a veces la publicidad televisiva **instiga a delinquir** exhibiendo con reiteración imágenes de carros a gran velocidad, camionetas dando saltos, etc. Y, en suma, promoviendo y exaltando la velocidad, el desquiciamiento y hasta la criminalidad. Y, peor aún, las autoridades de tránsito hace décadas permiten que motociclistas y automovilistas, así como autobuseros y camioneros, hagan cuanto les venga en gana, amadrigados en la más escandalosa impunidad y aumentando la muy lamenta-

ble cifra de heridos y aun muertos por esa causa. La permisividad es factor maligno y tengo la ilusión que ahora sí esas autoridades y el Poder Judicial pondrán orden al respecto y harán cesar semejante impunidad, que ha enlutado a tantas familias en Venezuela.

En este caso, no debe verse al imputado (quien principió por alterar las normas de seguridad en el tránsito al girar en "U" en un sitio prohibido) como agente de un simple homicidio culposo, esto es, de aquél cometido sin intención y sí por imprudencia: debe vérsele como autor de un homicidio **intencional,** a título de dolo eventual.

En el caso de autos, el ciudadano acusado ROBERT ALEXANDER TERÁN LÓPEZ cuando indebidamente giró (vuelta en "U") el vehículo de carga que conducía impactó, enganchó y arrastró el cuerpo del ciudadano WILFREDO JOSÉ MONTILLA SUÁREZ y siguió a gran velocidad, aun cuando fue advertido por los vecinos del lugar de tal circunstancia. Por ello los hechos establecidos por la recurrida constituyen el delito de homicidio intencional previsto en el artículo 407 del Código Penal. El citado artículo expresa lo siguiente:

"El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona, será penado, con presidio de doce a dieciocho años ".

De lo anteriormente expuesto se concluye en que la recurrida violó el artículo 411 del Código Penal, por indebida aplicación y el artículo 407 "eiusdem" por falta de aplicación. Por consiguiente, se declara con

lugar esta denuncia de infracción. Así se decide.
De acuerdo con el artículo 460 del Código Orgánico Procesal Penal se pasa a rectificar la pena que ha de cumplir el ciudadano encausado ROBERT ALEXANDER TERÁN LÓPEZ.
Ahora bien: el Código Penal de Venezuela no define el dolo o al menos no se refiere al dolo eventual. El artículo 61 "eiusdem" establece que nadie podrá ser castigado por un delito sin la intención de cometerlo. En esta decisión se respeta el principio de la culpabilidad, puesto que sí hubo intención homicida en el agente del delito que se juzga. Pero esa intención no fue directa y perfecta, sino que ocupa un nivel intermedio entre el dolo de primer grado y la culpa. Por lo tanto, sería injusto castigar con la pena correspondiente al homicidio intencional con dolo absoluto, al homicidio perpetrado con un dolo de menor entidad. La injusticia persistiría aun si se aplicaran las atenuantes de los ordinales 2º y 4º del artículo 74 del Código Penal, ya que la pena aplicable sería de doce años, es decir, la menor que corresponde al homicidio intencional con un dolo de primer grado. Esta laguna legislativa debe resolverse en beneficio del reo y en aras de la Justicia, cuyo valor absoluto es de rango constitucional y ha de privar sobre formalidades no esenciales: si la intención o voluntad consciente o dolo estuvo en un grado intermedio entre el dolo perfecto y la simple culpa, la pena debe estar entre la que corresponde al homicidio intencional (12 años) y al homicidio culposo (5 años en su límite máximo),

por lo que se fija en OCHO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN.

El delito de homicidio contemplado en el artículo 407 del Código Penal tiene prevista la pena de presidio de doce a dieciocho años, esto es, quince años de presidio según el término medio, a tenor del encabezamiento del artículo 37 del citado código. Como concurre a favor del encausado la circunstancia atenuante de minoridad prevista en el ordinal 1º del artículo 74 "eiusdem", la pena aplicable es el límite inferior, que resulta doce años de presidio.

De lo antes expuesto se concluye en que el ciudadano encausado debe cumplir la pena de doce años de presidio y las accesorias de ley correspondientes por el delito de homicidio intencional. Así se decide…" (Subrayado añadido).

Frases como "*es indiscutible que se está en presencia de un homicidio intencional*", "*es dable que con frecuencia los delitos de tránsito reflejan la existencia del dolo eventual*", "*este dolo eventual, es de sumo interés en los delitos de tránsito*", "*debe vérsele como autor de un homicidio intencional,a título de dolo eventual*", "*por ello los hechos establecidos por la recurrida constituyen el delito de homicidio intencional previsto en el artículo 407 del Código Penal*" (aplicable *rationaetemporis*), evidencian de forma incontrovertible el reconocimiento, por parte de la Sala de Casación Penal, del dolo eventual en la legislación patria.

Por su parte, en sentencia N° 159 del 14 de mayo de 2004, caso: Rafael Cumache Reyes (anulada por esta Sala mediante sentencia N° 811 del 11 de mayo de

2005, caso: *Henry Prada Gómez y Rafael Reyes Cumache*), esa misma Sala afirmó lo siguiente:

"…*omissis*…Una vez aclarada la posibilidad de que el juzgador puede apartarse del cambio de calificación jurídica, corresponde dilucidar el segundo problema referente a la calificación de los hechos establecidos por la Sala Accidental Segunda para el Régimen Procesal Transitorio de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas.

En efecto, la recurrida calificó los hechos como producción de incendio en forma culposa, tipificado en el artículo 357 del Código Penal y estableció lo siguiente:

"...CUERPO DEL DELITO

Del minucioso estudio de las pruebas apreciadas de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los artículos que regulaban la valoración de las pruebas en el Código de Enjuiciamiento Criminal, de acuerdo con el sistema legal tarifado, se establecen los siguientes hechos: Que el día veintiocho (28) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993); siendo aproximadamente las siete y treinta antes meridiem (7:30 a.m.), momentos en que el ciudadano VICTOR IVAN GARCIA KENEZEVICH, quien se desempeñaba para esa oportunidad como operador de una máquina zanjadora propiedad de la empresa ABENGOA C.A., la cual realizaba trabajos en la Autopista Regional del Centro, en sentido Las Tejerías-Valencia, a la altura del kilómetro 57, colocando el cableado de fibra óptica, labor esta que venía

efectuando excavando con la referida maquinaria en el hombrillo de dicha vía, la sierra de la máquina excavadora hizo contacto y perfora una tubería de gas de veinte (20) pulgadas perteneciente a la empresa CORPOVEN C.A., la cual se encontraba enterrada, produciéndose una explosión de gran magnitud arrojando un saldo de treinta y siete (37) personas muertas (calcinadas), las cuales quedaron identificadas como OSCAR ANTONIO DURAN, ARTURO AYALA WALDRON, HARRISON MARQUEZ FERREIRA, BRIGITTE JOSEFINA VARGAS LOPEZ, YOLANDA JOSEFINA MARTINEZ, WILLIE ANTONIO RAMÍREZ RADA, ANA SOLÓRZANO, OTTO ENCARNACIÓN BOWEN TORREALBA, ELISA MARGARITA GONZALEZ, WILLIAM ANTONIO CASTRO RUIZ, GONZALO HERRERA CARUTO, DINORAH MARGARITA PEREZ, JOSE ROJAS SALAZAR, FELIX RAUL PEREZ, PEDRO SANTIAGO REGALADO, PETRA MARCELA DIAZ GARCIA, JOSE GREGORIO RIVEROL, JAVIER ARTURO AYALA, CARMEN RENATA BOWEN TORREALBA, AURA MARINA DE REGALADO, JOSE EXPEDITO JIMÉNEZ, RAFAEL RAMON ESPINA GARCIA, DENIS RAFAEL ACOSTA SALGADO, EMETERIO ALBERTO BAPTISTA QUINTERO, MIGUEL EDUARDO ESPINA SOMOZA, XIOMARA JIMÉNEZ, JOSE ALBERTO ARELLANO, JESÚS QUINTÍN MELÉNDEZ GONZALEZ, DILIA MARGARITA TOVAR, DIANORA

ELENA GOMEZ ARGÜELLES, JOSE DE LA CRUZ CARTAGENA SALAS, HOWARD RADA, MARIA GABRIELA FUENTES GONZALEZ, HECTOR ALEXANDER CASTRO BOWEN, JUAN ALQUIMEDES SIMON LIENDO, CLARIZA ANGELICA ZANELLI CORONEL y MARIO PEPPER CERVIZ, cinco (5) osamentas correspondientes a restos humanos los cuales no se logra determinar su identidad, catorce (14) personas heridas identificadas como LUIS FELIPE MARTINEZ, ANA CELIS COLMENARES, LUIS ENRIQUE RODRÍGUEZ, AMILCAR ALFONZO, FERNANDO DELGADO, VICTOR IVAN GARCIA KENEZEVICH, ALVARO DOMINGO MARTÍN DELGADO, PEDRO RAFAEL SÁNCHEZ LARES, LUIS MARTINEZ, ALBERTO GALIANO (HIJO), ALBERTO JOSE GALENO HERNÁNDEZ, VICENTE ANTONIO PRADO FUENTES, JESÚS RAFAEL HERNÁNDEZ y JESÚS RAMON JIMÉNEZ, así como también daños materiales a los vehículos (diecinueve) que para el momento transitaban por el lugar y que según el resultado de los peritajes a los que fueron sometidos los mismos en su conjunto sufren daños por una cantidad de SETENTA Y TRES
MILLONES SETECIENTOS MIL BOLIVARES (Bs. 73.700.000,oo), aproximadamente.
Con los elementos de convicción procesal citados, se llega a la certeza que en las cercanías del lugar en el cual ocurre la rotura del gasoducto por parte de la sierra de la máquina zanjadora

encargada de colocar fibra óptica, existían avisos que señalaban la existencia del gasoducto enterrado, que se observaba a simple vista la presencia del gasoducto y la prohibición de excavar, lo que aunado al Reporte del Siniestro elaborado y suscrito por los expertos adscritos al Cuerpo Técnico de Policía Judicial, WILLIAMS MELEAN PERRY, NESTOR MARTINEZ RODRÍGUEZ, VICTOR LOPEZ HERNÁNDEZ y MAURY JORDAN JORDAN (folios 124 al 190, P-9), en donde, entre otras cosas, asentaron: '.... de igual forma cada 500 metros se localizaban los respectivos postes de medición catódica y señalización de prevención...'; quedó plenamente comprobado que los ciudadanos HENRY PRADA GOMEZ y REYES RAFAEL CUMACHE, quienes se desempeñaban como Ingenieros al servicio de la Empresa Abengoa, dirigían las labores de excavación, actuaron de forma imprudente, imperita y negligentes al no tomar las debidas precauciones la momento de ser advertidos de la existencia del gasoducto, produciéndose como consecuencia de ello, la explosión del gasoducto, lo que causó la muerte y lesiones a una gran cantidad de personas, así como daños materiales a diversos vehículos que transitaban por el sector, como al medio ambiente, configurándose el delito de PRODUCCION DE INCENDIO EN FORMA CULPOSA.

El Tribunal de Reenvío al referirse a la culpabilidad de los ciudadanos imputados, estableció lo siguiente: "**...RESPONSABILIDAD: Con los elementos de prueba analizados y valorados conforme a Derecho en el contenido del fallo, esta Sala Accidental observa que quedó demostrado que el día 28/09/93, en horas de la mañana (aproxima-**

damente a las 7:30 AM), en momentos en que trabajadores de la Empresa "Abengoa de Venezuela, C.A.", efectuaba labores en la Autopista Regional del Centro, específicamente a la altura de del Peaje de Las Tejerías, los cuales consistían en la colocación del cableado de fibra óptica, y que estaban bajo la supervisión de los Ingenieros REYES RAFAEL CUMACHE y HENRY PRADA GOMEZ, quienes prestaban sus servicios a la citada empresa. En momentos en que practicaban la respectiva excavación, la cual fue autorizada indebidamente por los Ingenieros adscritos al Ministerio de Transporte y Comunicaciones, ciudadanos LUIS SIMON CESIN y FERNADO MORA SALAZAR, ello motivado a que existía la prohibición expresa de realizar labores de excavación en la zona en la cual se llevaba a cabo la obra en cuestión, por Decretos Presidenciales, normativa jurídica vigente, por cuanto dicha zona es considerada zona protectora, utilizando para ello una máquina zanjadora, y no obstante de haber sido advertidos los Ingenieros de la Empresa Abengoa, de la presencia del Gasoducto correspondiente al tramo Charallave-Las Tejerías; y haciendo caso omiso a las señalizaciones de dicha tubería de gas, continuaron con la ejecución de la obra y es allí cuando la rueda de la máquina zanjadora hace contacto con la tubería de gas, la cual se encontraba enterrada, ocasionando una explosión de

grandes dimensiones, que trajo como consecuencia la muerte de cuarenta y dos (42) personas, catorce (14) personas lesionadas, daños a gran cantidad de vehículos que circulaban para el momento del hecho por la citada arteria vial, los cuales ascienden a la cantidad de SETENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS MIL BOLIVARES (Bs. 73.700.000,oo); así como también daños al medio ambiente y al gasoducto en sí, configurándose en consecuencia el delito de PRODUCCION DE INCENDIO EN FORMA CULPOSA, el cual se encuentra previsto y sancionado en el artículo 357 del Código Penal, al igual que la responsabilidad penal de los citados ciudadanos en el ilícito penal demostrado...".

