



Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas

**La noción de culpa grave en las sanciones penales previstas en la
Ley Orgánica de Telecomunicaciones**
**Trabajo Especial presentado para optar al Título de Especialista en
Ciencias Penales y Criminológicas**

Autora: Ana María Perich Rodríguez

Tutor: José Luis Tamayo Rodríguez

Caracas, abril de 2011

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación centra su estudio en la noción de culpa grave prevista en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, como concepto que podría amplificar el espectro de conductas objeto de represión penal y limitar el desarrollo del sector.

Las telecomunicaciones son una estructura social y económica fundamental, quizás la más importante infraestructura en la era de la información. En términos generales las nuevas tendencias están relacionadas con tres procesos muy dinámicos y de amplio alcance: la informatización de la sociedad, la globalización y las nuevas tecnologías.

El acelerado cambio que introducen los avances de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (NTICS), sumado a la convergencia y el vertiginoso desarrollo de esas tecnologías relacionadas con la informática, las telecomunicaciones y el procesamiento de datos, y sus casi ilimitadas posibilidades de aplicación, genera una revolución cultural que incide no sólo en las actividades propias del sector, sino también en las de los otros sectores vinculados a él.

Las telecomunicaciones y el Derecho Penal mantienen una estrecha relación dentro de esta sociedad global; de ahí que constituya un interés público esencial que no se puede dissociar de asuntos fundamentales de justicia social, y de regulación. Por otra parte, introduce transformaciones profundas, en la medida que se generan nuevas realidades delictivas que deben ser atendidas por el Derecho Penal sustantivo y el proceso penal.

El uso y desarrollo de las nuevas tecnologías produce riesgos y delitos anteriormente desconocidos en las sociedades, como por ejemplo ataques de carácter transfronterizo contra la libertad, intimidad, propiedad intelectual, estafas, fraudes, entre otros, cuya comisión ahora se facilita por contar con una plataforma tecnológica que brinda rapidez, eficiencia,

manejo remoto e impersonal, menores posibilidades de rastreo y mejor organización y operación de bandas delictivas.

Evidentemente, el Derecho Penal no escapa a esta forma de funcionamiento globalizado, informado y acelerado que en las sociedades ha impuesto el desarrollo del sector de las telecomunicaciones; y debe normar su funcionamiento y expansión. Ahora bien, debido a la importancia que revisten las telecomunicaciones para el desarrollo de las sociedades, esta acción reguladora sobre el sector debería ser aplicada justamente bajo esta premisa.

Dentro de esta acción reguladora, la presente investigación examina de manera especial, las sanciones por conductas culposas contenidas en la ley que regula el sector. Para ello, se analiza el significado del concepto de culpa grave, así como los criterios que sigue el decisor judicial para determinar la medida de la pena a aplicar, conforme a la prudencia y diligencia observada por el miembro social. A tal fin, la investigación se estructura de la siguiente manera:

El primer capítulo hace referencia a la evolución de las telecomunicaciones en Venezuela, su marco regulatorio y las iniciativas legislativas propuestas dentro del contexto global, político y económico correspondiente al período comprendido entre 1930 al presente.

El segundo capítulo desarrolla el marco teórico de la investigación. En él se examinan las corrientes de la Teoría del Delito para la comprensión del concepto de culpa grave, el cual parte del tratamiento que reciben los delitos culposos o imprudentes en la moderna dogmática penal y en la jurisprudencia venezolana.

El tercer capítulo se desarrolla en tres niveles. En un primer nivel de análisis se aborda el tema de las regulaciones de delitos culposos, sus grados y penalidades para el sector de las telecomunicaciones en el Derecho Comparado. En un segundo nivel, se examina el uso que este concepto ha tenido en otras leyes venezolanas y el tipo de sanciones

previstas. Un tercer nivel analiza el proceso técnico que desarrolló el legislador para incluirlo.

En el cuarto capítulo, analiza el alcance y efectividad de la norma prevista en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y el carácter represivo o no de esta ley, con base en la jurisprudencia nacional.

Finalmente, se ofrece el resultado y las conclusiones de la investigación.

Capítulo I: Aspectos Metodológicos

1.1 Título

La noción de culpa grave en las sanciones penales previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

1.2 Planteamiento del Problema

¿En qué consiste la noción de culpa grave incluida por el legislador para aplicar la sanción penal prevista en el artículo 188 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y cuáles son sus efectos sobre el desarrollo del sector?

1.3 Objetivos de la Investigación

1.4 Objetivo General

Analizar el contenido y alcance del concepto de culpa grave previsto por el legislador en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones conforme a la moderna dogmática jurídico-penal para determinar su impacto sobre el desarrollo del sector.

1.5 Objetivos Específicos

- Examinar la evolución del marco regulatorio del sector de telecomunicaciones, desde sus comienzos, en la década de 1930, hasta el presente, y su vinculación con la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV).
- Analizar el desarrollo de la teoría del delito a través de las posiciones doctrinarias más destacadas, especialmente el

tratamiento que recibe del delito imprudente y la gradación de la culpa.

- Investigar el tratamiento que le concede la jurisprudencia venezolana a la noción de culpa grave en el ámbito penal y en otras leyes venezolanas.
- Comparar la regulación de los delitos culposos previstos en otras legislaciones sobre telecomunicaciones.
- Examinar el proceso técnico-jurídico seguido por el legislador, con el fin de determinar las razones que lo llevaron a incluir la noción de culpa grave dentro de las sanciones penales previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.
- Caracterizar la pertinencia del concepto de culpa grave en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y su incidencia sobre el desarrollo del sector.

1.6 Ámbito de Estudio y Justificación de la Investigación

El ámbito de estudio de esta investigación se centra en el concepto de culpa grave incluido por el legislador en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, para sancionar conductas de carácter culposo. Son varios los motivos que justifican la elección de este tema.

En primer lugar, las telecomunicaciones como bien jurídico tutelado, sus formas delictivas y regulaciones, constituyen un tema que merece un análisis detallado debido a la importancia que ocupan en el desarrollo socioeconómico y político de la sociedad.

En segundo lugar, desde el punto de vista del Derecho Penal, la represión de las conductas culposas coloca a los jueces ante decisiones difíciles como por ejemplo la medida de la pena a imponer, especialmente debido a la complejidad que supone determinar los límites de prudencia y diligencia que debe formularle a un individuo en esta materia en particular.