La Sala Accidental observa:

La calificación dada a los hechos por el tribunal de reenvío sería correcta si la explosión que causó la muerte de los ciudadanos OSCAR ANTONIO DURÁN, ARTURO AYALA WUALDRON, HARRISON MÁRQUEZ FERREIRA, BRIGITTE JOSEFINA VARGAS LÓPEZ, YOLANDA JOSEFINA MARTÍNEZ, WILIE ANTONIO RAMÍREZ RADA, ANA SOLÓRZANO, OTTO ENCARNACIÓN BOWEN TORREALBA, ELISA MARGARITA GONZÁLEZ, WILLIAM ANTONIO CASTRO RUIZ, GONZALO HERRERA CARUTO, DINORAH MARGARITA PÉREZ, JOSÉ ROJAS SALAZAR, FÉLIX RAÚL PÉREZ, PEDRO SANTIAGO REGALADO, PETRA MARCELA DÍAZ GARCÍA, JOSÉ GREGORIO RI-

VEROL, JAVIER ARTURO AYALA, CARMEN RENATA BOWEN TORREALBA, AURA MARINA DE REGALADO, JOSÉ EXPEDITO JIMÉNEZ, RAFAEL RAMÓN ESPINA GARCÍA, DENIS RAFAEL ACOSTA SALGADO, EMETERIO ALBERTO BAPTISTA QUINTERO, MIGUEL EDUARDO ESPINA SOMOZA, XIOMARA JIMÉNEZ, JOSÉ ALBERTO ARELLANO, JESÚS QUINTÍN MELÉNDEZ GONZÁLEZ, DILIA MARGARITA TOVAR, DIANORA ELENA GÓMEZ ARGÜELLES, JOSÉ DE LA CRUZ CARTAGENA SALAS, HOWARD RADA, MARÍA GABRIELA FUENTES GONZÁLEZ, HÉCTOR ALEXANDER CASTRO BOWEN, JUAN ARQUÍMIDES SIMÓN LIENDO, CLARIZA ANGÉLICA ZANELLI CORONEL y MARIO PEPPER CERVIZ *"y cinco osamentas correspondientes a restos humanos los cuales no se logra determinar su identidad";* y las lesiones de los ciudadanos LUIS FELIPE MARTÍNEZ, ANA CELIZ COLMENARES, LUIS ENRIQUE RODRÍGUEZ, AMÍLCAR ALFONSO, FERNANDO DELGADO, VÍCTOR IVÁN GARCÍA KENEZEVICH, ÁLVARO DOMINGO MARTÍN DELGADO, PEDRO RAFAEL SÁNCHEZ LARES, LUIS MARTÍNEZ, ALBERTO GALIANO (hijo), ALBERTO JOSÉ GALIANO HERNÁNDEZ, VICENTE ANTONIO PRADO FUENTES, JESÚS RAFAEL HERNÁNDEZ y JESÚS RAMÓN JIMÉNEZ, no hubiese sido posible su previsión sino que fue consecuencia de una conducta culposa, bien por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de

reglamentos, lo cual según los hechos establecidos por la recurrida, no encuadran en este tipo de culpabilidad.
Tampoco encuadran los hechos narrados y valorados en autos en la llamada culpa consciente o culpa con representación, la cual sería contraria a la anterior donde no se da ni la conciencia ni la previsión. En este tipo de culpa, la conciente (sic), el agente prevé el resultado antijurídico no como probable sino como posible, pero se acoge a su buena suerte, a su pericia o destreza para pensar que tal resultado antijurídico no se va a producir.
Por lo antes señalado, en el caso de autos queda descartado que las muertes y lesiones producidas el 28 de septiembre de 1993 en la Autopista Regional del Centro (a la altura del sector "Las Guayas de las Tejerías" en el Estado Aragua) pueda calificarse en cualquiera de los tipos de delitos culposos.
¿Qué tipo de delitos fue el cometido en el caso de autos? Hay que destacar que los ciudadanos HENRY PRADA GÓMEZ y REYES RAFAEL CUMACHE no cometieron el delito con dolo directo, pues ello supondría que se representaron como cierto y como seguro un resultado típicamente antijurídico y quisieron realizar directamente ese resultado antijurídico, tal sería el caso que los mencionados ciudadanos hubiesen producido en forma directa la explosión para asegurarse de la muerte y lesiones de las víctimas, resultado que ya estaría previsto como seguro por parte de los acusados.
Los hechos probados configuran un delito doloso pero no a título de dolo directo, ni tampoco de dolo

de consecuencia necesaria que pudiera acompañar al dolo directo; sino a título de **dolo eventual** que se da cuando el agente se representa el resultado, no como un dolo directo en forma segura y cierta, sino como posible y probable.

Para Bettiol, el dolo eventual es "la previsión de un evento como consecuencia meramente posible de la acción, lo cual implica necesariamente la voluntariedad del evento mismo, pero ello no excluye, que la actitud de la voluntad frente al resultado previsto, de indiferencia o de ratificación del mismo, sean equivalentes a la voluntad del resultado"; para Altavilla, se tiene dolo eventual "cuando la intención se dirige indiferentemente a varios resultados, de modo que es como una ratificación anticipada que cualquiera de ello se realice". La doctrina penal, tal como lo refieren los tratadistas del Derecho Penal, JIMÉNEZ DE ASÚA, REYES ECHANDIA, MUÑOZ CONDE, BACCIGALUPO; y entre nosotros MENDOZA TROCONIS, TULIO CHIOSSONE, ARTEAGA SÁNCHEZ y GRISANTI AVELEDO, entre otros, son unánimes en cuanto a señalar los anteriores elementos que configuran el dolo eventual.

Igualmente esta Sala de Casación Penal ha acogido el criterio de dolo eventual, en su decisión de fecha 21 de diciembre de 2000, con ponencia del Magistrado ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS, quien analiza en dicha ponencia los elementos configurativos del dolo eventual; llegando, sin embargo, a establecer un cálculo de pena bajo un criterio técnico acogido en esa decisión.

Hay que citar ya como parte de la doctrina nacional el anteproyecto del Código Penal, presentado por el Magistrado de ésta Sala Penal ALEJANDRO ANGULO FONTIVEROS, donde queda configurado el concepto de dolo eventual:

"Artículo 52. Dolo. El delito es doloso cuando la gente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización.

Habrá dolo eventual cuando la gente se representa como probable la consecuencia de su ejecutoria pero continúa procediendo igual"

Los ciudadanos HENRY PRADA GÓMEZ y REYES RAFAEL CUMACHE, como se evidencia en la sentencia de reenvío se representaron como posible y probable, la explosión que produjo las víctimas en esta causa y más aún, no pensaron en poderlo evitar con su buena suerte o su pericia, sino que adoptaron una conducta indiferente ante este hecho probable, importándole únicamente la ejecución del contrato que le estaba encomendado a la empresa AVENGOA DE VENEZUELA C.A., la cual representaban como ingenieros supervisores de la obra, y aún no deseando este resultado antijurídico el cual previeron como probable, continuaron ejecutándola, no obstante las advertencias que fueron hechas y que constan en autos, tal como lo establecieron las distintas instancias que conocieron de este juicio.

Cabe advertir que estos hechos no deben subsumirse en el ordinal 1° del artículo 408 del Código Penal, como lo solicitó la representación del Ministerio Pú-

blico, pues el delito de homicidio calificado por medio de incendio requiere el dolo directo al utilizar el incendio en forma directa para buscar el resultado previsto y querido para cometer dicho ilícito y tal circunstancia no está probada en autos.

En consecuencia, los ciudadanos imputados deben responder por la comisión del delito de homicidio intencional previsto en el artículo 407 del Código Penal a título de dolo eventual, pues esa es la calificación que corresponde a los hechos establecidos por la recurrida y así se declara."

Como ha podido apreciarse, antes de pronunciar la sentencia sometida a revisión, la Sala de Casación Penal había reconocido de forma inequívoca, pacífica y reiterada la posibilidad de condenar a una persona por homicidio doloso sobre la base del dolo eventual y, en fin, la existencia o cabida del dolo eventual en el orden jurídico. No obstante, en el fallo objeto de la presente decisión, la mencionada Sala no sólo obvió cualquier mención a ese criterio precedente y reiterado, sino que sostuvo uno totalmente contrario al mismo, al negar tal posibilidad y existencia en nuestra legislación (del homicidio doloso fundamentado en el dolo eventual), sin fundamentar el porqué de ese radical viraje hermenéutico, y, además, aplicando ese nuevo criterio al caso que originó la decisión objetada en revisión, es decir, a un suceso ocurrido bajo la vigencia de la interpretación jurisprudencial abandonada y, por ende, dándole eficacia retroactiva al nuevo razonamiento asumido, tal como lo afirmó el Ministerio Público en la solicitud que aquí se decide.

En tal sentido, esta Sala se ha pronunciado en múltiples oportunidades respecto a los principios jurídicos de confianza o expectativa legitima, seguridad jurídica, igualdad ante la ley, debido proceso y tutela judicial efectiva, así como también respecto de los correlativos derechos constitucionales a la seguridad jurídica, a ser tratado con igualdad ante la ley, a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. Así pues, en sentencia N° 956 del 1 de junio de 2001, caso: *Fran Valero González y otro*, esta Sala señaló lo siguiente:

"…omissis

La expectativa legítima es relevante para el proceso. Ella nace de los usos procesales a los cuales las partes se adaptan y tomándolos en cuenta, ejercitan sus derechos y amoldan a ellos su proceder, cuando se trata de usos que no contrarios a derecho.

Si un tribunal no despacha un día fijo de la semana, sorprendería a los litigantes si hace una clandestina excepción (ya que no lo avisó con anticipación) y da despacho el día cuando normalmente no lo hacía, trastocándole (sic) los lapsos a todos los litigantes.

Igualmente, si en el calendario del Tribunal aparece marcado con el signo de la inactividad judicial un día determinado, no puede el Tribunal dar despacho en dicha ocasión, sorprendiendo a los que se han guiado por tal calendario, ya que el cómputo de los lapsos, al resultar errado, perjudicaría a las partes en los procesos que cursan ante ese juzgado.

En ambos ejemplos, la expectativa legítima que crea

el uso judicial, incide sobre el ejercicio del derecho de defensa, ya que éste se minimiza o se pierde, cuando la buena fe de los usuarios del sistema judicial queda sorprendida por estas prácticas.

En consecuencia, si la interpretación pacífica en relación con la perención realizada por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia ha partido de la prevalencia de lo establecido por el Código de Procedimiento Civil, el cambio inesperado de tal doctrina, perjudica a los usuarios del sistema judicial, quienes de buena fe, creían que la inactividad del Tribunal por más de un año después de vista la causa, no produciría la perención de la instancia.

Omissis…" (Subrayado añadido).

En este orden de ideas, en sentencia N° 3057, del 14 de diciembre de 2004, caso: esta Sala señaló lo siguiente:

"*omissis*…

Para esta Sala la reiteración y la uniformidad constituyen exigencias cardinales para la determinación de la existencia de un criterio jurisprudencial; no obstante, las mismas no son absolutas ya que, algunas veces, la jurisprudencia es vacilante y no se consolida. Por otra parte, en algunos supuestos (excepcionales) podría ser suficiente una sola sentencia como por ejemplo, cuando se produce un cambio de criterio mediante un razonamiento expreso y categórico, o cuando se dilucida por vez primera un asunto o cuando la falta de frecuencia de casos análogos no permita la reiteración de la doctrina legal.

En anteriores oportunidades esta Sala ha hecho referencia a los criterios jurisprudenciales, sus cambios y la relación que existe entre los mismos y los principios de confianza legítima y seguridad jurídica en el ámbito jurisdiccional en los siguientes términos:

"En sentencia n° 956/2001 del 1° de junio, caso: *Fran Valero González y Milena Portillo Manosalva de Valero*, que aquí se reitera, esta Sala señaló:

'La expectativa legítima es relevante para el proceso. Ella nace de los usos procesales a los cuales las partes se adaptan y tomándolos en cuenta, ejercitan sus derechos y amoldan a ellos su proceder, cuando se trata de usos que no son contrarios a derecho'.

Con la anterior afirmación, la Sala le dio valor al principio de expectativa plausible, el cual sienta sus bases sobre la confianza que tienen los particulares en que los órganos jurisdiccionales actúen de la misma manera como lo ha venido haciendo, frente a circunstancias similares.

Así, es claro que en nuestro ordenamiento jurídico, con excepción de la doctrina de interpretación constitucional establecida por esta Sala, la jurisprudencia no es fuente directa del Derecho. Sin embargo, la motivación de los fallos proferidos por las Salas de Casación que trasciendan los límites particulares del caso *sub iúdice*, para ser generalizada mediante su aplicación uniforme y constante a casos similares, tiene una importancia relevante para las partes en litigio dada la función de corrección de la actividad jurisdiccional de los tribunales de instancia que ejercen

las Salas de Casación de este Alto Tribunal, cuando desacaten o difieran de su doctrina, la cual, de acuerdo con el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil y con el artículo 177 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo, deben procurar acoger para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia.

Por ello, la doctrina de casación, sin ser fuente formal del Derecho, en virtud de que sienta principios susceptibles de generalización, cuya desaplicación puede acarrear que la decisión proferida en contrario sea casada, se constituye en factor fundamental para resolver la *litis* y, en los casos en que dicha doctrina establezca algún tipo de regulación del proceso judicial, sus efectos se asimilan a los producidos por verdaderas normas generales.

De tal forma, que en la actividad jurisdiccional el principio de expectativa plausible, en cuanto a la aplicación de los precedentes en la conformación de reglas del proceso, obliga a la interdicción de la aplicación retroactiva de los virajes de la jurisprudencia. En tal sentido, el nuevo criterio no debe ser aplicado a situaciones que se originaron o que produjeron sus efectos en el pasado, sino a las situaciones que se originen tras su establecimiento, con la finalidad de preservar la seguridad jurídica y evitar una grave alteración del conjunto de situaciones, derechos y expectativas nacidas del régimen en vigor para el momento en que se produjeron los hechos.

No se trata de que los criterios jurisprudenciales pre-

viamente adoptados no sean revisados, ya que tal posibilidad constituye una exigencia ineludible de la propia función jurisdiccional, por cuanto ello forma parte de la libertad hermenéutica propia de la actividad de juzgamiento, sino que esa revisión no sea aplicada de manera indiscriminada, ni con efectos retroactivos, vale decir, que los requerimientos que nazcan del nuevo criterio, sean exigidos para los casos futuros y que se respeten, en consecuencia, las circunstancias fácticas e incluso de derecho, que existan para el momento en el cual se haya presentado el debate que se decida en el presente.

Conforme a lo expuesto, esta Sala ha reiterado en múltiples fallos (Vid. sentencia nº 3702/2003 del 19 de diciembre, caso: *Salvador de Jesús González Hernández,* entre otras), que la aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial, iría en contra de la seguridad jurídica que debe procurarse en todo Estado de Derecho". (Subrayado añadido)

Del fallo que antecede cuya doctrina aquí se ratifica se deduce que los cambios de criterios jurisprudenciales se producen cuando el Tribunal altera o modifica explícita o implícitamente la doctrina que había asentado con anterioridad; sin embargo, es preciso el señalamiento de que no todo abandono de un criterio anterior supone indefectiblemente un cambio de criterio jurisprudencial, ya que puede que el mismo sea aparente, fenómeno éste que "tiene su origen en la inercia de entresacar frases generales de las

sentencias sin preocuparse del caso debatido o de limitarse al fallo sin conocer las verdaderas circunstancias del caso" o "cuando se invocan sentencias anteriores como contrarias a la actual y las citas extraídas son obiter o bien la invocación es errónea porque la sentencia invocada o no tiene que ver con la cuestión debatida o dice lo mismo que la sentencia actual". (Cfr. Puig Brutau, J. Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo, Medio Siglo de Estudios jurídicos, Valencia, España 1997, p. 189).
Tampoco existe cambio de criterio jurisprudencial cuando la nueva doctrina se deriva de un cambio en la legislación o si el Tribunal se pronuncia, por primera vez, respecto del caso en litigio o este es diferente al que invoca la parte como jurisprudencia aplicable.
Asimismo, se desprende de la doctrina que fue transcrita, que la Sala Constitucional tiene potestad para la revisión del cambio de criterio jurisprudencial de las demás Salas de este Tribunal, en tanto y en cuanto dicho cambio vulnere derechos o principios jurídicos fundamentales, bien sea porque carezca de una motivación suficiente y razonable, es decir, aparezca como arbitrario o irreflexivo; o cuando la nueva interpretación de la Ley no sea válida para la resolución de una generalidad de casos, sino tan sólo del caso concreto, o cuando se le dé eficacia retroactiva, es decir a situaciones jurídicas o fácticas que surgieron con anterioridad al cambio pero cuyo litigio se

resuelve con base en dicha mutación de criterio jurisprudencial, máxime si la norma incorpora algún obstáculo o requisito procesal o sustantivo que no se exigía para el momento en que se produjo la relación jurídico material o que el mismo entrañe una limitación, desmejora o restricción significativa de un derecho o facultad o comporte una evidente situación de injusticia.