En tercer lugar, hay que plantearse si es admisible la incriminación de estas conductas en relación con el principio de intervención mínima que inspira el Derecho Penal moderno y con el principio de la afirmación de la libertad personal que recoge el artículo 9 del Código Orgánico Procesal Penal.

En cuarto lugar, el tema de investigación cuenta con una relevancia que trasciende del campo del Derecho Penal. Las telecomunicaciones son consideradas como un sector estratégico para el desarrollo económico, social y político de las sociedades, pues modifica los procesos productivos de todos los sectores de actividad, introduce nuevas formas de organización o de asociación entre individuos, grupos, organizaciones, y establece formas de relación basadas en un sistema de red a través del cual la información se intercambia de manera permanente e intensiva.

En este sentido, sancionar conductas culposas en un sector tan dinámico, amplio, complejo y estratégico podría incidir negativamente, al restringir su capacidad de crecimiento y desarrollo.

1.7 Hipótesis

La incriminación penal de las acciones culposas o imprudentes prevista en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones restringe el desarrollo del sector.

1.8 Metodología de la Investigación

El método de investigación utilizado para el desarrollo de este trabajo es de tipo descriptivo (cuyo objetivo central es lograr la descripción o caracterización de un evento de estudio dentro de un contexto) – explicativo (que se ocupa de la generación de teorías, determina las causas de un evento y trata de detectar las relaciones entre eventos).

Igualmente, se utilizaron técnicas de análisis legislativo, jurisprudencial y de Derecho comparado. Las fuentes de investigación utilizadas fueron

fuentes primarias bibliográficas y hemerográficas, incluidas las obtenidas a través de la Internet.

Capítulo II: Evolución de las telecomunicaciones en Venezuela, su marco regulatorio y las iniciativas legislativas.

Por mucho tiempo, hablar del sector de las telecomunicaciones en Venezuela ha representado hablar de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV); de hecho, ha sido considerada la empresa de telecomunicaciones más importante del país¹, y ha controlado el mercado nacional de las telecomunicaciones durante seis décadas.²

Por esta razón, comenzaremos el análisis por la vinculación existente entre las propuestas legislativas para normar el sector, y el destino de la CANTV dentro del contexto sociopolítico nacional. Para facilitar este análisis hemos dividido la evolución del sector de las telecomunicaciones en cuatro períodos. En cada uno de estos períodos se analizará el contexto social, económico y político nacional; el cuerpo normativo o marco legal vigente y los cambios sufridos por la CANTV.

En cuanto a los aspectos referidos al cuerpo normativo o marco legal vigente para cada período, se estudiarán con especial atención las siguientes variables:

- El carácter punitivo de la ley
- El carácter restrictivo de la ley para el sector de las telecomunicaciones
- El manejo del elemento – discrecionalidad- por parte del decisor ante la aplicación del tipo penal culposo.

¹ <http://www.producto.com.ve/270/notas/empresas.html>.

² <http://www.producto.com.ve/183/notas/monopolio.html>.

2.1 Primer Período (1856-1946): El Inicio de las Telecomunicaciones en Venezuela y el Nacimiento de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela

Las telecomunicaciones en Venezuela se inician con el servicio de correo colonial, y posteriormente con la inauguración de la primera línea telegráfica de Venezuela Caracas - La Guaira en 1856.³ En 1883 llegan a Venezuela los primeros teléfonos. El gobierno de Venezuela desde el año 1890 hasta 1929 otorgó en varias regiones del país, numerosos permisos y concesiones para la instalación y explotación de redes telefónicas.⁴

La etapa de nuestra historia entre 1830 y 1870 estuvo dominada por la idea de la construcción de una sociedad ordenada liberalmente; sin embargo, a consecuencia de las guerras, los terremotos etc, el país estaba desprovisto de infraestructura, obras portuarias, escuelas, y otros servicios. Se participaba en el comercio internacional a través de la exportación de dos productos: el cacao y el café. Reinaba una precaria ganadería, y primitivas vías de comunicación.⁵

Bajo el mandato de Antonio Guzmán Blanco lo jurídico y lo político pierden terreno frente a la firme voluntad de crear condiciones propicias al adelanto económico.⁶ El nuevo régimen político destacó particularmente en lo relativo a la organización de la Administración Pública y la Hacienda Pública, y a la instrumentación legislativa del proyecto nacional. Se destacan en la primera por ejemplo, el establecimiento de la estadística (1871) y la realización de censos (1873).

³ <http://www.a-venezuela.com/venezuela/telecom.shtml>: Las correspondencias procedentes del exterior eran transportadas por buques de guerra hasta que la compañía Guipuzcoana asume tales actividades con sus servicios marítimos desde su establecimiento en el país en el año 1728. La primera administración postal fue creada durante la presidencia del General Páez en 1832, cuando se abren oficinas postales en las capitales de los estados y principales puertos del país. En 1859 circula la primera estampilla de correos en Venezuela.

⁴ Antonio Francés: *Aló Venezuela, Apertura y privatización de las telecomunicaciones*. 1a edición. Caracas. Ediciones IESA. 1993, p.82. Así por ejemplo, en 1883 se le otorga una concesión al general Abdón Otazo para establecer la comunicación telefónica de Villa de Cura, la Victoria, Cagua, Turmero, Maracay, Valencia y entre estas poblaciones y la capital. En 1894 se otorga concesión a la American Electric & Manufacturing Co. Para instalar aparatos telefónicos en las oficinas públicas del Gobierno Nacional.

⁵ Germán Carrera Damas: *Formulación definitiva del Proyecto Nacional: 1870-1900*. Serie Cuatro Repúblicas. Caracas. Cuadernos Lagoven. Caracas. Editorial Arte S.A. 1988, p.33.

⁶ Diego Bautista Urbaneja Arroyo: *La idea Política de Venezuela: 1830-1870*. Serie Cuatro Repúblicas Cuadernos Lagoven. Caracas. Editorial Arte S.A. 1988 p.103.