En el caso *sub examine*, advierte esta Sala que en la sentencia n° RC-00457/2004, la Sala de Casación Civil de este Tribunal Supremo de Justicia cambió el criterio jurisprudencial que había asentado en decisión n° 58 de 21 de marzo de 2000, caso: Hildegardis Mata de González y otros vs Pedro Rafael Palacios Barrios y Tucker EnergyServices de Venezuela S.A. respecto de la aplicación supletoria del artículo 223 del Código de Procedimiento Civil al emplazamiento por carteles que establecía el artículo 77 de la derogada Ley de Tránsito Terrestre de 1996, tal y como lo afirmó la solicitante, lo cual comprobó esta Sala por notoriedad judicial mediante la lectura de ambos fallos en el sitio web de este Tribunal, en el que, además, encontró que, con posterioridad al cambio de criterio en cuestión, se produjo una decisión en un caso análogo en la que se acogió esa nueva doctrina. (Vid. s.S.C.C. RC-00616/2004 de 15 de julio, caso: *Sebastiano Mangiafico Latina*).

Observa esta Sala que, en la sentencia cuya revisión se pretende, la Sala de Casación Civil no precisó el por qué abandonó o se apartó del criterio que impe-

raba para ese entonces, es decir, el por qué adoptó la nueva orientación, por lo que dicho cambio jurisprudencial careció de motivación.

Comprueba, además, esta Sala que en dicho veredicto se le dio eficacia retroactiva al cambio de criterio jurisprudencial por cuanto se aplicó para la resolución del caso que lo originó, lo cual vulneró los principios jurídicos fundamentales de seguridad jurídica y confianza legítima, así como el derecho constitucional a la igualdad de la recurrente en casación (aquí solicitante), quien tenía la expectativa plausible de que su asunto se decidiera de acuerdo con la jurisprudencia que imperaba, para ese entonces, en casos análogos.

Bajo tales premisas, concluye esta Sala que ha lugar a la revisión de dicho fallo el cual se apartó de la doctrina vinculante que sentó esta Sala en sentencias n°s 956/2001 del 1º de junio, caso: *Fran Valero González y Milena Portillo Manosalva de Valero;* 1032/2003 del 05 de mayo*, caso: Poliflex C.A.;* 3702/2003 del 19 de diciembre, caso: *Salvador de Jesús González Hernández* y 401/2004 del 19 de marzo, caso: *Servicios La Puerta S.A.*

Omissis…".

En sentencia 3180, dictada el 15 de diciembre de 2004, caso: *Tecnoagrícola Los Pinos Tecpica, C.A.*, la Sala estableció lo siguiente:

"Seguridad Jurídica se refiere a la cualidad del ordenamiento jurídico, que implica certeza de sus normas y consiguientemente la posibilidad de su aplicación. En ese sentido en Venezuela existe total seguridad jurídica

desde el momento que la normativa vigente es la que se ha publicado, después de cumplir con los diversos pasos para su formación, en los órganos de publicidad oficiales, por lo que surge una ficción de conocimiento para todos los habitantes del país, y aún los del exterior, de cuál es el ordenamiento jurídico vigente, el cual no puede ser derogado sino por otra ley, que a su vez, tiene que cumplir con los requisitos de validez en su formación, y con los de publicidad.

Pero, a juicio de esta Sala, este no es sino un aspecto de la seguridad jurídica, ya que el principio lo que persigue es la existencia de confianza por parte de la población del país en el ordenamiento jurídico y en su aplicación, por lo que el principio abarca el que los derechos adquiridos por las personas no se vulneren arbitrariamente cuando se cambian o modifican las leyes; y porque la interpretación de la ley se hace en forma estable y reiterativa, creando en las personas confianza legítima de cuál es la interpretación de las normas jurídicas a la cual se acogerán.

Estos otros dos contenidos generales de la seguridad jurídica (a los cuales como contenido particular se añade el de la cosa juzgada), se encuentran garantizados constitucionalmente así: el primero, por la irretroactividad de la ley sustantiva, lo que incluye aspectos de las leyes procesales que generan derechos a las partes dentro del proceso (artículo 24 constitucional); y el segundo, en la garantía de que la justicia se administrará en forma imparcial, idónea, transparente y responsable (artículo 26 constitucional), lo que

conduce a que la interpretación jurídica que hagan los Tribunales, en especial el Tribunal Supremo de Justicia, sea considerada idónea y responsable y no caprichosa, sujeta a los vaivenes de las diversas causas, lo que de ocurrir conduciría a un caos interpretativo, que afecta la transparencia y la imparcialidad.
Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la mayor responsabilidad en la interpretación normativa, ya que es la estabilización de la interpretación lo que genera en la población y en los litigantes, la confianza sobre cual sería el sentido que tiene la norma ante un determinado supuesto de hecho (a lo que se refiere la uniformidad de la jurisprudencia)".
En ese orden de ideas, en decisión N° 5082, del 15 de diciembre de 2005, caso: *Rafael José Flores Jiménez*, la Sala estableció lo que sigue:
"El simple cambio de una línea jurisprudencial no debe obedecer a caprichos irrazonables o a simples intereses particulares, sino debe atender a razones de mérito que justifiquen en un determinado momento el vuelco legal, mediante la elaboración por parte de la Sala protagonista o innovadora del cambio jurisprudencial de las justificaciones que incidieron en dicha variación, ya que si bien la sentencia constituye el acto por excelencia de los órganos jurisdiccionales mediante la cual se logra la resolución de una controversia suscitada entre dos partes, la misma cuando es emanada del Máximo Tribunal tiene por finalidad mitigada establecer una uniformidad jurisprudencial entre los Tribunales integrantes de la República.

Aunado a ello, debe atenderse al momento de realizar un cambio jurisprudencial al impacto social que pudiera tener dicha decisión dentro del orden social, más aun dentro de nuestra sociedad donde existe un colectivo necesitado de una justicia idónea y social que tienda a equilibrar las desigualdades imperantes entre los seres humanos.

Así pues, debe reafirmarse que si bien podríamos hablar dentro de nuestro ordenamiento jurídico del principio de continuidad jurisprudencial, atendiendo a los precedentes que pueda emitir esta Sala Constitucional, como una conducta críticamente evaluada, debe advertirse que mitificar su respeto irrestricto al cambio de criterios constituye una conducta igualmente reprochable, ya que ello conduciría a una petrificación a todas luces indeseable, de nuestras interpretaciones legales y constitucionales.

En consecuencia, ello debe hacerse –cambio de criterio jurisprudencial-, además de con la necesaria prudencia y equilibrio, siempre de manera explícita y razonada para no generar incertidumbre e inseguridad jurídica respecto del sentido y alcance de la interpretación constitucional que al Tribunal compete. Si los cambios u oscilaciones bruscos de orientación o sentencias "overruling", que quiebran abruptamente una línea jurisprudencial, son siempre peligrosos porque cuestionan la idea misma de la justicia (la igualdad en la aplicación de la Ley) lo son mucho más cuando de la jurisprudencia constitucional se trata, cuya legitimidad resulta menoscabada por los frecuentes cambios de doctrina." (Subrayado añadido).

En el mismo sentido de la decisión parcialmente transcrita, se encuentra la sentencia N° 578 del 30 de marzo de 2007, caso: *María Elizabeth Lizardo Gramcko De Jiménez*, en la cual estableció lo siguiente:

"La confianza legítima o expectativa plausible se encuentra estrechamente vinculada con el principio de seguridad jurídica, el cual refiere al carácter del ordenamiento jurídico que involucra certeza de sus normas y, consiguientemente, la posibilidad de su aplicación, toda vez que lo que tiende es a la existencia de confianza por parte de la población del país, en el ordenamiento jurídico y en su aplicación. De allí que comprenda:

1.- El que los derechos adquiridos por las personas no se vulneren arbitrariamente cuando se cambian o modifican las leyes.

2.- Que la interpretación de la ley se haga en forma estable y reiterativa, creando en las personas confianza legitima de cuál es la interpretación de las normas jurídicas a la cual se acogerán.

...omissis...

La uniformidad de la jurisprudencia es la base de la seguridad jurídica, como lo son los usos procesales o judiciales que practican los Tribunales y que crean expectativas entre los usuarios del sistema de justicia, de que las condiciones procesales sean siempre las mismas, sin que caprichosamente se estén modificando, sorprendiéndose así la buena fe de los usuarios del sistema."

En sentencia N° 464 del 28-03-08, esta Sala asentó lo siguiente:

"…omissis…
…el principio de seguridad jurídica, supone que los cambios en el sentido de la actuación del Poder Público, no se produzcan en forma irracional, brusca, intempestiva, sin preparar debidamente a los particulares sobre futuras transformaciones, pues ello, atentaría contra las expectativas de continuidad del régimen legal y de los criterios preexistentes.
En el orden de las ideas anteriores, García Morillo (**Derecho Constitucional** Vol. I. Valencia: Cuarta Edición. pág. 65) afirma, que la seguridad jurídica consiste en la "...regularidad o conformidad a Derecho y la previsibilidad de la actuación de los poderes públicos y, muy especialmente, de la interpretación y aplicación del Derecho por parte de las Administraciones públicas y los jueces y tribunales".
En criterio del referido autor, dicho principio, propugna la exclusión del comportamiento imprevisible generador de inseguridad jurídica, pues "...sólo en un ordenamiento en la que la seguridad jurídica sea un principio predominante pueden los ciudadanos defender adecuadamente sus intereses y derechos."
De la misma manera, Villar Palasí**Derecho Administrativo. España**: Universidad de Madrid 1968, 143) apunta, que la confianza legítima tiende "...en esencia a la necesaria protección por medio de los tribunales frente al acto arbitrario", es decir, plantea la noción de previsibilidad en el comportamiento y en la aplicación del derecho por los Poderes Públicos, lo cual supone proporcionar un margen de certeza en

la actuación del Estado.

Así, el principio in comento tiende a que los particulares, conozcan de antemano qué conducta puede suponer la modificación de su status jurídico. De allí, que el Magistrado Levis Ignacio Zerpa, (La Interpretación Judicial. **Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica**. Tribunal Supremo de Justicia. Serie Eventos N° 3. Caracas. 2004. pág. 324) certeramente sostenga, que "...hay sujetos cuya interpretación de alguna forma va a tener mayor trascendencia que otras. Es el caso del juez, dado que el derecho tiene una función predictiva, muy vinculada a la idea de seguridad jurídica, ya que se espera que las interpretaciones se conserven dentro de unas determinadas líneas; no con la idea de que no puedan cambiar, pero sí con la idea de que se pueden hacer ciertas predicciones razonables sobre las decisiones, las cuales constituyen verdaderos antídotos contra las interpretaciones extravagantes o las interpretaciones inesperadas; esas interpretaciones que nadie había visto y un buen día alguien con alguna genialidad, con esos destellos que pueden a veces llegarle a alguien, surja una interpretación que nadie esperaba." (Criterio ratificado, en sentencia N° 1232, del 26 de noviembre de 2010, entre otras)

Así pues, examinar la actuación de la Sala de Casación Penal en el fallo objeto de la presente revisión, a la luz de los precitados criterios jurisprudenciales, lleva a concluir que la misma violó varios principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitu-

ción de la República Bolivariana de Venezuela, tratados, pactos y convenios internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, como lo son los principios de confianza o expectativa legitima, seguridad jurídica, igualdad ante la ley, debido proceso y tutela judicial efectiva, así como también lesionó varios derechos constitucionales relacionados con esos principios, como lo son los derechos a la seguridad jurídica, a ser tratado con igualdad ante la ley, a la defensa, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, obviando tácitamente interpretaciones del Texto Constitucional contenidas en referidas sentencias dictadas por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado.

En efecto, al desplegar tal actuación, la mencionada Sala de este Máximo Tribunal de la República violó la expectativa plausible que radicaba en cabeza del Ministerio Público, de que, cuando menos, esa juzgadora no aplicase el nuevo criterio al caso que lo determinó, toda vez que hasta ese momento había sostenido una jurisprudencia totalmente contraria a la adoptada en esa oportunidad, la cual, además, era mantenida de forma unánime por ese Alto Órgano Jurisdiccional.

Sin lugar a dudas, esa actuación era imprevisible, circunstancia que impidió que el Ministerio Público actuara en razón de la misma, bien siguiéndola y fundamentando su actuación en otro u otros tipos penales, de ser el caso, o bien oponiéndose a la misma a través de los recursos y alegatos correspondientes, circunstancia que impidió que el solicitante de autos defen-

diera la posición que elegiría asumir frente a ese caso, incidiendo negativamente en los derechos a la defensa, a la seguridad jurídica, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

Asimismo, la delatada aplicación retroactiva del nuevo criterio adoptado por la Sala de Casación Penal quebrantó el principio de igualdad ante la Ley, toda vez que a un caso ocurrido bajo la vigencia del criterio contrario (desechado), le dio un tratamiento distinto al que había dado a otros tantos que también ocurrieron en ese tiempo (algunos de los cuales fueron intervenidos por sentencias propias de esa Sala, mediante las cuales se apartó de calificaciones más benignas, fundamentándose en el concepto del dolo eventual, en otras palabras, dictó sentencias condenatorias más gravosas que las proferidas por la instancia, bajo el sustento del dolo eventual), todo lo cual ocurrió sin plantear siquiera tal cambio de razonamiento, el porqué del mismo y el porqué de su aplicación contraria al principio *tempusregitactum*.

Sobre el principio de igualdad ante la Ley esta Sala ha sostenido reiteradamente lo siguiente:

"…omissis…

…el referido artículo [21 constitucional] establece que todas las personas son iguales ante la ley, lo que explica que no se permitan discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

Esta Sala ha sostenido con anterioridad que el principio de igualdad implica un trato igual para quienes se encuentren en situación de igualdad -igualdad como equiparación-, y un trato desigual para quienes se encuentren en situación de desigualdad -igualdad como diferenciación- (*vid.* sentencia n° 898/2002, del 13 de mayo). En este último supuesto, para lograr justificar el divergente tratamiento que se pretenda aplicar, el establecimiento de las diferencias debe ser llevado a cabo con base en motivos objetivos, razonables y congruentes.

De lo anterior se desprende que no resulta correcto conferirle un tratamiento desigual a supuestos fácticos que ostenten un contenido semejante y que posean un marco jurídico equiparable, pero debe aclararse que igualdad no constituye sinónimo de identidad, por lo que también sería violatorio del principio de igualdad darle un tratamiento igualitario a supuestos que sean distintos (*vid.* GUI MORI, Tomás. *JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ÍNTEGRA 1981-2001*. Tomo I. Editorial *Bosch*. Barcelona, 2002, p. 332). Lo que podría resumirse en dos conclusiones: "No asimilar a los distintos, y no establecer diferencias entre los iguales".