En relación a la segunda área, se comenzó a poner orden en el caos jurídico que vivía la sociedad como consecuencia de la ruptura del nexo colonial. De esta manera se elaboraron códigos en materia civil, penal, mercantil y militar que incorporaron principios liberales.⁷

En el período conocido como “Restaurador”, la economía no presenta transformaciones, predomina el monocultivo con equipo y laboreo arcaicos. Prevalece la inercia en materia de planificación. Continúa la dependencia de la banca foránea. Persiste el desempleo de los artesanos. No crecen las ciudades, aunque lucen retocadas por la construcción de algunos edificios públicos. Predomina la dejadez en materia educativa y de servicios.⁸

Bajo el mandato de Juan Vicente Gómez (período denominado como “Rehabilitador”), para el año 1914 se perfora el primer pozo petrolero comercial, localizado en Mene Grande, y se construye el primer oleoducto. Se hace promulgar una nueva carta que crea un ejecutivo bicéfalo: un Presidente electo y Comandante en Jefe del Ejército y un Presidente Provisional con funciones administrativas y de carácter formal.⁹ La economía, de base agro-exportadora, se transformó por el impacto de la explotación petrolera, mientras su estructura estatal se caracterizó por el intervencionismo, la formación de un ejército, tiranía desbordada, tortura, muerte y complicidad para negocios fraudulentos.¹⁰

El marco legal imperante para esa época le atribuía el dominio de las telecomunicaciones al Estado. Así, la Constitución de 1914¹¹ reservó al Poder Federal toda la competencia legislativa y ejecutiva en materia de telefonía y le otorgó al Presidente de la República la facultad de normar el servicio telefónico tanto público como privado. A objeto de reglamentar los

⁷ G. Carrera. D.: *Formulación definitiva...* op. cit., p.42.

⁸ *Ibidem*, p.35.

⁹ *Ibidem*, p.48.

¹⁰ *Ibidem*, p.116.

¹¹ Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 19 de junio de 1914. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 12.257 de fecha 19 de junio de 1914. Artículo 79: “Son atribuciones del Presidente de los Estados Unidos de Venezuela: 10º Reglamentar el servicio de Correos, Telégrafos y el de Teléfonos, públicos o particulares con facultad de crear y suprimir estaciones u oficinas federales que reclamen urgentemente estas medidas”. Caracas. p. 4.

servicios de telecomunicaciones, se promulga en 1918 la Ley de Telégrafos y Teléfonos Federales¹² y en el año 1927 la Ley sobre Comunicaciones Cablegráficas con el exterior.¹³ La muerte de Gómez (17 de diciembre de 1935) no produce cambios significativos en Venezuela desde el punto de vista social y político, se habla del gomecismo sin Gómez.¹⁴

Bajo el mando de Eleazar López Contreras, en 1936, ocurren manifestaciones colectivas, huelga general, se organizan los partidos, lo cual se intenta represar mediante regulaciones y con la nueva Constitución de 1936, pues la libertad no es una realidad tangible en Venezuela.¹⁵

A partir de 1941 le sucede otro mandato (Isaías Medina Angarita) en el que se crean nuevos despachos ejecutivos, se realizan cambios significativos en la educación y la cultura; se modifica la burocracia y la legislación, hay renovación de la vida intelectual y sucede una apertura ante la problemática social y lo foráneo.¹⁶

La Constitución de 1936¹⁷ mantiene en vigencia las disposiciones referentes a la competencia del Poder Federal en materia de telefonía, y posteriormente la Constitución de 1961¹⁸ ratifica esa competencia. El 20 de junio de 1930 nace como empresa privada la Compañía Anónima

¹² Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 13.487, de fecha 27 de junio de 1918. En ella se indica que el establecimiento de los telégrafos y teléfonos en Venezuela por cualquier sistema inventado o por inventarse es de la competencia exclusiva del Gobierno Nacional, y que el Ejecutivo Federal podrá, a su arbitrio, construir líneas telefónicas. También señala que mediante petición de los interesados o por contrato especial puede permitirse la construcción de líneas de tal naturaleza a particulares, siempre que se sometan a los requisitos que establecen las leyes.

¹³ Ley de Comunicaciones Cablegráficas con el Exterior del 01 de julio de 1927. Prevé que todo el que aspire a explotar el servicio de comunicación cablegráfica submarina con el exterior deberá presentar solicitud ante el Ministerio de Fomento y que será éste quien decida su otorgamiento. La ley les reconoce a estos particulares carácter de concesionarios de la prestación de un servicio público.

¹⁴ Elías Pino Iturrieta: *Venezuela metida en cintura: 1900-1945*. Serie Cuatro Repúblicas. Cuadernos Lagoven. Caracas. Editorial Arte. 1988, p.83.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 89 y ss.

¹⁶ *Ibidem*, p 97.

¹⁷ Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 21 de julio de 1936. Artículo 15: "Los Estados convienen en reservar a la competencia del Poder Federal: 14º Todo lo relativo a Correos, Telégrafos, Teléfonos y Comunicaciones inalámbricas". Artículo 91: "Todo lo relativo a la Administración Federal no atribuido a otra autoridad por esta Constitución es de la competencia del Poder Ejecutivo Federal, el cual se ejercerá por un Magistrado denominado "Presidente de los Estados Unidos de Venezuela", en unión de los Ministros del Despacho, que son sus órganos". Servicio Autónomo de Información Legislativa (SAIL). Textos Constitucionales 1811-1999, pp.4, 5 y 14.

¹⁸ Constitución de la República de Venezuela de 1961. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 662 Extraordinario del 23 de enero de 1961. Artículo 136: "Es de la competencia del Poder Nacional: 22. El correo y las telecomunicaciones".

Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), con el objetivo de construir y explotar una red telefónica en el Distrito Federal y en otras localidades del país.¹⁹

Durante el período 1930-1940 se incrementa el número de abonados, así como el número de concesiones para la explotación del servicio telefónico, lo que plantea la necesidad de revisar y corregir ese marco normativo, debido a la gran variedad de entidades que operaban en la prestación del servicio de telefonía. Se promulga en el año de 1936 la Ley de Telecomunicaciones²⁰, la cual deroga la Ley de Telégrafos y Teléfonos Federales de 1918²¹ pero se mantiene vigente la Ley de Comunicaciones Cablegráficas con el exterior de 1927.²²

Se promulga también en ese año, el nuevo Reglamento General de Telégrafos y Teléfonos Federales²³, el cual incluye un artículo que le permite al Ejecutivo Federal adquirir empresas telefónicas establecidas por particulares.

Durante esa década, debido al grado de evolución que experimentaba el sector, la aparición de la CANTV, así como las numerosas concesiones concedidas a particulares, el gobierno nacional se plantea rescatar el rol del Estado sobre el sector de las telecomunicaciones. Así, el 29 de julio de 1940 se promulga la nueva Ley de Telecomunicaciones²⁴ que deroga

¹⁹ <http://www.venciclopedia.com/in/dex.php?title=Cantv>. La Compañía Anónima Teléfonos de Venezuela (CANTV) fue fundada el 20 de junio de 1930, por los comerciantes Félix Guerrero y Manuel Pérez Abascal junto con el abogado Alfredo Pamirón mediante la concesión que obtuvo Guerrero del Ministerio de Fomento para explotar una red telefónica en el Distrito Federal y los demás estados del país. La naciente compañía fue registrada con un capital de 500.000 bolívares, y para iniciar sus operaciones adquirió la totalidad de las acciones de la empresa *Telephone And Electrical Appliances Company* por la entonces increíble suma de 17.500.000 bolívares, debiendo obtener el financiamiento para esta espectacular operación mediante una emisión de acciones por dicho valor. La compañía progresivamente adquirió diferentes empresas telefónicas particulares, que funcionaban en todo el territorio nacional, convirtiéndose en un monopolio, figura jurídica que no estaba prohibida en la legislación venezolana de ese tiempo.

²⁰ Ley de Telecomunicaciones de 1936. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 19.019 de 29 de julio de 1936, mediante la cual se establece el "régimen de servicios públicos cuya explotación se ha reservado el Estado", se incluyen telégrafo, teléfono y servicios inventados o por inventarse, estaciones radiodifusoras, radiotelevisoras y semafóricas. Dicha explotación se la reservaba el Estado, pero mediante contratos, permisos o concesiones podía otorgarle, excepcionalmente, dicha atribución a los particulares, cuya duración no sería mayor a un año.

²¹ Ley de Telégrafos y Teléfonos Federales. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 13.487 de 27 de junio de 1918.

²² Ley de Comunicaciones Cablegráficas con el Exterior de 01 de julio de 1927.

²³ Reglamento General de Telégrafos y Teléfonos Federales de 7 de diciembre de 1936. Artículo 128.

²⁴ Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 1940. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 20.248 de 1 de agosto de 1940. Artículos: 1º: "Salvo lo dispuesto en esta Ley o en Leyes especiales, el establecimiento y explotación de todo sistema de comunicación telegráfica por medio de escritos, signos,

la Ley de 1936²⁵, así como la Ley de Comunicaciones Cablegráficas con exterior de 1927.²⁶ La nueva ley le concede al Estado el derecho exclusivo de explotar los sistemas de comunicación en todas sus formas y el poder de otorgar concesiones a terceros que quieran proveer de tales servicios.

En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley de Telecomunicaciones de 1940 planteaba:

“El proyecto contiene varias disposiciones por las cuales se da expresa facultad al Ejecutivo Federal para adoptar determinados procedimientos. Ello encuentra su justificación en la naturaleza especial de los servicios a que se contrae dicho proyecto, que constituyen un verdadero monopolio del Estado, cuya administración, inspección y vigilancia es del resorte del Poder Ejecutivo. Como supremo administrador de ese monopolio nacional es lógico que ese poder disponga del derecho a establecer las condiciones bajo las cuales los particulares puedan explotarlo en determinados casos”.²⁷

Como monopolio del Estado, grava con diversos impuestos algunos servicios de telecomunicaciones. En este sentido se pronuncia la Exposición de Motivos

“El establecimiento de impuestos especiales para algunos servicios de telecomunicaciones que hasta ahora han venido sido explotados por particulares sin ningún provecho del Fisco Nacional, antes bien, con erogaciones apreciables por razones del numeroso personal necesario para controlar o inspeccionarlos debidamente. En tal virtud, se ha establecido un impuesto del 1% del producto bruto de las radiodifusoras comerciales, porque es perfectamente equitativo entre nosotros, como en otras partes del mundo que esas empresas constituidas con fines de lucro en virtud de permisos que le concede el Estado para explotar un servicio, responden en parte a los crecidos gastos que es necesario hacer para el debido control oficial. También se prevén sendos impuestos para las estaciones privadas de

señales, imágenes, y sonidos de toda naturaleza, por hilos sin ellos, u otros sistemas o procedimientos de transmisión de señales eléctricas o visuales, inventados por inventarse corresponde exclusivamente al Estado. Su administración, inspección y vigilancia al Ejecutivo Nacional, el cual la ejercerá por órgano del Ministerio del ramo, de conformidad con la presente Ley, y sus Reglamentos, y con las Convenciones, Tratados y Acuerdos vigentes. Sin embargo, el Ejecutivo Federal podrá otorgar permisos y concesiones a particulares para el establecimiento y explotación, o para empleo con fines educativos, de los servicios expresados cuando cumplidos por aquéllos las formalidades establecidas en los Reglamentos, garantizando el Estado de que el permiso o la concesión no perjudica sus propias instalaciones, ni la de los anteriores concesionarios, llene una necesidad de efectivo progreso”. Artículo 28: “La presente ley deroga la Ley de Telecomunicaciones de 28 de julio de 1936, la Ley sobre Comunicaciones Cablegráficas con el Exterior del 1º de julio de 1927 y cualesquiera otras disposiciones que contrarían lo en ella dispuesto”. Esta ley fue parcialmente modificada por: a) Decreto 481 de 18 de diciembre de 1958, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 25.844 de 22 de diciembre de 1958. b) Decreto Nº 541 del 16 de enero de 1959, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 25.865 de 17 de enero de 1959; c) Resolución Nº 259 de 15 de agosto de 1946, publicada en la Gaceta Oficial de República de Venezuela Nº 22.087 de 17 de agosto de 1946.

²⁵ Ley de Telecomunicaciones de 1936. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela Nº 19.019 de 29 de julio de 1936.

²⁶ Ley de Comunicaciones Cablegráficas con el Exterior del 01 de julio de 1927.