De igual forma, esta Sala ha reconocido en varios fallos, que el respeto al principio o derecho subjetivo a la igualdad y a la no discriminación es una obligación de los entes incardinados en todas las ramas que conforman el Poder Público, de tratar de igual forma a quienes se encuentren en análogas o similares situaciones de hecho y que todos los ciudadanos

gocen del derecho a ser tratados por la ley de forma igualitaria. (*vid.* sentencias 536/2000, del 8 de junio*;* 1.197/2000, del 17 de octubre; y 1.648/2005, del 13 de julio).

Tomando en consideración esta última afirmación, debe señalarse que dos de las modalidades más básicas de este principio son, en primer lugar, el principio de igualdad ante la ley *strictu sensu,* también denominado principio de igualdad en la ley o igualdad normativa, el cual constituye una interdicción a todas aquellas discriminaciones que tengan su origen directo en las normas jurídicas, de lo cual se colige que dicho postulado se encuentra dirigido a los autores de las normas, es decir, al órgano legislativo; y en segundo término, el principio de igualdad en la aplicación de la ley o igualdad judicial, el cual constituye la piedra de tranca a toda discriminación que se pretenda materializar en la aplicación de las normas jurídicas por parte de los tribunales de la República, siendo que este segundo principio se encuentra destinado a los órganos encargados de la aplicación de la Ley (*vid.* GUI MORI. Ob. Cit., p. 331).

A mayor abundamiento, y con especial referencia al principio de igualdad normativa, resulta necesario señalar que el mismo constituye un mecanismo de defensa en manos del ciudadano frente a las posibles discriminaciones que pudiera sufrir por obra del Poder Legislativo, e implica la prohibición de que en los principales actos de esta rama del poder público -a saber, en las leyes- se establezcan discriminaciones. Siendo

así, el órgano legislativo se encuentra en la obligación de respetar el principio de igualdad, toda vez que su incumplimiento es susceptible de conllevar a la movilización del aparataje de la justicia constitucional, a los fines de que sea emitido un pronunciamiento que apunte a catalogar como inconstitucional la ley correspondiente, sea en el caso concreto a través de la aplicación del control difuso de la constitucionalidad, o de forma abstracta mediante la motorización del control concentrado de la constitucionalidad…
Omissis…" (Vid. sentencia N° 266, del 17 de febrero de 2006, caso: José Joel Gómez Cordero").
Así pues, esta Sala observa que al declarar la inexistencia del tipo de homicidio intencional a título de dolo eventual y, en consecuencia, sustituirle al acusado de autos la condenatoria por homicidio doloso por la de homicidio culposo, mientras que hasta ese momento la referida Sala había dictado incluso decisiones propias –condenatorias- sobre la base del dolo eventual, como ha podido apreciarse, quebranta el principio constitucional de igualdad ante la ley, previsto en el artículo 21 del Texto Fundamental, así como también la tutela judicial efectiva contemplada en el artículo 26 *eiusdem*.
Ahora bien, en lo que respecta a lo sostenido en el fallo objeto de la presente solicitud revisión, según el cual el tipo penal de homicidio intencional a título de dolo eventual no está descrito como delito en nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, condenar a alguien por homicidio intencional sobre la base del

dolo eventual implicaría una aplicación analógica de la ley y, por tanto, contrariaría al principio de legalidad penal, reconocido expresamente en el artículo 49.6 Constitucional, esta Sala inexorablemente debe formular algunas consideraciones, por cuanto estima que la Sala de Casación Penal realizó un errado control de la Constitucionalidad en el presente asunto, al examinar la calificación jurídica que sustentó la sentencia condenatoria que dio lugar a la decisión *sub examine* a la luz de la señalada norma constitucional y, en fin, al aplicar indebidamente la referida disposición principista, además de obviar tácitamente interpretaciones del Texto Fundamental contenidas en sentencias dictadas por esta Sala con anterioridad al fallo sometido a valoración de esta Máxima Garante Judicial de la Constitución, como lo son las referidas a los principios constitucionales de legalidad y culpabilidad (concretamente, de responsabilidad por dolo o culpa exclusivamente).

En sentencia N° 489 del 12 de marzo de 2003, caso: José Antonio Padilla, la Sala expresó que:

"Así las cosas, es falsa la afirmación de la apoderada judicial del actor porque existe independencia entre el juzgamiento que debe efectuar el juez civil respecto del que debe efectuar el juez penal, ya que en el primer caso lo que debe apreciarse es si existe o no responsabilidad (culpa *in vigilando*) del dueño o de quien tiene bajo su cuidado al animal por los daños causados, mientras que en el segundo caso lo que debe examinarse es si existe o no culpabilidad

(dolo o culpa) y responsabilidad en quien es señalado como autor de la transgresión del bien jurídico tutelado (vida, integridad física o moral, propiedad, etc.), siendo dicha independencia la que rompe con el alegato de tratamiento desigual y de arbitrariedad de la decisión, y que hace improcedente, conforme al criterio establecido por esta Sala en su decisión n° 898/2002, del 13 de mayo, *caso: Universidad Central de Venezuela*, la denuncia de infracción de los principios a la trasparencia y a la igualdad de las partes en el proceso, y a obtener una decisión fundada en derecho, contenidos en los artículos 21, 26 y 257 de la Constitución. Así se declara."

Como puede apreciarse, en el preciado fallo esta Sala asoció los términos dolo y culpa a la noción de culpabilidad (lo cual no le resta la cardinal importancia que tienen esos elementos subjetivos en los ámbitos de la tipicidad y de la antijuridicidad).

En el acto decisorio N° 1744 del 9 de agosto de 2007, caso: *Germán José Mundaraín*, expresó:

"En segundo lugar, dicho artículo condiciona la aplicación de las referidas sanciones (nulas actualmente), a la cualidad de "vago" o "maleante" que tenga el sujeto pasivo de aquéllas. Sobre este particular, esta Sala advierte que tales connotaciones son propias del denominado "Derecho Penal del autor", en virtud del cual se castigan a las personas por su forma de ser o por su personalidad, y no por los hechos que realizan, modelo este que se contrapone al moderno "Derecho penal del hecho".

Ahora bien, al posibilitar el legislador estadal la aplicación de la normativa de la Ley sobre Vagos y Maleantes mediante la norma contenida en el artículo 52 del Código de Policía del Estado Lara (siendo que aquélla establece sanciones privativas de libertad), claramente ha reflejado esta reprochable -y anacrónica- tendencia del "Derecho Penal del autor" en el texto de una norma sancionadora de naturaleza administrativa, todo lo cual resulta abiertamente contrario al **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD** (*nullum crimen sine culpa*),que es aplicable tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo Sancionador, y el cual exige que a la persona pasible de sanción se le pueda reprochar personalmente la realización del injusto, es decir, que su conducta pueda considerarse como la consecuencia del ejercicio normal de su autonomía personal. En el caso *sub lite*, el mencionado principio se ve afectado en una de sus específicas manifestaciones, a saber, en el **PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO**, en virtud del cual sólo se puede responder por hechos y no por caracteres personales o por formas de ser supuestamente peligrosas para los intereses que se pretende proteger. En efecto, el Tribunal Constitucional español en STC 150/1991, de 4 de julio, señaló que *"…no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos…".*

En este mismo sentido, FERRAJOLI, al analizar el principio de culpabilidad, enseña que:

"… es oportuno precisar, aunque sea sumariamente, el significado jurídico del concepto de *culpabilidad*, tal como ha sido elaborado por la moderna dogmática penal. Sin adentrarnos en la discusión de las innumerables opiniones y construcciones sobre la materia, me parece que esta noción –que corresponde a la alemana de *Schuld* y a la anglosajona de *mens rea*- puede descomponerse en tres elementos, que constituyen otras tantas condiciones subjetivas de responsabilidad en el modelo penal garantista: a) **la personalidad o suidad de la acción, que designa la susceptibilidad de adscripción material del delito a la persona de su autor, esto es, la relación de causalidad que vincula recíprocamente decisión del reo, acción y resultado del delito**; b) la *imputabilidad* o *capacidad penal*, que designa una condición psico-física del reo, consistente en su capacidad, en abstracto, de entender y querer; c) la *intencionalidad* o *culpabilidad en sentido estricto*, que designa la consciencia y voluntad del concreto delito y que, a su vez, puede asumir la forma de *dolo* o de *culpa*, según la intención vaya referida a la acción o resultado o sólo a la acción y no al resultado, no querido ni previsto aunque sí previsible..." (resaltado del presente fallo) (*Cfr.* FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial *Trotta*. Tercera edición. Madrid, 1998, p. 490).

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela recoge en su texto sin duda alguna el **PRINCIPIO DE CULPABILIDAD**, pero no se trata de una recepción expresa, sino inferida de otros valores,

principios y derechos. Para ello, hay que atender fundamentalmente al carácter democrático del modelo de Estado venezolano delineado en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyos fundamentos filosóficos radican en la dignidad del ser humano, la igualdad real de los hombres y la facultad de éstos de participar en la vida social. El sustrato de dicho principio también puede deducirse del contenido de artículo 21 en sus numerales 1 y 2, del artículo 44.3, del artículo 46 en sus numerales 1 y 2, y del artículo 49.2 del Texto Constitucional. De igual forma, cabe señalar que el principio de culpabilidad se encuentra consustancialmente vinculado con el principio de legalidad, el cual también se desprende del modelo de Estado delineado en la mencionada norma constitucional."

Así pues, la Sala reconoció en esa decisión el rango constitucional del principio de culpabilidad, el cual abarca, entre otros, el principio de responsabilidad por dolo o culpa exclusivamente, así como también su estrecha vinculación con el principio de legalidad.

Por su parte, esta Sala, al igual que la Sala de Casación Penal, han reconocido en gran cantidad de decisiones al dolo como elemento principal de la responsabilidad penal, conforme a lo previsto no sólo en el principio de culpabilidad, si no también en el artículo 61 del Código Penal, así como también en la configuración de la gran mayoría de los tipos penales en particular, los cuales reflejan la idea de la subsidiariedad en materia penal, al estar limitada a

controlar las conductas más lesivas para los intereses jurídicos, principalmente representadas, de ordinario, en los tipos dolosos previstos en la legislación, los cuales conforman la mayoría típica en prácticamente la totalidad de los ordenamientos penales del mundo, incluyendo el nuestro.

Por su parte, en lo que respecta específicamente al dolo eventual, como manifestación de la conductas dolosas con relevancia penal, en sentencia N° 811 del 11 de mayo de 2005 (*vid. supra*), esta Sala revisó una sentencia de la Sala de Casación Penal, en la que esta última se fundamentó en la noción del dolo eventual para condenar a unos ciudadanos, pero es importante advertir que en esa oportunidad esta Sala no refutó el aspecto sustantivo referido a la calificación jurídica impuesta, sino solamente aspectos de estricto orden procedimental, de lo cual puede inferirse que si esta Sala hubiese estimado que esa calificación jurídica contrariaba el principio constitucional de legalidad penal, factiblemente se habría pronunciado en ese sentido, por razón del imperio del orden público constitucional.

Como ha podido apreciarse hasta aquí, antes de dictar la decisión objeto de la presente revisión, la propia Sala de Casación Penal empleaba, generalmente de forma unánime, esa figura en el ámbito de sus decisiones, incluso para dictar sentencias condenatorias más gravosas que las impuestas por la instancia, basándose en la apreciación del dolo eventual en el ámbito de tipos dolosos, e incluso, asociándola a la

norma prevista en el artículo 61 del Código Penal, que reconoce el dolo como la regla general en el ámbito de los tipos penales y, como excepciones a esa regla, otros elementos conformadores de la responsabilidad penal, cuando ellos consten expresamente en la propia configuración típica.

En ese orden de ideas, la generalidad de la doctrina penal en Venezuela también ha reconocido que el dolo eventual es una de las formas que asume el dolo, elemento subjetivo fundamental de la responsabilidad penal en lo que respecta a los tipos dolosos.

Así, por ejemplo, entre otros tantos, según Mendoza Troconis: "*cuando entre la intención y el resultado interviene una duda, una incertidumbre, entonces existe dolo eventual. (…) La diferencia entre doluseventualis y culpa con previsión es señalada por Jiménez de Asúa, de este modo: 'En la culpa típica lo que hay es posibilidad de la representación del resultado y en el dolo eventual, representación de la posibilidad del resultado; pero también en la llamada culpa con previsión se representa el agente como posible el evento. La sola diferencia está en que no lo ratifica, como en el doluseventualis, y por el contrario, si estuviere seguro el autor de la producción del resultado, no proseguiría su conducta. En la culpa llamada con previsión, el sujeto espera de su habilidad, o de su fortuna, que el resultado no sobrevenga*" (Mendoza, José. *Curso de Derecho Penal Venezolano: Parte General.* Tomo II, 5ta ed., Caracas, 1965, p. 207 ss.).

Por su parte, también es prácticamente lugar común el reconocimiento del dolo eventual en la doctrina penal foránea, parte de la cual lo ha identificado o

lo ha asociado, entre otros, a los términos "dolo indirecto", "dolo condicionado" y "dolo indeterminado", en oposición al "dolo directo", al "dolo incondicionado" y al denominado "dolo determinado".

Así, la doctrina penal italiana, cuya vinculación con nuestro Código Penal vigente es ordinariamente reconocida, toda vez que el mismo aun está inspirado en gran medida en el Código Penal italiano de 1889 (vid. sentencia N° 2010 del 26 de octubre de 2007, caso: *Luis Ignacio Diego Lasso*), también ha aceptado desde sus orígenes la noción del dolo eventual e, incluso, la mayoría de los autores han resaltado la trascendencia del mismo en el ámbito del Sistema Penal, por cuanto representa la categoría del dolo que lo delimita del otro gran elemento subjetivo base de la responsabilidad penal: la culpa o imprudencia –*lato sensu*-, concretamente, la imprudencia consciente, con representación o previsión, es decir, es la forma límite del dolo, de allí que prácticamente sea la más debatida en el ámbito de la Ciencia del Derecho Penal y de la Jurisprudencia.

Al respecto, un sector de la doctrina afirma lo siguiente:

"Dolo directo e indirecto, determinado e indeterminado, cierto y eventual.- Se trata de distinciones sutiles, a menudo sofísticas, introducidas por la doctrina en la noción del dolo, sin hacer más que embrollarla. Su poca solidez revela, para no decir otra cosa, la gran confusión que reina en la terminología. Solo una categoría puede decirse que no es ni inútil ni es-

torbosa: la del dolo llamado eventual, cuya función es señalar los límites entre el dolo y la culpa consciente. (…) El dolo eventual (eventuellevorsatz), por lo tanto, consiste en prever un resultado como posible y a pesar de ello obrar para realizarlo, sin hacer nada para impedir que se verifique, por lo cual propiamente se opone al dolo directo en que el resultado se prevé como cierto (dolo cierto). (…) Querer 'eventualmente' y 'condicionadamente' significa siempre querer, ya que el querer existe o no existe, y no puede faltar solo por asumir en ciertos casos formas menos intensas (…) Por esto el dolo eventual es dolo sic et simpliciter (simplemente así) aunque esté en los limites de la culpa" (Maggiore, Giuseppe. *Derecho Penal*. Vol. I, Temis, Bogotá, 1989, 585 ss.).