²⁷ Ley de Telecomunicaciones de 1940. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela Nº.20.248 de 1 de agosto de 1940. Exposición de Motivos.

radiocomunicación y para los aparatos receptores de noticias de prensa".²⁸

A partir de 1946, cuando la Junta Revolucionaria de Gobierno autoriza al Ministerio de Comunicaciones a contratar el establecimiento y administrar el sistema telefónico para las poblaciones del estado Táchira, comienzan a operar simultáneamente el Ejecutivo y los particulares. De esta manera la CANTV tuvo que competir con el Ministerio de Comunicaciones, el cual en esa fecha comenzó a ofrecer servicios de telecomunicaciones (telégrafo, télex y telefonía) con instalaciones propias.²⁹

2.2 Segundo Período (1947-1974): La Conversión de la Compañía Anónima Nacional de Teléfonos de Venezuela a empresa del Estado

En el año de 1947, se realizaron las elecciones generales resultando electo, por amplia mayoría, Rómulo Gallegos. Sin embargo su gobierno fue muy breve, del 15 de febrero hasta el 24 de noviembre de 1948, cuando fue derrocado por una Junta Militar. En 1950, el Presidente de la Junta Militar de Gobierno, Carlos Delgado Chalbaud fue secuestrado y asesinado. El coronel Marcos Pérez Jiménez, fue nombrado Presidente Provisional el 2 de diciembre de 1952.

Su gobierno inició un extenso programa de obras públicas y su política económica, ayudada por el auge petrolero, incrementando la riqueza y el bienestar del país. Es en esa época que se realizaron la autopista Caracas - La Guaira, la ciudad universitaria, las torres del Silencio, el teleférico del Ávila, el teleférico de Mérida, la autopista Tejerías - Valencia y la urbanización dos de diciembre (hoy en día 23 de enero). Sin embargo, fue una dictadura férrea a la que pronto comenzaron a enfrentarse los sectores económico, estudiantil, los profesionales y la iglesia. Empezaron las huelgas generales, las manifestaciones y el descontento generalizado, causando la huída de Marcos Pérez Jiménez y la consecuente caída de su gobierno el 23 de enero de 1958.

²⁸ Ibidem,

²⁹ A. Francés.: *Aló Venezuela...* op. cit., p.84.

En cuanto al sector de las telecomunicaciones, para el año de 1953 y a pesar que coexistían ambas empresas (la pública y la privada), el Gobierno Venezolano reorienta su política e inicia un proceso de nacionalización de las empresas telefónicas privadas, con el propósito de modernizar el servicio telefónico, ampliar su cobertura hacia áreas aún no beneficiadas con el servicio y reinvertir las utilidades en la mejora y ampliación del servicio.³⁰ Este importante proceso se inicia con la compra de acciones de la CANTV, y concluye con la adquisición de la empresa de teléfonos de San Fernando de Apure en 1973.

Desde 1958, Venezuela fue una democracia estable, configurada como un sólido sistema de partidos. Era una democracia muy característicamente latinoamericana, montada en un sistema económico-social desigualitario y con un sistema jurídico que no garantizaba los derechos de los grupos sociales desfavorecidos.³¹

El período de 1958 a 1968 puede considerarse una década de estabilización política y definición de las reglas de juego. Aún cuando en esta etapa se conocieron varios intentos de golpe militar, rebeliones y guerrillas, el período se caracterizó por la expansión de la educación, de los servicios de salud, la reforma agraria, urbana, y la consolidación de los principales partidos: AD y COPEI.³²

La adquisición de la propiedad de CANTV, crea solapamientos de funciones entre los organismos responsables del sector; el Ministerio de Comunicaciones y la empresa, y una serie de conflictos que se intentaron resolver mediante la promulgación de decretos y comisiones. Así por ejemplo, en 1960, se crea la Comisión de Telecomunicaciones³³, integrada por el Ministro de Comunicaciones, el Director de CORDIPLAN, el Director de la Comisión de Administración Pública, el Presidente de la CANTV y de un Director Técnico, con el objeto de planificar en forma

³⁰ Ibidem, p.85.

³¹ <http://e-espacio.uned.es/fez/eserv>

³² <http://www.biblioteca juridica.org/libros/3/1078/14.pdf>. Venezuela 1958-1999. El Derecho de una democracia Renqueante.

³³ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 26.383 de 15 de octubre de 1960.

integral las telecomunicaciones y eliminar duplicidades en la prestación de servicios.

Para el año 1962, mediante el Decreto de Reorganización de los Servicios de Telecomunicaciones³⁴, a través del cual se delimitan las áreas de responsabilidad del Ministerio y de la empresa, asignando a la CANTV la explotación de los siguientes servicios: telefonía local y de larga distancia nacional e internacional, télex nacional e internacional, radiotelefonía, facsímil, telefoto, transmisión de datos y facilidades para la transmisión de programas de radiodifusión y televisión.

Quedan por tanto bajo la responsabilidad del Ministerio de Comunicaciones, la administración y operación de los servicios de telegrafía, la administración y operación de los servicios de radiotelegrafía nacional e internacional, control del espectro radioeléctrico, control y supervisión de programas de televisión y radiodifusión y el establecimiento de tarifas.

En 1965 el gobierno le traspasa a CANTV las instalaciones telefónicas del Ministerio de Comunicaciones, y se promulga la Ley que Regula la Reorganización de los Servicios de Telecomunicaciones³⁵, en la cual se deslindan claramente las responsabilidades del Ministerio y de la CANTV, también se establece la exoneración del pago de impuestos a la CANTV y se incluye un contrato para regular las relaciones entre el Estado representado por el Ministerio de Comunicaciones y la empresa mediante el cual se le otorga el derecho exclusivo de operar los servicios de comunicaciones en Venezuela por los próximos 25 años.

Las empresas, que como producto de este proceso de la nacionalización son adquiridas del sector privado se van fusionando con la CANTV, y a partir del año de 1974, ésta pasa a operar en el sector como un monopolio telefónico nacional, y se convierte en el instrumento

³⁴ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 26.887 de 29 de junio de 1962.

³⁵ Gaceta Oficial la República de Venezuela N° 27.781 de 8 de agosto de 1965.

privilegiado del Estado para el desarrollo de los servicios telecomunicaciones.