El dolo eventual "existe cuando se quiere un efecto y subsidiariamente otro (Tizio dispara sobre Caio para herirlo sin que lo entretenga la idea de la posibilidad de matarlo)" (Manzini, Vincenzo. *Trattato di Diritto-Penale Italiano*. Torino, Unione Tipográfico-Editrice-Torinense, Torino, 1933, p. 625). Subrayado añadido.

"Hay dolo eventual cuando el sujeto con todo y querer el resultado que se propone conseguir, se representa como posible la realización del otro resultado, cuyo riesgo acepta. Por ejemplo, Pedro al querer disparar para herir a Juan, prevé como posible herir a Digo, que está cerca a él, y sin embargo, corriendo el riesgo de su conducta, dispara y hiere a Diego (Rainieri, Silvio. *Manual de Derecho Penal*. Tomo I, rad. Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1975, pp. 393-394). Subrayado añadido.

El dolo eventual se presenta "cuando la voluntad no se dirige directamente sobre el evento (hecho), si no que el agente lo acepta como consecuencia eventual "accesoria" de la propia conducta" (Mantovani, Ferrando. *DirittoPenale: Parte Generale*. Secondaedizione, DEDAM, Padova, 1988, p. 306). Subrayado añadido.

En lo que respecta a la doctrina foránea en general, también se encuentran otras referencias al dolo eventual, casi tantas como doctrinarios existen en materia penal. Así, según algunos autores,

"Querido es lo que el autor toma a su cargo con su intención. Este es el dolo condicionado o '*doluseventualis'* del autor. Con otras palabras: es querida dolosamente la parte del hecho pensada como posible y, muy especialmente, el resultado pensado como tal, en tanto que el autor lo ha tomado a su cargo con su acción" (Mezger, Edmud. *Derecho Penal: Parte General*. Trad. De 6ta ed. alemana -1955- Conrado Finzi y Ricardo Núñez, editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 230). Subrayado añadido.

"El dolo eventual no basta para abarcar todos los casos en que, por necesarias razones de política criminal, debe admitirse que hay dolo (y en las cuales, conforme a las concepciones de la doctrina dominante se afirma, desde la perspectiva dogmática, que hay dolo). Son muy frecuentes los casos en los cuales el autor, sin desear ni tener por necesario el resultado, está, no obstante, decidido a obtener el objetivo extratípico por el perseguido; para lo cual tiene conscientemente en cuenta determinada probabilidad

de concreción del resultado típico o, en todo caso, consiente en su realización, o se conforma con ella; o bien, por último, consiente en la no deseada o, al menos, indiferente concreción del resultado, porque la inserción del riesgo es la *conditio sine qua non* de su actuar, al que no quiere renunciar. Tales disquisiciones, desordenadamente mencionadas, tomadas en parte del saber y en parte del querer del autor, designan los límites más externos imaginables, que ahora cabe precisar exactamente, de lo que se conoce por dolo eventual (*doluseventualis*) / El dolo eventual, en consecuencia, se caracteriza porque la ejecución de la acción peligrosa es para el autor preferible a la íntegra renuncia a la acción, a pesar de la posibilidad de la concreción del resultado" (Maurach, Reinhart. *Derecho Penal: Parte General*. Trad. de la 7ma ed. alemana Jorge Bofill y Enrique Aimone, Astrea, Buenos Aires, 1994, pp. 386 ss.) Subrayado añadido.

"*El dolo exige conocimiento de la concreta capacidad de la conducta para producir el resultado típico fuera del marco del riesgo permitido. Esta peligrosidad concreta y típicamente relevante es la base objetiva a que debe referirse la representación intelectual necesaria para el dolo. Pero no se trata tanto de cuantificar un determinado grado de probabilidad que deba advertir –como pretende la teoría de la probabilidad-, cuanto de preguntar si el sujeto que advierte la posibilidad del delito cree que en su caso puede realizarse dicha posibilidad o, por el contrario, lo descarta. No importa la sola conciencia de la probabilidad estadística, sino el pronóstico concreto de lo que puede ocurrir en el caso particular… / Es correcto exigir*

para el dolo eventual que pueda hablarse de un verdadero 'querer' como 'aceptar'. También es acertado señalar que para ese aceptar basta el 'conformarse con', que no requiere tanto como desear, perseguir, aprobar o consentir con agrado. Pero dicha forma de querer concurre necesariamente siempre que se impulsa o mantiene voluntariamente (o, si se prefiere, siempre que se decide llevar adelante) la conducta que advierte como suficientemente peligrosa en el caso concreto. Quien 'toma en serio' la probabilidad del delito, en el sentido de que no la descarta, ha de aceptar necesariamente dicha probabilidad si decide realizar la conducta peligrosa… / Cuando el sujeto no descarta que su conducta puede lesionar un bien jurídico-penal ni cree posible 'confiar en' que no vaya a ser así y, pese a tal conciencia de su virtualidad concretamente lesiva, lleva adelante su acción, realiza dolosamente la conducta peligrosa, única cosa que puede prohibir la norma de determinación… concurre dolo eventual. La dogmática tradicional, centrada en la causación del resultado, tropezará, en cambio, con la dificultad de que querer –aceptar- la acción reconocida como concretamente peligrosa no implica forzosamente querer el resultado que pueda producir. Ello confirmaría que basta para el dolo querer la conducta prohibida, sin que sea preciso aceptar, además, el resultado. Piénsese en quien, pese a considerar muy probable el resultado y no creer posible confiar en que no se produzca, actúa en la esperanza de que no tenga lugar y hace votos por que no sea así. Este sujeto acepta el riesgo y no lo detiene la posibilidad de que se produzca el resultado, pero desea fervientemente que no tenga lugar: sin duda debe afirmarse la presencia del dolo eventual y, sin embargo, es difícil decir que se 'quiere' el resultado. Ejemplo: El terrorista que cumpliendo órdenes se aviene a co-

*locar una bomba en un local en el que sabe que es muy posible que se encuentre un amigo suyo, lo hace con plena conciencia de que éste morirá si efectivamente se halla presente en el lugar de la explosión, pero desea con todas sus fuerzas que no sea así. Si supiera seguro que su amigo morirá, no pondría la bomba, pero ante la posibilidad de que no sea así acepta correr el riesgo esperando que no se realice, aun sabiendo que puede fácilmente no ser así. No cabe duda de que concurrirá dolo eventual si la muerte tiene lugar y, no obstante, será difícil afirmar que el terrorista 'quería' el resultado" (*Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal: Parte General.* 4ed., Reppertor, Barcelona, 1996, pp. 248 ss.*)*. Subrayado añadido.

"en el dolo eventual (también llamado indirecto o condicionado) el agente se representa la posibilidad de producción del resultado, pero encubre su voluntad realizadora acudiendo a una infundada esperanza de que no se produzca. La voluntad realizadora existe en la psiquis del agente, pero éste apela al recurso de no saber lo que sabe mediante una esperanza infundada, de modo que la representación de esta posibilidad no le hace desistir del plan (…) Se encubre psicológicamente la voluntad de realización cuando no se tiene ninguna razón fundada para creer que se podrá evitar el resultado: inversamente, media un rechazo serio de esa posibilidad y, por ende, no existe voluntad realizadora cuando el agente tiene razones fundadas para creer que evitará la producción del resultado" (Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Estructura Básica del Derecho Penal.* Ediar, Buenos Aires, 2009, pp. 110 ss.). Subrayado añadido.

"*no se trata de una voluntad condicionada de acción (…), sino de que el autor se da cuenta de que una consecuencia secundaria sólo se realizará eventualmente (también: dolus eventuales) incluso si acaecen todas las consecuencias principales de un actuar querido incondicionadamente. La decisión acerca de lo que en tal situación es aún dolo y lo que es ya imprudencia debe adoptarse en consideración al fin de la separación entre dolo e imprudencia, es decir, en consideración a la distinción entre la causación del resultado más fácilmente evitable y aquella otra evitable con más dificultad.* / Concurrirá, pues, dolo eventual, cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción (…) El mero 'pensar en' u 'ocurrirse', sin cualidad de juicio, puede denominarse, si se quiere, imprudencia consciente; sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la consciencia en este tipo de imprudencia ya en su contenido no se corresponde con el conocimiento de las consecuencias propio del dolo. Ejemplos: Quien para ganar una apuesta intenta acertar de un disparo a la bola de cristal que una persona sostiene en la mano, actúa con dolo eventual de lesiones si se da cuenta de que la 'aventura' pueda acabar en la lesión de una persona (…) Quien sabe que en determinada clase de contactos sexuales puede contagiar a su pareja una enfermedad, actúa con dolo de lesiones si efectúa tales contactos, y si además sabe que su pareja puede morir de la infección tiene además dolo de homicidio. Una karateka que le propina a un niño pequeño un golpe de kárate en la cabeza –siempre que especiales circunstancias no

impidan la consecuencia que se impone- tiene dolo de homicidio. Si el atractivo de un juego reside en el riesgo de realización del tipo ('ruleta rusa'), por lo general los jugadores tienen dolo" (Jakobs, Günther. *Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. J. Cuello y J. Serrano, 2da. Ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 325 ss.). Subrayado añadido.

"Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente –aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo- en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. Esta 'decisión por la posible lesión de bienes jurídicos' es la que diferencia al dolo eventual en contenido de desvalor de la imprudencia consciente y la que justifica su más severa punición.

Hay que afirmar el dolo eventual cuando sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así –sea de buena o de mala gana- a la eventual realización del delio, se conforma con ella. En cambio, actúa con imprudencia consciente quien advierte la posibilidad de producción el resultado, pero no se la toma en serio y en consecuencia tampoco se resigna a ella en caso necesario, sino que negligentemente confía en la no realización del tipo. Al respecto debe distinguirse la 'confianza' y una mera 'esperanza'. Quien confía –a menudo por una sobrevaloración de la propia capa-

cidad de dominar la situación- en un desenlace airoso no toma seriamente en cuenta el resultado delictivo y por tanto no actúa dolosamente. Sin embargo, quien toma en serio la posibilidad de un resultado delictivo y no confía en que todo saldrá bien puede en cualquier caso seguir teniendo la esperanza de que la suerte esté de su lado y no pase nada. Esta esperanza no excluye el dolo cuando simultáneamente el sujeto 'deja que las cosas sigan su curso' (Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General.* Tomo I. Trad. de la 2da ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón y otros, Civitas, Madrid, 1997, pp. 425 ss.).

Sobre el concepto de dolo, en general, Ragués señala que "existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal" (Ragués I Vallés, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal.* J. M. Bosch editor, Barcelona, 1999, p. 521)

Esas menciones doctrinales son meramente ejemplificativas y, lejos de ello, no excluyen de esta apreciación jurídica otras tantas que integran la doctrina penal, ni aspiran abrazar, al menos de forma absoluta, tal o cual línea de pensamiento en esta materia, sino que sólo persiguen evidenciar el reconocimiento que efectúan doctrinarios de la categoría del dolo eventual y, sobre todo, resaltar su trascendental importancia para garantizar la interpretación y aplicación justa

de la ley en cuanto a determinar si se ha obrado de forma dolosa o no, si ha habido imprudencia o no y, de ser el caso, si se ha cometido un delito o no; en fin, para garantizar el respeto a principios y derechos fundamentales entre los que destacan los principios de legalidad y de culpabilidad, y, por otra parte, los derechos al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, a la par de los valores de la justicia, libertad, la responsabilidad social, la preeminencia de los derechos humanos y la ética (vid. artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Prácticamente es lugar común en la doctrina penal estimar que el dolo eventual es una clase, tipo o distinción del dolo; en otras palabras, que es una de las formas que el dolo asume en la realidad reconocida por el Derecho y que, por tanto, en definitiva, es dolo.

Como se sabe, el principio de culpabilidad, concretamente, el principio de dolo o culpa (manifestación de aquel), excluye la responsabilidad objetiva, de allí que el fundamento de la responsabilidad penal repose en la responsabilidad subjetiva por haber desplegado la conducta objetiva descrita en el tipo legal, ya sea de forma dolosa o culposa.

Esa responsabilidad subjetiva se fundamenta en el dolo típico, principal elemento subjetivo, y en la imprudencia típica, elemento generalmente excepcional, que informa la dimensión objetiva del obrar objetivo descrito en algunos tipos particulares (vid. artículo 61 del Código Penal).

El dolo describe un proceso intelectual sustentado en el reconocimiento o deber de reconocimiento de las consecuencias de las acciones u omisiones. En general, el dolo implica, desde cierta perspectiva, conocer y querer ("consciencia" y "voluntad") o simplemente conocer (dependiendo de la posición doctrinal que se asuma al respecto) las circunstancias descritas en la parte objetiva del tipo, en cambio la culpa o imprudencia, por el contrario, se traduce en infringir el deber de cuidado que debe informar la conducta, con la consiguiente la causación, producción o no evitación del resultado típico (lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado), producto de aquella infracción de la norma de prudencia.

En razón de ello, al menos hasta que el legislador no establezca ninguna regulación particular, los comportamientos dolosos penalmente responsables y punibles implicarán la pena respectiva asociada a ese comportamiento doloso en el marco de la norma penal completa, en cambio las acciones u omisiones culposas tipificadas como delito serán asociadas a la pena vinculada a ese tipo culposo, en caso de ser punible la conducta, sin ser legitimo extraer una pena derivada de cualquier pretendida fusión de penas correspondientes a un delito doloso, por una parte y, por otra, a un delito culposo, para crear una tercera pena pues, en ese caso, el juez que lo haga estaría violando el principio de legalidad, concretamente, la garantía penal del mismo (*nullum pena sine* **lege**) [Art. 49.9 Constitucional], el principio de irretroactividad

de la ley penal (en caso de pretender aplicarla al caso que se juzga) [Art. 24 Constitucional] y el principio de reserva legal en materia penal (156.32 *eiusdem*), al arrogarse funciones inherentes al legislador.

De ello se desprende que dolo y culpa son conceptos sustancialmente distintos e, inclusive, contrarios entre sí. O bien se actúa de forma dolosa o bien de manera imprudente, o quiere o acepta cometer el hecho o no quiere o no acepta cometerlo (aunque finalmente ocurre por infringir la norma de cuidado), pero nunca de forma "dolosamente imprudente" o viceversa. Por ejemplo, nadie puede provocarle la muerte a otra persona de forma dolosa y exactamente a la vez de forma culposa: o tenía la intención de matarlo o no la tenía, o tenía tal intención o lo mató por imprudencia, pero no está tipificado en la legislación el "homicidio doloso-culposo" (otro asunto distinto representan los tipos preterintencionales y los calificados por el resultado, pero el abordaje de los mismo excede el ámbito del presente acto decisorio).

En razón de ello, siendo que en definitiva el dolo eventual es dolo, es un contrasentido evidente y contrario a los principios de primacía de la realidad y de racionalidad señalar que, por ejemplo, el dolo eventual es una "*mixtura de dolo y culpa*", o un "*dolo informado de culpa*", pues ello es tanto como decir, que en el homicidio doloso sustentado en el dolo eventual el sujeto conocía y quería matar y, en tal sentido mató, pero que también ese mismo comportamiento fue paralelamente imprudente por no haber querido el agente provocar

la muerte sino por haberlo hecho por infringir el deber de prudencia; lo cual daría lugar a pretender sustentar la responsabilidad subjetiva por ese mismo hecho en el dolo y en la culpa a la vez, no sólo apartándose del ordenamiento jurídico y violando derechos fundamentales asociados a las nociones de legalidad, debido proceso, seguridad jurídica, *nom bis in idem* y tutela judicial efectiva, sino alejándose de forma irremediable de la propia realidad y de la lógica jurídica.

Siendo que el dolo eventual es dolo, el mismo implica conocer y querer realizar la conducta típica objetiva o, desde otra perspectiva, conocer (y aceptar) que se está realizando la acción –*lato sensu*- típica y seguir actuando a pesar de ello (conformarse con el resultado típico o siéndole indiferente su producción); a diferencia de la culpa, que excluye ese concepto y que, por el contrario, sencillamente involucra lesionar o poner en peligro el interés penalmente tutelado de forma imprudente, es decir, sin conocer -de antemano- que con ese obrar se realizaría el comportamiento típico o, desde otra perspectiva, sin conocer, querer, aceptar, incluir en su plan o asumir tal circunstancia, pues su intención carece de relevancia penal (p. ej. llegar a la residencia, encender una fogata o limpiar el arma de fuego), mas no así las consecuencias de su actuar culposo (p. ej. lesiones, incendio o muerte).

Son varias las clasificaciones doctrinales del dolo (se califican de doctrinales pues la Ley generalmente no las discrimina sino que se reconocen de suyo en el propio concepto del dolo o, en nuestro caso, en el

concepto de "intención" –artículo 61 del Código Penal-), pero a los efectos del presente asunto interesa distinguir entre el dolo directo (directo de primer grado o intención –*stricto sensu*-), el dolo indirecto (directo de segundo grado o de consecuencia necesarias) y el dolo eventual (dolo condicionado o de consecuencias eventuales). Clases de dolo que también pudieran denominarse (y así se hará en lo que resta de esta decisión, a los efectos de facilitar la comprensión de esas categorías doctrinales), respectivamente, dolo de primer, segundo y tercer grado.

Es decir que, ante la multiplicidad de denominaciones que se plantean en la doctrina y la jurisprudencia para designar cada una de las clases del dolo, y frente a la posibilidad de existir confusiones en esta materia que afecten la seguridad jurídica, el acceso a la justicia y otros derechos constitucionales, esta Sala empleará en la presente decisión las denominaciones **dolo de primer grado** para hacer referencia al comúnmente denominado dolo directo, directo de primer grado o intención *stricto sensu*, **dolo de segundo grado** para designar el dolo indirecto, directo de segundo grado o de consecuencias necesarias, y **dolo de tercer grado** para significar el dolo eventual, dolo condicionado o de consecuencias eventuales (que alguno, inclusive, también denominan dolo indirecto, término que otros emplean para señalar el dolo de consecuencias necesarias).

Con el **dolo de primer grado** (directo) el sujeto persigue directamente lesionar o poner en peligro el interés jurídico penalmente tutelado y lo logra, p. ej.

el sujeto quiere violar y viola, quiere robar y roba o quiere matar y mata. En el **dolo de segundo grado** (indirecto) el agente no busca con su actuar realizar *directamente* la conducta típica pero sabe que indefectiblemente la desplegará, es decir, sabe que, aunque no busca inmediatamente el resultado típico lo alcanzará infaliblemente con su acción u omisión, p. ej., el agente quiere provocarle la muerte a otro y lo mata (dolo de primer grado), pero sabe que al estallar el explosivo que utilizó también matará necesariamente a un amigo suyo que sabía que estaba en el lugar y, sin embargo, hace detonar la bomba (dolo de segundo grado); en cambio, si bien en el **dolo de tercer grado** (dolo eventual) el agente tampoco busca realizar directamente la conducta típica, sabe que *posiblemente* –y no seguramente- la desplegará, en otras palabras, si bien en el dolo de segundo grado el sujeto se representa el delito como consecuencia inevitable de su acción u omisión, en el dolo de tercer grado el mismo advierte que la ejecución del delito sólo es posible, en otras palabras, que sólo se representa o se entiende que se representó la materialización del resultado (que incluso podía angustiarle o no ser lo que aspiraba que ocurriera) como algo posible y no como algo seguro. Así, actúa con dolo eventual el sujeto que, a pesar de saber que posiblemente lesionará el interés penalmente tutelado p. ej. la vida, sin embargo, despliega su obrar aceptando, asintiendo, consintiendo, asumiendo, abarcando, tolerando, afirmando o conformándose con tal circunstancia que, en definitiva,

se incluye dentro su organización o planificación y, por tanto, dentro del dolo.

Como puede apreciarse, en los tres supuestos el agente, gracias a su saber causal, es decir, fundamentado en lo que estima puede ocasionar (delitos de acción) o no evitar (delitos de omisión), se propone desplegar una acción u omisión, con la diferencia en que en el primer caso (dolo de primer grado o dolo directo) existe una perfecta correspondencia entre lo que el sujeto desea y su comportamiento encaminado a lograrlo o, desde otra perspectiva, entre lo que desea y el resultado perseguido (desea provocar el daño y lo hace, desea poner en peligro el interés protegido y lo hace), mientras que en los otros dos (dolo de segundo y dolo de tercer grado) no existe tal perfección, pero no por ello dejar de ser considerada dolosa la conducta en esos supuestos, pues igualmente existe un nexo entre lo que el mismo conoce que *segura* o *posiblemente* (respectivamente) ocasionará y su comportamiento y, sin embargo, encamina su actuación hacia su objetivo a pesar de ello, en evidente ultraje hacia el interés jurídico penalmente tutelado.

Así pues, el elemento diferenciador entre la primera forma de dolo (dolo de primer grado o dolo directo) y las otras dos (dolo de segundo y dolo de tercer grado, es decir, dolo indirecto y dolo eventual) estriba en la perfecta correspondencia o no entre la aspiración del sujeto y su conducta. Mientras que el elemento diferenciador entre el dolo de tercer grado o dolo eventual y las otras dos formas de ese elemen-

to subjetivo descansa en que en aquel el agente *no está seguro* de que a través de su conducta vulnerará el bien jurídico-penalmente tutelado, sino que solo es posible que ocurra tal desenlace *que no busca ni se propone alcanzar directamente* (a diferencia del dolo directo o de primer grado) y, no obstante, continúa desplegándola asumiendo tal posibilidad y, por tanto, menospreciando el objeto de tutela del orden jurídico-penal y abarcando en su dolo ese resultado.

Desde cierta perspectiva, la diferencia entre el dolo eventual y las otras dos manifestaciones del dolo reposa en el grado de percepción de riesgo por parte del agente sobre su acción, pues, a diferencia de las otras manifestaciones, en el dolo de tercer grado o dolo eventual el agente sólo conoce o debe conocer que su acción será *posiblemente* –y no seguramente- una acción típica (y, por tanto, tampoco coincide perfectamente lo que desea ocasionar con lo que efectivamente ocurre a diferencia del dolo de primer grado): P. ej. En el marco de una relación amorosa, una persona que sabe es portadora del virus del VIH (sida) tiene relaciones sexuales sin protección con otra, a la cual le ha dicho que goza de perfecto estado de salud, confiándole a su "buena suerte", en diversos contactos similares, no trasmitirle el referido virus a la otra, la cual, sin embargo, resulta contagiada en uno de esos encuentros. En ese caso, el portador del virus, aunque incluso le llegue a incomodar la idea de contaminar a la otra persona, advierte que es posible que ocurra tal evento y, a pesar de ello, sin que lo con-

tenga o disuada tal hecho, tiene repetidos contactos con aquella, evidenciándose de esa manera tanto el elemento cognitivo, representado por el conocimiento de la posibilidad de ocasionar la afectación al bien jurídico a través de su conducta, como el volitivo, expresado por la ejecución, a pesar de ello, de la misma, la cual se traduce en la aceptación o asunción de esa posibilidad, es decir, de ese riesgo no permitido.

En efecto, en el dolo de primer grado o dolo directo existe correspondencia, coincidencia o congruencia perfecta entre lo que el agente desea lograr y lo que efectivamente consigue, mientras que en las otras dos manifestaciones del dolo no existe tal congruencia, pues en ellas no persigue directamente el resultado causado, sino que sólo se representa, en el dolo se segundo grado o indirecto, que el resultado *seguramente* ocurrirá (incluso aun cuando el mismo le desagrade), mientras que en el de tercer grado o dolo eventual sólo prevé que *posiblemente* acaecerá (aun cuando anhele que no ocurra) y, no obstante, sigue desplegando su comportamiento aceptándolo o incluyéndolo dentro de configuración personal junto con las consecuencias del mismo. Tal aceptación, desde cierto enfoque, es equiparable al elemento volitivo del dolo o, en otras palabras, al "querer", razón por la que, evidentemente, las tres son formas del dolo, tal como lo ha reconocido la doctrina desde hace más de un siglo.

En tal sentido, puede afirmarse que en los tres supuestos (dolo de primer, segundo y tercer grado), si bien hay conocimiento de las circunstancias objetivas del

tipo, es decir, si bien hay representación del resultado lesivo, no es menos cierto que el grado de certeza de realización del mismo –conocimiento- es distinto (va de mayor a menor a partir del dolo de primer grado, al menos, el del dolo eventual es claramente distinto a los otros dos) y, por tanto, desde cierto punto de vista, también será especialmente distinto en grado del "querer" tal circunstancia (decreciente a partir del dolo de primer grado). No obstante, debe resaltarse que, en definitiva, el conocimiento o "consciencia" es denominador común en ellas al igual que el querer o "voluntad" para los partidarios de otra corriente doctrinal, razón por la que, se insiste, las tres son especies de dolo y no de otro elemento subjetivo.

Si bien, tanto en el dolo eventual (o dolo de tercer grado) como en la culpa consciente (con representación o previsión) el sujeto se representa la lesión al bien jurídico (penalmente tutelado), en esta última el mismo la descarta (o al menos se entiende que la descartó) y, en consecuencia, obra a expensas racionales de su seguridad en la no producción de la referida lesión, generalmente asociada la escasa probabilidad de producción del hecho penalmente vulnerador (si no tiene esa convicción en el momento de desplegar el comportamiento y, sin embargo, actúa o no ejerce la acción ordenada por la norma jurídica, esa acción u omisión será dolosa pues refleja que agente dejó la producción del resultado –*lato sensu*- en manos del azar), lo cual es pasible de prueba no sólo a través de datos subjetivos sino también de circunstancias

objetivas vinculadas a la conducta manifestada, entre otras, en general: conocimiento de la situación en la que se actúa ("conocimiento situacional"), peligrosidad de lesión al interés jurídico protegido por la norma (más allá del riesgo permitido) a través de la conducta, magnitud del daño o del peligro causado, motivos para conformarse con el resultado lesivo al bien jurídico tutelado, capacidad y esfuerzos de evitación del resultado y cobertura o aseguramiento de ese bien jurídico. En un caso concreto esas circunstancias pueden apreciarse, p. ej., en un hecho de tránsito, en el tipo y estado del vehículo para el momento del mismo (situación de los sistemas de freno, luces, bocina, etc.), el estado del conductor, la velocidad en la que conducía, las características de la vía, el estado del tiempo, la hora, la señalización vial, la maniobras para evitar los riesgos típicamente lesivos, las maniobras en general, las posibles marcas de los cauchos (llantas) en el pavimento, la disposición y estado del o de los vehículos y de los demás objetos y sujetos involucrados, los daños causados, el comportamiento del agente antes y durante el hecho, etc.

Así pues, tales datos ayudan a determinar si la conducta que se juzga formó o no parte del plan de sujeto activo, si obró o no con indiferencia o menosprecio hacia el interés jurídico, en fin, si su actuación se puede imputar o atribuir al dolo o no.

En el dolo de tercer grado o dolo eventual aunque el sujeto no quiere, no acepta, no admite o no asume **directamente** que se produzca el hecho penalmente

dañoso (a diferencia del dolo de primer grado –directo- y, desde cierto enfoque, de segundo grado –indirecto-), sin embargo, admite su eventual realización, de allí que lo eventual no es precisamente el dolo si no la consecuencia de la conducta (el dolo eventual es dolo y no *eventualmente dolo*), es decir, el resultado típico, entendido como la lesión o puesta en peligro del interés jurídico penalmente tutelado que, como se sabe, en algunos tipos penales (que tutelan bienes jurídicos tangibles), se traduce en la producción de un evento separado en el tiempo y en el espacio de la conducta (tipos de resultado –material-), p. ej. el homicidio, las lesiones, los daños, etc., en los que reviste mayor complejidad e interés la determinación de la relación de causalidad, como primer estadio de imputación objetiva -del resultado-.

En razón de ello, puede decirse que las denominaciones dolo de tercer grado o dolo de consecuencias eventuales (o posibles) designan con mayor precisión el objeto que comúnmente significarse mediante la denominación "dolo eventual": si el dolo es eventual, antes de lo eventual no habrá nada, ni siquiera dolo, el cual sólo será eventual, de allí que tal denominación lleve a pensar en una *petitioprincipii* (petición de principio). En efecto, la denominación *dolo eventual* refleja una falacia pues incluye (explícitamente) la proposición a ser probada -el dolo- entre las premisas: dolo eventual. Así, en ella, a lo que sólo es eventual se antepone el dolo que, al ser tal, no puede ser *eventual* pues está allí, es decir, no puede *no estar* por ser *eventual*, sino que al ser dolo siempre está,

por lo que, en todo caso, lo *eventual* no es el dolo, sino el resultado representado por el sujeto del dolo (dolo eventual como asunción de la eventual posibilidad de vulneración del interés jurídico tutelado ante la considerable probabilidad de ello). Probablemente se acuñó el término *dolo eventual* para simplificar el término correcto: dolo de consecuencia eventual. Sin embargo, no puede dejar de reconocerse que esa denominación defectuosa y contraria a la lógica jurídica (dolo eventual) ha impedido en muchos casos una mejor comprensión de esta categoría jurídica fundamental, al igual que ha derivado en una afectación de las garantías constitucionales, tal como ocurrió a través de la sentencia objeto de la presente revisión constitucional.

En este orden de ideas, es importante precisar que el *dolo eventual* es una denominación creada y tradicionalmente aceptada para designar un concepto elaborado por los estudiosos del Derecho con el propósito de reconocer como dolosas aquellas conductas en las que el autor conoce y acepta (quiere) desplegarlas pero no tiene la certeza de que a través de las mismas efectivamente producirá el resultado desvalorado por el tipo penal y, sin embargo, sigue actuando a pesar de ello. Por ello comúnmente se afirma que el dolo eventual es el dolo de menor entidad que pudiera determinar algún trato privilegiado respecto de las otras formas de dolo, sobre la base de alguna circunstancia atenuante (pero se ratifica, no por ello deja de ser dolo).