En la década de los 70 el Estado venezolano se enriquece por el alza de los precios del petróleo, especialmente en 1973, como consecuencia de la crisis petrolera.³⁶ El Estado se convierte en regulador de la economía, y nacionaliza diversas empresas entre esas la petrolera, se erigen importantes barreras a la inversión extranjera, y se realizan enormes inversiones en diversas empresas.³⁷

Hasta finales de la década de los setenta ese mismo marco regulatorio, y ese entorno económico favorable, le permitió al Estado asumir el papel de promotor del desarrollo, mediante la creación y nacionalización de empresas que requerían elevados montos de inversión, lo cual fue posible gracias al excedente de recursos provenientes de esas exportaciones y las facilidades crediticias prevalecientes en la década de los 70.

Durante ese período, podemos apreciar que el Estado venezolano concentró todos sus esfuerzos en consolidar un verdadero monopolio de los servicios de telecomunicaciones, hecho que se materializó a través de la compra de CANTV y la nacionalización de otras empresas prestatarias de estos servicios que se fueron fusionando a ésta.

2.3 Tercer Período (1975-1991): Declive, Privatización y Reestructuración de la empresa Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV)

En 1979 el nuevo gobierno, representado por Luis Herrera Campis, pone de manifiesto la magnitud del endeudamiento público, por lo que a partir de 1980 se comienza a percibir las dificultades con el sistema adoptado. Para 1982 se establece el control de cambio y le siguen sucesivas devaluaciones de la moneda y un aceleramiento de la inflación. Esa

³⁶ Ibidem,

³⁷ Ibidem

política económica confusa detiene la inversión privada en el país, por lo que el crecimiento económico fue débil.³⁸

La última década es la descomposición del sistema. En 1989 se intentó un cambio radical en la política. El 2 de febrero de 1989 asume la presidencia Carlos Andrés Pérez³⁹, y ante la crítica situación económica que vivía el país recurrió al Fondo Monetario Internacional (FMI), obligándose a ejecutar un programa de reformas económicas (conocido como “El Paquetazo”) que incidieron de manera determinante en los sectores sociales más vulnerables.

Una de las últimas medidas implementadas en ese año fue el ajuste del precio de la gasolina, la cual sumada a la inestabilidad de los ingresos petroleros, el elevado endeudamiento, el crecimiento del gasto público, la politización de los sindicatos, y una elevada tensión social acumulada por el deterioro progresivo del nivel de vida de la población, provocó el estallido de una revuelta social denominada “El Caracazo”, en la que el país vivió violentas protestas y saqueos que obligaron a llamar al ejército a restablecer el orden.⁴⁰

Otro costado de este paquete de medidas implicó un proceso de reforma institucional del Estado, cuyo objetivo fue redimensionar su tamaño, mejorar su eficiencia y reorientar su intervención hacia las áreas sociales. Así mismo, contemplaba la privatización de las empresas del Estado, tal como se expresa en los Lineamientos Generales del VIII Plan de la Nación (1989-1994).⁴¹

³⁸ <http://www.bibliotecajuridica.org/libros/3/1078/14.pdf>. Venezuela 1958-1999. El Derecho de una democracia Renqueante.

³⁹ El Diario de Caracas: *La toma de Posesión. CAP se juramenta ante Venezuela*. Caracas, 2 de febrero de 1989, p. 2.

⁴⁰ <http://www.bibliotecajuridica.org/libros/3/1078/14.pdf>. Venezuela 1958-1999. El Derecho de una democracia Renqueante.

⁴¹ Oficina Central de Coordinación y Planificación de la Presidencia de La República (CORDIPLAN). VIII Plan de la Nación: El Gran Viraje. 1990. Venezuela. <http://www.gumilla.org/biblioteca/php/buscar.php?>

Ese escenario político- social terminó de debilitarse aún más cuando en el año 1992, el actual Presidente de Venezuela (Hugo Chávez Frías), ejecutó un golpe de estado en el mes de febrero del mismo año.⁴²

En este tercer período (década de los ochenta e inicio de los noventa), el marco regulatorio del sector de las telecomunicaciones empieza a debilitarse. La economía sufrió fuertes tendencias recesivas; la escasez de recursos fiscales y la deuda externa afectaron el funcionamiento del Estado.⁴³

Al igual que el país, la empresa CANTV se caracterizó por un profundo estancamiento en sus inversiones, conflictos internos y una importante disminución de los estándares de calidad del servicio, que provocó el despido de un importante grupo de trabajadores por parte del Presidente de la empresa, Nerio Neri⁴⁴, quien alegó una supuesta penetración de grupos de izquierda. El autor Antonio Francés refiere al respecto:

“El despido de cerca de doscientos ingenieros en 1980 privó a la empresa de su capital más valioso, de manera posiblemente irrecuperable. La formación, consolidación y posterior dispersión de este grupo constituye quizás un fenómeno singular en la historia de las telecomunicaciones en Venezuela, conocido por pocos, y que no debe ser olvidado, ya que representa un antecedente fundamental para entender las circunstancias que llevaron a la privatización de la CANTV”.⁴⁵

Mientras el mundo de las telecomunicaciones experimentaba cambios significativos, el deterioro de la CANTV era exponencial. Entre 1989 y 1990, la empresa arroja pérdidas por primera vez⁴⁶, por lo que algunos representantes del sector indicaban que era el momento de buscar soluciones definitivas, aunado a que la concesión de la CANTV expiraría en julio del año 1990. De esta manera se comienza a manejar la idea de la privatización de la CANTV.

⁴² <http://bibliotecadigital.udo.edu.ve/revistasaber/pdf>.

⁴³ <http://e-espacio.uned.es/fez/eserv>.

⁴⁴ http://www.cantv.com.ve/portales/cantv/data/CANTVINF06/06_presidentes.asp. 2007. Nerio Neri Mago estuvo a cargo de la presidencia de la CANTV durante el período (1980-1984).

⁴⁵ A. Francés.: *Aló Venezuela...* op. cit., p. 4.

⁴⁶ *Ibidem*, p.337.” La CANTV tuvo pérdidas por 5 mil millones de bolívares en 1989 y 4 mil en 1990. Para fines de 1990 la empresa había perdido su patrimonio, y estaba técnicamente quebrada, según los reflejado en los estados financieros”.