Al ser una categoría fundamentalmente doctrinal y jurisprudencial no necesariamente debe ser referida –al

menos directamente- en los textos legales, máxime si sobre varios aspectos sustanciales de la misma la doctrina y la jurisprudencia aun no llegan a un acuerdo; en todo caso, en el contexto de nuestro Código Penal, la misma se encuentra, al igual que el dolo de primer y segundo grado, señalada en el artículo 61 (fórmula general que ni siquiera define el "dolo" ni discrimina entre sus clases o formas de manifestación, sino que simplemente alude a la "intención" –entendida allí como dolo *lato sensu*-, pero lógicamente ello no debe interpretarse como la inexistencia del *dolo* en el Código Penal) y en los artículos que contienen los respectivos tipos dolosos, p. ej., en el artículo 405 *eiusdem*.

Los cuerpos legales están fundamentalmente compuestos por reglas, pero también por principios, valores y, ocasionalmente, definiciones. El rol de la doctrina jurídica es determinar esa normatividad, interpretarla, sistematizarla, formar conceptos, definiciones, teorías, plantear instituciones e, incluso, principios. Por su parte, la jurisprudencia también aplica una serie de operaciones intelectuales dirigidas a desentrañar el contenido y alcance de la ley, valiéndose generalmente de la doctrina y otras fuentes del Derecho para alcanzar ese cometido, esta vez, en orden a la recta aplicación del ordenamiento jurídico.

Sin lugar a dudas, pretender que los textos legales sean compendios de doctrina o jurisprudencia implicaría desnaturalizar la propia idea de la Ley, además de atentar contra una serie de principios fundamentales, entre los que se encuentra la propia seguridad

jurídica. La Ley pretende regular conductas a través de prohibiciones y mandatos, mientras que la doctrina y la jurisprudencia persiguen interpretar, sistematizar y formular juicios de valor sobre aquella (y otras fuentes del Derecho), la primera con una finalidad científica, mientras que la segunda con el objeto de aplicarla.

Precisamente por ello, en lo que concierne al Código Penal, no se define, p. ej, la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, así como tampoco se describe su esencia, contenido, finalidad, alcance o relaciones con el resto del plexo doctrinal o normativo, pero no por ello dejan de ser las categorías elementales sobre las cuales el Poder Judicial fundamenta y debe fundamentar constantemente la responsabilidad penal de las personas sometidas a juicio.

Asimismo, en el Código Penal Venezolano no se define ni caracteriza el dolo de primer grado (dolo directo), mucho menos el dolo de segundo (de consecuencia necesaria o segura) y el de tercer grado (dolo eventual o de consecuencia eventual), pero no por ello se debe de dejar de reconocer su existencia dentro del mismo. Ello implicaría tanto como desconocer la causalidad, la imputación objetiva, la culpa (imprudencia *lato sensu*), el error y otras instituciones fundamentales en el ámbito del Código Penal y del resto del ordenamiento jurídico-penal.

Que el dolo eventual haya sido señalado en tal o cual Código Penal (p. ej., en el artículo 22 del código penal de Colombia se indica lo siguiente: "La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constituti-

vos de la infracción penal y quiere su realización. *También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar*"), o en tal o cual proyecto de reforma de nuestro Código Penal (p. ej. en el artículo 52, único aparte, dl Proyecto de Código Penal presentado por el Ex-Magistrado Dr. Alejandro Angulo Fontiveros, se establece que "*habrá dolo eventual cuando el agente se representa como probable la consecuencia de su ejecutoria pero continúa procediendo igual*") mientras que en el nuestro no se haya incluido una referencia de ese tipo *no incide sobre su reconocimiento por parte del mismo* y, por tanto, no lo excluye de nuestro orden legal y, para ser más precisos, no excluye la posibilidad de sustentar una sentencia condenatoria por el delito de homicidio intencional sobre el sólido cimiento del dolo eventual.

Al respecto, señalar que como en nuestro Código Penal no se ha hecho discriminación alguna respecto del dolo y que, por tanto, no existe en él el dolo eventual, sería tanto como decir que, como en el citado texto legal colombiano o en el referido proyecto de Código Penal no se aludió expresamente al dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias, entonces no existe tal figura en ellos y, por tanto, no se podría fundamentar la responsabilidad penal sobre la base de ese concepto (con relación a ese último, en caso de llegar a ser efectivamente una ley).

Si bien se tiene en cuenta la complejidad del dolo eventual, no por ello es imperativa su descripción en el or-

denamiento jurídico, así como tampoco es imperativa la definición de los criterios generales de imputación al tipo objetivo, de las diversas formas de error o de todas las causas de exclusión de la antijuridicidad.

Al respecto, es importante tener siempre en cuenta que la legislación es uno de los ejercicios más emblemáticos de la soberanía de un Pueblo, de allí que cualquier pretensión de otorgarle carácter de fuente negativa o efecto derogatorio de nuestra ley a la legislación foránea implica una aspiración que, sin lugar a dudas, socaba ese inalienable atributo de la Patria (con lo que, por supuesto, no se excluye la relevancia del Derecho Comparado en el estudio del Derecho: pero un aspecto es tratar de conocer nuestro Derecho a través de sus posibles orígenes en leyes y otras fuentes del Derecho foráneo y otra muy distinta es darle fuerza derogatoria o anulatoria a normas jurídicas de otros Estados sobre las nuestras).

El concepto de dolo eventual o dolo de tercer grado, como buena parte de la creación doctrinal y jurisprudencial, al describir el dolo que aquí se estima válido calificar como perimetral, es decir, el dolo que está en la parte más alejada del núcleo doloso (dolo de primer grado) y que es necesario delimitar especialmente de la culpa o imprudencia, además de ser el dolo que exige la mayor precisión y estudio posible, redunda en garantía de no ser procesado y condenado por un delito doloso que en realidad fue culposo (cuyos elementos entonces deben ser íntegramente verificados y explicitados en la sentencia respectiva)

o simplemente no fue delito, y, por tanto, es garantía de legalidad, seguridad jurídica, expectativa legitima, defensa, debido proceso y tutela judicial efectiva para las personas que están sometidas o pudieran estar sometidas a un proceso penal.

Como ha podido apreciarse, aun cuando al señalar que el dolo eventual no tiene asidero en nuestro ordenamiento, la Sala de Casación Penal pretendió tutelar el principio de legalidad penal, lejos de ello lo que hizo fue precisamente contrariarlo al desconocer con ello la propia figura del dolo en el marco de nuestro orden jurídico.

En efecto, siendo que el dolo eventual es sencillamente dolo y siendo que con aquel concepto lo que se busca es explicar una de las varias formas de expresión del obrar doloso, el cual constituye la principal dirección volitiva objeto de la legislación penal, tal como se desprende del artículo 61 del Código Penal en relación con la mayoría de tipos penales que son lo que incluyen el dolo dentro de su dimensión subjetiva, negar tal figura es tanto como negar el dolo de consecuencias necesarias (dolo de segundo grado) e, incluso, el dolo directo (dolo de primer grado) pues, al fin y al cabo, las tres son manifestaciones de la conducta dolosa.

Al respecto, esta Sala debe señalar que no sólo quebranta el principio de legalidad considerar como delictivo un comportamiento que no está previsto como punible en la ley, sino también declarar que no está tipificado como delito una conducta que sí lo está, tal

como ocurre en el presente asunto en el que la Sala de Casación Penal señaló que el *homicidio intencional a título de dolo eventual* "*no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal*", aun cuando el homicidio doloso, el cual, como ha podido apreciarse, también incluye en su esencia el dolo de consecuencia eventual o dolo eventual, sí está tipificado en el Código Penal (artículo 405 –en su forma básica-), circunstancia que descarta la supuesta aplicación analógica de la Ley penal –en perjuicio del reo- considerada en el fallo *sub examine*.

Sobre el principio de legalidad penal, esta Sala ha señalado reiteradamente lo siguiente:

"…el PRINCIPIO DE LEGALIDAD funge como uno de los pilares fundamentales para el efectivo mantenimiento del Estado de Derecho. A mayor abundamiento, tal principio constituye la concreción de varios aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho Sancionador, y el cual se vincula con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, y con el derecho de éstos a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad.

(…)

La formulación básica de este principio se traduce en que todo el régimen de los delitos y las penas, debe estar regulado necesaria y únicamente en los actos que por excelencia son dictados por el órgano legislativo del Estado, a saber, en las leyes. Por lo tanto, su configuración formal básica se traduce en el afo-

rismo *nullum crimen, nullapoena sine lege*. Esta primera exigencia del principio de legalidad, referida al rango de las normas tipificadoras –y que por ende constituye una garantía formal-, se cristaliza en la noción de reserva legal.

En tal sentido, la figura de la reserva legal viene dada por la consagración a nivel constitucional de determinadas materias que, debido a la importancia jurídica y política que tienen asignadas, sólo pueden ser reguladas mediante ley, desde el punto de vista formal, y ello excluye la posibilidad de que tales materias sean desarrolladas mediante reglamentos o cualquier otro instrumento normativo que no goce de dicho rango legal (sentencia n° 2338/2001, del 21 de noviembre). Una de esas trascendentales materias es la sancionatoria, y concretamente, la materia penal, en cuyo ámbito este principio cobra una especial vigencia, al establecer que el órgano legislativo nacional sea el único legitimado para la creación de delitos; es decir, sólo la Asamblea Nacional tiene la competencia para escoger entre todos los comportamientos humanos, cuáles son los más lesivos a los bienes jurídicos más importantes y describirlos en una norma jurídico-penal, para así establecer cuál debe ser el correlativo castigo.

Este principio esencial del régimen constitucional venezolano, se encuentra contemplado en el artículo 156.32 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(…)
32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, **penal,** penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional".

Aun y cuando los orígenes del principio de legalidad los podemos encontrar en la obra de ROUSSEAU, cabe resaltar que fue BECCARIA uno de los primeros pensadores que desarrolló sustancialmente dicho principio con relación a los delitos y las penas, quien sobre el particular señaló de manera lapidaria que *"... sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad"* (*Cfr.* BECCARIA, César. *De los delitos y de las penas*. Con el comentario de Voltaire. Traducción de

Juan Antonio de las Casas. Alianza editorial. Madrid, 1998, p. 34).

Partiendo de lo anterior, se aprecia que de esta primera garantía se desprenden a su vez otras cuatro garantías estructurales. En tal sentido, se habla en primer lugar de una GARANTÍA CRIMINAL, la cual implica que el delito esté previamente establecido por la ley (*nullum crimen sine lege*); de una GARANTÍA PENAL, por la cual debe necesariamente ser la ley la que establezca la pena que corresponda al delito cometido (*nullapoena sine lege*); de una GARANTÍA JURISDICCIONAL, en virtud de la cual la comprobación del hecho punible y la ulterior imposición de la pena deben canalizarse a través de un procedimiento legalmente regulado, y materializarse en un acto final constituido por la sentencia; y por último, de una GARANTÍA DE EJECUCIÓN, por la que la ejecución de la pena debe sujetarse a una ley que regule la materia.

En el ámbito de nuestro Derecho positivo, la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad penal encuentran su refugio en el artículo 49.6 de la CONSTITUCIÓN DE LAREPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA y en el artículo 1 del CÓDIGO PENAL. Por otra parte, la garantía jurisdiccional está consagrada, fundamentalmente, en el artículo 49, en sus numerales 3 y 4, y en los artículos 253 y 257 de la Constitución, y desarrollado en el artículo 1 del CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL;mientras que la garantía de ejecución

se encuentra desarrollada por el Libro Quinto de la mencionada ley adjetiva penal, así como también en la normativa contenida en la LEY DE RÉGIMEN PENITENCIARIO.

Por su parte, a nivel supranacional el principio de legalidad también tiene una acentuada vigencia, pudiendo ubicarse su fuente en el artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derecho Humanos, en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también en los artículos 9, 22 y 23 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Una segunda garantía genérica del principio de legalidad, ahora de carácter material, impone que la ley que desarrolle las anteriores garantías deba ser: a) previa a la realización de los hechos que se pretenden castigar (*lexpraevia),* con lo cual queda proscrita la posibilidad de aplicar de forma retroactiva la ley penal; b) escrita (*lexscripta)*, de modo tal que no se pueda recurrir a la analogía como fuente del Derecho Penal; y c) que describa un supuesto de hecho estrictamente determinado, es decir, debe describir claramente las características del hecho punible (*lexstricta*o *lexcerta),* cobrando vida en este último aspecto el principio de taxatividad o mandato de certeza, con lo cual se evitan descripciones típicas indeterminadas o vagas.

Con base en lo anterior, podemos resaltar como características fundamentales de dicha institución, en

primer lugar, que constituye una EXIGENCIA DE SEGURIDAD JURÍDICA, en el sentido que se tome la existencia y conocimiento previo de los delitos y de las penas, como presupuesto para la imposición de un determinado castigo; y en segundo lugar, que constituye una GARANTÍA POLÍTICA, que se traduce en que el ciudadano no pueda ser sometido por el Estado a cumplir penas cuyo establecimiento no haya sido aceptado por el pueblo.

Sobre estas características del principio de legalidad, el Tribunal Constitucional español ha establecido lo siguiente:

"...El principio de legalidad penal es una garantía inherente al Estado de Derecho, que impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención penal, la estricta sujeción de Jueces y Tribunales al dictado de las leyes que describen delitos e imponen penas y exige la existencia de preceptos jurídicos que permitan predecir con el suficiente grado de certeza qué conductas se hallan prohibidas y qué responsabilidad y, en su caso, qué sanción comporta su realización. El efectivo reconocimiento del principio de legalidad penal obliga en ocasiones a dilucidar si se ha traspasado la tantas veces tenue línea divisoria que separa la actividad judicial de reconocimiento del alcance y significado de la norma como paso previo a su aplicación, de la que, con ese mismo fin, rebasa sus límites y genera o modifica su propio sentido..." (STC 156/1996, de 14 de octubre).

Luego, el contenido del principio de legalidad se concreta en la creación del tipo penal –descripción precisa

e inequívoca de la conducta en la norma-, cuyo contenido, dentro del edificio conceptual de la teoría del delito, cobra vida al configurarse la categoría de la tipicidad –correspondencia o adecuación de la conducta con la descripción del tipo-, materializándose de esta forma la garantía criminal y la garantía penal, ambas derivadas del principio de legalidad. En otras palabras, el legislador nacional es el único llamado a afirmar, desarrollar, completar, reforzar y concretar la garantía criminal y la garantía penal del principio de legalidad.

De lo anterior se colige entonces que la legalidad y la tipicidad se encuentran en una línea de parentesco descendente, en el sentido de que el principio de legalidad (*nullum crimen*) implica que la conducta punible esté necesariamente prevista en una ley formal, mientras que la tipicidad constituye la descripción inequívoca de tal conducta en el texto legal.

Sobre esta vinculación conceptual entre las dos categorías antes señaladas, FERNÁNDEZ CARLIER afirma que *"… la tipicidad es un concepto específico del género que representa el principio de reserva o de legalidad. Uno a otro se relacionan estrechamente, se contienen y hasta se nutren pero no son identificables. La función de la tipicidad es posterior a la legalidad. Ésta necesariamente es anterior a la tipicidad..."* (FERNÁNDEZ CARLIER, Eugenio. *ESTRUCTURA DE LA TIPICIDAD PENAL*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Tercera edición. Bogotá, 1999, p. 81)." (Sentencia N° 1744 del 9 de agosto de 2007, caso: Germán José Mundaraín).

El principio de legalidad, en su formulación más general se traduce en la sujeción a la Ley, ante todo de la sujeción del Poder Público al Derecho, razón la que, p. ej., ese Poder no está legitimado para perseguir y sancionar a una persona por un comportamiento que la Ley no asocia a una sanción para el momento del hecho, y, por argumento en contrario, tampoco puede desconocer y no aplicar (a menos que la estime inconstitucional y la desaplique en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad) una norma jurídica que sí está prevista en el ordenamiento jurídico.

Sólo el o los órganos a los cuales el Texto Constitucional le otorga la potestad de crear leyes están legitimados para crear otras que las deroguen y tal atribución no radica en la Sala de Casación Penal ni en ningún otro ente del Poder Judicial, si no, ante todo, en la Asamblea Nacional, tal como se indicó en el criterio plasmado anteriormente.

Así como "*Ningún magistrado (…) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo",* ese funcionario tampoco puede descocer delitos y penas que sí dispone la Ley.

En tal sentido, de lo precedentemente expuesto se desprende que no sólo viola el principio de legalidad y, por ende, el debido proceso (artículo 49.6 constitucional) y la tutela judicial efectiva (artículo 26 *eiusdem*) reconocer la existencia de una *norma* que realmente no está prevista en el ordenamiento jurídico, sino también desconocer una norma jurídica que sí forma parte de él como es la que contempla el tipo

base de homicidio doloso, prevista en el artículo 405 del Código Penal, la cual no sólo abarca el homicidio doloso de primer grado (dolo directo o directo de primer grado), sino también el de segundo (dolo indirecto, dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencia necesaria) y tercer grado (dolo eventual o dolo de consecuencia eventual), y así se establece con carácter vinculante.

Establecido el anterior criterio, esta Sala Constitucional ordena la publicación en la Gaceta Oficial del presente fallo y hacer mención del mismo en el portal de la Página Web de este Supremo Tribunal. Así se declara.

En virtud de los razonamientos de hecho y derecho antes expuestos, esta Sala observa que, en el fallo *sub examine*, la Sala de Casación Penal, al declarar la pretendida ausencia de tipicidad del homicidio a título de dolo eventual, efectuó una indebida aplicación del principio constitucional de legalidad penal previsto en el artículo 49.6 del Texto Fundamental, resultante en la violación de ese principio jurídico fundamental y en un errado control de constitucionalidad.

En razón de ello, en ejercicio de su atribución de revisión constitucional, es imperativo para esta Sala anular la decisión objeto de la presente solicitud, N° 554/2009, del 29 de octubre, dictada por la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal, junto a las actuaciones subsiguientes, además de reponer la causa al estado en que la referida Sala, constituida accidentalmente, se pronuncie de nuevo sobre el recurso ex-

traordinario de casación interpuesto por el abogado Django Luis Gamboa Hernández, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 59.732, actuando en su carácter de defensor privado del ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo, titular de la cédula de identidad Nº 6.091.619, sin incurrir en los vicios señalados en la presente decisión y con estricto acatamiento de las normas previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de los precedentes jurisprudenciales emanados esta Sala. Así se decide.

V
DECISIÓN

Por las razones que fueron expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la Ley, decide que **HA LUGAR** a la solicitud de revisión constitucional que interpusieron los abogados María Cristina Vispo y Tutankamen Hernández, actuando con el carácter de Fiscales Cuarta y Quinto del Ministerio Público ante las Salas de Casación y Sala Constitucional de este Tribunal, respectivamente, contra la sentencia N° 554/2009, del 29 de octubre, dictada por la Sala de Casación Penal de este Alto Tribunal, mediante la cual declaró sin lugar la primera denuncia del recurso extraordinario de casación interpuesto, además declaró con lugar las denuncias segunda y tercera del referido recurso, toda vez

que sostuvo que el delito de homicidio intencional a título de dolo eventual no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal y que, por tanto, condenar al ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo sobre esa base, tal como ocurrió, se traduce en una aplicación analógica de la ley penal, violatoria del principio de legalidad penal consagrado en el artículo 49.6 constitucional, por lo que dictó una decisión propia (al estimar innecesario un nuevo debate) mediante la cual condenó al prenombrado ciudadano a cumplir la pena de cinco (5) años de prisión, por la comisión del delito de homicidio culposo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 411 del Código Penal derogado (hoy 409) y 467 del Código Orgánico Procesal Penal, en consecuencia, **se anula** la referida decisión objeto de la presente solicitud, junto a las actuaciones subsiguientes, además de reponer la causa al estado en que la referida Sala, constituida accidentalmente, se pronuncie de nuevo sobre el recurso extraordinario de casación interpuesto por el abogado Django Luis Gamboa Hernández, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 59.732, actuando en su carácter de defensor privado del ciudadano Carlos Eduardo Hernández Carrillo, titular de la cédula de identidad Nº 6.091.619, sin incurrir en los vicios señalados en la presente decisión y con estricto acatamiento de las normas previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de los precedentes jurisprudenciales emanados esta Sala.

Se ordena remitir copia certificada del presente fallo a la Presidenta de la Sala de Casación Penal de este Tribunal Supremo de Justicia, así como a todos los Presidentes de los Circuitos Judiciales Penales de la República Bolivariana de Venezuela, para que distribuyan y hagan del conocimiento de los tribunales de su respectiva jurisdicción, el criterio que -con carácter vinculante- ha dejado asentado esta Sala Constitucional.

Se ordena la publicación del presente fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, en la Gaceta Judicial y en el Portal de la Página Web de este Máximo Tribunal, con la siguiente indicación: *"Sentencia que, con carácter vinculante, interpreta que* no sólo viola el principio de legalidad y, por ende, el debido proceso (artículo 49.6 constitucional) y la tutela judicial efectiva (artículo 26 *eiusdem*) reconocer la existencia de una *norma* que realmente no está prevista en el ordenamiento jurídico, sino también desconocer una norma jurídica que sí forma parte de él como es la que contempla el tipo base de homicidio doloso, prevista en el artículo 405 del Código Penal, la cual no sólo abarca el homicidio doloso de primer grado (dolo directo o directo de primer grado), sino también el de segundo (dolo indirecto, dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencia necesaria) y el de tercer grado (dolo eventual o dolo de consecuencia eventual), y así se establece con carácter vinculante*"*.

Publíquese, regístrese, archívese el expediente y cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 12 días del mes de abril de dos mil once. Años: **200º** de la Independencia y **152º** de la Federación.

La Presidenta,
LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO
El Vicepresidente,
FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ
Ponente
Los Magistrados,
MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN
CARMEN ZULETA DE MERCHÁN
ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES
JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER
GLADYS MARÍA GUTIÉRREZ ALVARADO

El Secretario,
JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

FACL/
Exp. Nº 10-0681

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Reynoso, R. 2006. Teoría General del Delito. Ed. Porrua, Av. República de Argentina núm. 15, México DF.

Mezger, Edmundo: Goldstein, Raúl, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Buenos Aires, Argentina. Ed. Astrea, 1993

Muñoz Conde, Francisco y García Arana, Mercedes. Derecho Penal, Parte General., Valencia España. Ed. Tirant Lo Blanch 2004

Zaffaroni, Eugenio Raul. Manual de Derecho Penal, Parte General, Mexico, Cárdenas 1.991

Código Penal de Venezuela. Ed. Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2005

Diccionario Real Academia Española, Editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid, 2000

Mezger, Edmundo, Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Revista de Derecho Penal, Madrid, España 1955 (Objeto del delito)

Sosa Chacín, Jorge. La Tipicidad. Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas 1.959

Von Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, Instituto Reus, S:A: Madrid, España 1927

Frias, J. Teoría del Delito. Livrossa, Caracas 1.996

Fernández , Juan. Derecho Penal Fundamental, Tomo II, editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia 1.998

Dr. Urbano Rivero. Diccionario Jurídico de Derecho Romano. Editorial Buchivacoa. Caracas Venezuela, 1999.

Arteaga Sánchez, Alberto, Derecho Penal Venezolano, 9na edición. Editorial McGraw Hill, Caracas, 2001

Reyes E. Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998

Código Orgánico Procesal Penal. (2012) Gaceta Oficial N° 39.236 del 6 de Agosto de 2009. N° 6.078 Extraordinario del 15 de Junio de 2012. Caracas-Venezuela.

Jiménez de Asúa, L. La Ley y el Delito. Editorial Atenea, Caracas 2.009

Mendoza Troconis, José. Curso de Derecho Penal Venezolano. Ed. Empresa "El Cojo", S.A. Caracas, 1986

Gómez De La Torre, Ignacio; Arroyo Zapatero, Luis; García Rivas, Nicolás; Ferré Olivé, Juan Carlos y Serrano Piedecasas, José Ramón. Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Editorial Praxis, Barcelona, España, 1.999.

Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. (1986) Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires – Argentina.

Porot, Antoine. (1977) Diccionario de Psiquiatría; Clínica y Terapéutica. Editorial Labor, S.A. Barcelona-España.
Carrara, Francisco. Programa de derecho criminal. Editorial Temis, 2da ed. Bogotá, 1973
Sandoval, E., Penología. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá, 1998
Rodríguez Morales, Alejandro J., Síntesis de Derecho Penal. Parte General. Ediciones Paredes, Caracas, 2006
Pavón Vascocelos, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México DF 2012
Roxin, C. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Trad. De la 2da ed. Alemana y notas por Diego-Manuel Luzón y otros. Civitas, Madrid. 1997
Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas, 12 edición. Salvat. Promotora Editorial, S.A. México, D.F. 1991
AlvarezChacin, Francisco. Manuel de Derechos Humanos. Vadell Hermanos. Caracas, Venezuela, 2011
Hernandez, Nelson. De la responsabilidad jurídica del médico. Editorial Ateproca, Caracas 1999.
Grisanti , A. Hernando. Sobre la exisetncia del Dolo Eventual. Vadell hermanos, Editores. Caracas, Venezuela 2010
Sierraalta, P. Morris. Dolus eventuales. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 2011.
Mir Puig, Santiago. Derecho Penal: Parte General. 4ed., Barcelona, 1999

ARTÍCULO DE PRENSA

Angulo, Alejandro. El Universal, Caracas, Venezuela. Domingo 4 de noviembre de 2012.
Gimbernat, Enrique. El Universal, Caracas, Venezuela. Sábado 13 de febrero de 2010.

PÁGINA WEB

Angulo, Alejandro. ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL, (2005), http://www.tsj.gov.ve/informacion/miscelaneas/anteproyecto2.html [Consulta: Sábado, 02 de marzo de 2013]
Código Penal Uruguayo. (1998), http://www.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoPenal/l1t1.htm [Consulta: Sábado, 23 de febrero de 2013]
Código Penal Colombiano. (s/f), http://alcaldiademonteria.tripod.com/codigos/penal/prmrpnal.htm [Consulta: Sábado, 23 de febrero de 2013]
Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Qué significa "dolo eventual"? (2007) http://www.significadolegal.com/2008/09/qu-significa-dolo-eventual.html [Consulta: Sábado, 05 de enero

de 2013]
María del Mar Díaz Pita. (1993) Limites del dolo eventual. http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/747/los-limites-del-dolo-eventual/ [Consulta: Domingo, 16 de diciembre de 2012]
Abreu, Rafael. (2011) http://www.eluniversal.com/opinion/110517/dolo-eventual-resucitado-y-afianzado [Consulta: Domingo, 16 de diciembre de 2012]
Bautista, Juan. Anteproyecto de Ley Contra la Mala Praxis en Salud. (s/f) http://www.derechos.org.ve/pw/wp-content/uploads/Proyecto-de-Ley-mala-praxis.pdf [Consulta: Domingo, 16 de diciembre de 2012]
Ley de Reforma Parcial de la Ley Ejercicio de la Medicina – Gaceta Oficial No 39.823 Extraordinario de fecha 19 de diciembre de 2.011 http://www.ciea.org.ve/fotos/documentos/GOLDR53249.pdf [Consulta: Sábado, 01 de diciembre de 2012]
Peritaciones Médicas ¿Qué significa LexArtis Ad Hoc? (2013) http://www.peritacionesmedicas.eu/index.php/es/faq-es/24-conceptos-generales/23-%C2%BFqu%C3%A9-significa-lex-artis-ad-hoc [Consulta: Sábado, 01 de diciembre de 2012]
Angulo, Alejandro. (2000) http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/diciembre/1703-211200-c000859.htm [Consulta: Jueves, 01 de noviembre de 2012]

OBRAS DE CONSULTA

Orellana Wiarco, Octavio, Teoría del Delito. Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista. Ed. Porrua, Mexico DF 2.003
Jakobs, Gunther, Derecho Penal, Parte General. Editorial Marcial Pons Jurídicas, S.A. Madrid, 1995
Ibáñez Guzmán, Augusto, Apuntes de Derecho Penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibánez-Vocatio in jus,Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998
Latorre, Angel. Introducción al Derecho. Editorial Ariel Derecho. Barcelona, España, 2002
Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, editorial Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, España 1.981
Chiossone, Tulio. Manual de Derecho Penal Venezolano. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981
Luzón Domingo, Manuel. Tratado de la Culpabilidad y de la Culpa Penal. Editorial Hispano-europea, Barcelona, España, 1.960.
Aguiar-Guevara, Rafael. Tratado de Derecho Médico. Editorial Legis, Caracas, Venezuela, 2001
Arzola, Alejandro. Introducción al Derecho Penal. Editorial Vadell Hermanos, Caracas, Venezuela, 2002
Artega S. Alberto. La Responsabilidad Penal del Médico. Univer-

sidad Central de Venezuela, Caracas, 1984
Mir Puig, Santiago. Introducción a las Bases del Derecho Penal. Julio César Faira-Editor. Montevideo-Buenos Aires, 2003
Grisanti A, Hernando. Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Universidad de Carabobo, Valencia. 1981
Olaso, S.J., Luis. Introducción al Derecho. Manuales de Derecho. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1979
La Torre, Angel. Introducción al Derecho. Editorial Ariel Derecho. Barcelona, España. 2002.

Contenido

PRÓLOGO 7

JUSTIFICACIÓN 11

INTRODUCCIÓN 15

CAPITULO I: EL PROBLEMA 19

CAPITULO II: MARCO TEORICO 27

CAPITULO III: PARTE FINAL 145

ANEXO NRO 1. 160

ANEXO NRO. 2 173

ANEXO NRO 3 199

BIBLIOGRAFÍA 337

Este libro fue diseñado y exportado para su publicación en AMAZON por SULTANA DEL LAGO EDITORES, en los talleres gráficos del poeta Luis Perozo Cervantes, en Maracaibo, estado federal del Zulia, en el continente americano, del planeta tierra; a los 10 días del mes de julio de 2023, en el marco de la 5ta Feria Independiente del Libro de Maracaibo.