En noviembre de 1989, una misión del Banco Mundial visitó la CANTV, y realizó una evaluación del sector telecomunicaciones venezolano que culminó en febrero de 1990, con un informe que indicaba que el gobierno venezolano deseaba reestructurar la CANTV privatizando algunos de sus servicios, y crear un ente regulador.

El informe contenía un diagnóstico de la CANTV, el cual arrojó una baja calidad de servicio, insatisfacción de la demanda, obsolescencia tecnológica, estructura tarifaria distorsionada, marco jurídico obsoleto y necesidad de mejorar la gerencia y los recursos humanos de la compañía.⁴⁷

Sin embargo, Fernando Martínez Móttola, coordinador de la Comisión de Reestructuración de Empresas del Sector Público creada el 20 de marzo de 1990, rechazó el plan y comenzó a vender en el gobierno la idea de la privatización.

La existencia de posiciones antagónicas, la de CORDIPLAN favorable a la privatización y la de la gerencia de CANTV, partidaria de la reestructuración⁴⁸, (quien había propuesto una Ley de Reorganización de las Telecomunicaciones, que suponía la renovación de la concesión que vencería en el mes de julio) dio lugar a la creación en el mes de marzo de 1990 de un Grupo de Reestructuración del Sector de las Telecomunicaciones que tenía como objetivos finales:

a) La elaboración de un plan para el desarrollo del sector, b) La privatización de la CANTV, c) La reforma del sistema regulatorio, d) nuevo ente regulador de las telecomunicaciones y e) Apertura del sector a la participación de nuevos capitales y proyectos.⁴⁹

El diagnóstico de los asesores sobre la situación real de CANTV, puso de relieve las dificultades para su recuperación dado el pobre desempeño y

⁴⁷ Ibidem, p.90 y ss.

⁴⁸ Diario El Nacional. "Armando Loynaz: No está planteada la privatización en la CANTV". 18 de octubre de 1989, p. D/9.

⁴⁹ José Araujo Juárez: *Derecho de las Telecomunicaciones*. Caracas. FUNDENA, 1997, p.37.

la necesidad de significativos montos de inversión para actualizar la red de telecomunicaciones del país. Asimismo, se hicieron evidentes las limitaciones que imponía la normativa que regía las empresas públicas venezolanas, para acometer el proceso de reestructuración de la empresa, razón por la cual, la Comisión de Reestructuración planteó la necesidad de privatizarla.

El escenario socioeconómico de Venezuela para los inversionistas no podría ser peor. Por esta razón, el Gobierno Nacional se vio en la obligación de cambiar de paradigma para proyectar una buena imagen del país, con la finalidad de lograr que inversionistas en todas las áreas, particularmente de las telecomunicaciones, tuvieran confianza en traer sus capitales, para así ayudar a impulsar la economía nacional.⁵⁰

Para el mes de abril de 1990, el gobierno venezolano había dado a su conocer su posición oficial: se trataba de reestructurar el sector de telecomunicaciones y privatizar la CANTV, pero sin afectar las bases del negocio y su atractivo para los inversionistas; privatizar la telefonía celular, los servicios de valor agregado y otros servicios adicionales, abriendo así el sector de las telecomunicaciones a la competencia y se proponía además crear un ente regulador.

Después de explorar diversas alternativas para abordar la privatización de la CANTV⁵¹, el Presidente de la República finalmente aprobó poner en venta el 40% de las acciones de la compañía y el 11% de las acciones a los trabajadores de la empresa.⁵²

En 1991 se abre en Venezuela la competencia de los servicios de telecomunicaciones⁵³, se le otorga a la empresa Telcel la concesión Banda A de telefonía móvil celular⁵⁴ y el 15 de noviembre de 1991, se

⁵⁰ <http://bibliotecadigital.udo.edu.ve/revistasaber/pdf>.

⁵¹ A. Francés.: *Aló Venezuela...* op. cit., pp.29. y ss. Se formularon dos: el contrato de gestión y el arrendamiento con opción de compra.

⁵² El Diario de Caracas. "La CANTV no se arrienda, se vende". 12 de junio de 1991. p.18.

⁵³ A. Francés.: *Aló Venezuela...* op. cit., p.181.

⁵⁴ Diario El Reporte. "Telcel ofreció más de 5 mil millones de Bolívares por la concesión de la Banda A de telefonía móvil". 16 de enero de 1991. p. 2. El Diario de Caracas: "Empresa Telcel ganó licitación en telefonía móvil". 16 de enero de 1991. p.19.

llevó a cabo la apertura de ofertas de la licitación para la colocación del 40% de las acciones de la CANTV⁵⁵, y la venta del 11% de las acciones de la empresa a los trabajadores⁵⁶, después de un arduo proceso de información, persuasión y negociación con diversos sectores.⁵⁷

Todas las acciones emprendidas culminaron con:

La aprobación del contrato de compra venta que fue firmado el 6 de diciembre de 1991.⁵⁸

Una propuesta de Ley de Telecomunicaciones presentada al Congreso Nacional en 1991, aprobada en primera discusión por la Comisión de Administración y Servicios de la Cámara de Diputados, que finalmente no fue aprobada.⁵⁹

Este proyecto aspiraba regular los servicios y sus operadores, los contratos de concesión, el derecho del ciudadano a la comunicación y su inviolabilidad, así como crear un ente regulatorio autónomo, establecer reglas más equitativas respecto de la potestad sancionatoria del Estado para revocar concesiones, ya que se consideraba que la misma era demasiado amplia.

La creación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), en 1991⁶⁰, con carácter de servicio autónomo sin personalidad jurídica, adscrita al Ministerio de Transporte y Comunicaciones (MTC), con autonomía de gestión, financiera y presupuestaria, y tenía como objetivos generales los siguientes:

⁵⁵ A. Francés.: *Aló Venezuela...* op. cit., p. 73.

⁵⁶ Ibidem, pp. 54 y ss. El convenio de participación accionaria de los trabajadores fue firmado entre el Presidente de la CTV y el Presidente del FIV una hora antes de la fecha fijada para la apertura de los sobres con las ofertas, el día 15 de noviembre.

⁵⁷ El Diario de Caracas. "Martínez Mottola garantizó a los trabajadores la estabilidad laboral". 22 de septiembre de 1991, p.21.

⁵⁸ <http://www.servicios.iesa.edu.ve/portal/CasosDocentes/Telmex-cantv.pdf>. El consorcio Venworld Telecom (integrado por GTE, Telefónica de España, Electricidad de Caracas, Mercantil Servicios Financieros y At&T) adquiere el control del paquete accionario licitado. El monto de esta operación fue de US\$ 1885 millones. Los términos de la concesión contemplaban un periodo inicial de 35 años sujeto a una extensión adicional de 20 años, y establecían que CANTV sería el proveedor exclusivo de servicios de comunicaciones locales, de larga distancia nacional e internacional, hasta el año 2000.

⁵⁹ Diario Economía Hoy. "Aprobada en primer discusión la Ley de Telecomunicaciones". 17 de mayo de 1991. p.4.

⁶⁰ Decreto N° 1826 del 05 de septiembre de 1991. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.801 de 18 de septiembre de 1991.

“1.- Garantizar a todos la oportunidad de acceso a los servicios básicos de telecomunicaciones, 2.- Contribuir al desarrollo del país mediante la definición de políticas generales para el desarrollo del sector, 3.- Promover el desarrollo tecnológico, a fin de facilitar el acceso al mercado de nuevos servicios, 4.- Regular y controlar la operación de los distintos servicios de telecomunicaciones prestados por las diversas operadoras, y 5.- Regular la prestación de los servicios desde el punto de vista económico financiero, a través de la determinación de las tarifas de los servicios prestados”.⁶¹

2.4 Cuarto Período (1991-2011): La Inminente Expiración de la Concesión de la CANTV, la nueva Ley de Telecomunicaciones y la Apertura según el gobierno Nacional

En 1993 el Presidente Carlos Andrés Pérez es enjuiciado ante la Corte Suprema de Justicia y destituido por acusaciones de corrupción. En diciembre de ese año, Rafael Caldera es expulsado del partido que había fundado, COPEI, y es elegido Presidente de Venezuela.⁶²

En 1998 es electo Presidente Hugo Chávez Frías que plantea una reforma de la Constitución y del sistema político. En 1999 se aprueba una nueva Constitución que acrecenta los poderes del Presidente, disminuye los del Congreso y permite a los militares una mayor participación política. El sistema político no se anuncia como una democracia liberal y se tienen dudas sobre la independencia del poder político por parte del Tribunal Supremo, Defensoría del Pueblo, Fiscalía y Contraloría.⁶³

El inicio de la gestión de la CONATEL (en el marco de la privatización de CANTV y su contrato de concesión) marca una profunda diferencia respecto de cómo se manejaban las relaciones con el MTC. Sin embargo, la subordinación de CONATEL al Ministerio, y su carencia de ingresos propios conforman una situación legal y financiera precaria, que no

⁶¹ J. Araujo J.: *Derecho de las Telecomunicaciones*. ...op. cit., pp. 45 y 46.

⁶² <http://www.biblioteca juridica.org/libros/3/1078/14.pdf>. Venezuela 1958-1999. El Derecho de una democracia Renqueante.

⁶³ *Ibidem*

garantiza la continuidad de la actuación del ente regulatorio ni de su equipo de trabajo.⁶⁴

Esos elementos generaron situaciones que contrastan desde el punto de vista de su autonomía; los vaivenes políticos incidieron en la estabilidad del equipo directivo la institución así como en sus políticas debido a los frecuentes cambios de Ministro, lo cual a su vez trajo como consecuencia, alta rotación del personal técnico, burocratización administrativa, ausencia de cultura organizacional, entre otros.

En referencia a las atribuciones de CONATEL previstas en su Decreto de creación⁶⁵, se desprende que su misión debía orientarse hacia cuatro aspectos fundamentales: planificar, dirigir y supervisar los servicios de telecomunicaciones; regular el mercado a través de concesiones y permisos y la administración de esos derechos, la administración del espectro radioeléctrico; garantizar los derechos de los consumidores y promover la inversión y la innovación tecnológica.

Sin embargo, las tareas del ente regulador, se centraron en los aspectos propiamente regulatorios, la administración y supervisión del espectro radioeléctrico, el seguimiento y cumplimiento de los compromisos adquiridos en los contratos de concesión de CANTV y TELCEL, la autorización de concesiones y permisos para nuevos servicios, y a la definición de normas y lineamientos para éstos servicios.⁶⁶

Se dictaron diversos reglamentos para regular nuevos servicios, por ejemplo el de operación de telefonía móvil celular⁶⁷, el tema de la planificación del sector no fue prioritario para la institución. La protección de los derechos de los consumidores, tampoco ocupó un lugar relevante, y lo relativo a la promoción de inversiones y a la innovación tecnológica

⁶⁴ A. Francés.: *Aló Venezuela*....op. cit., p. 397.

⁶⁵ Decreto N° 1826 del 5 de septiembre de 1991. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.801 de 18 de septiembre de 1991.

⁶⁵ A. Francés.: *Aló Venezuela*....op. cit., p. 397.

⁶⁵ Decreto N° 1826 del 5 de septiembre de 1991. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.801 de 18 de septiembre de 1991.

⁶⁶ A. Francés.: *Aló Venezuela*....op. cit., p. 396.

⁶⁷ Decreto N° 1584 de 09 de mayo de 1991. Reglamento sobre la operación de telefonía móvil celular. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.721 de 24 de mayo de 1991.

quedó en manos de empresas privadas, que asumieron los riesgos de la carencia de un marco legal adecuado y transparente.

Aunado a la sujeción de CONATEL a las normas que rigen a la Administración Pública como ente dependiente de la administración central⁶⁸, y la concentración de sus actividades en el aspecto operativo, se suma la ausencia de un marco regulatorio adaptado a la dinámica de cambio de este sector, que determinó que el organismo continuara supeditado a las decisiones políticas, limitando así su capacidad de gestión y comprometiendo su eficiencia, en cuanto a la continuidad y coherencia de políticas claves para el desarrollo del sector, y su apertura a la captación de nuevos inversionistas.

En 1999, con el inicio del nuevo período presidencial, ejercido por Hugo Chávez Frías, se proclama una nueva Constitución que ratifica la exclusiva competencia del Estado en materia de telecomunicaciones.⁶⁹ Así mismo, se designa un nuevo Ministro de Infraestructura y se reemplaza al Director General⁷⁰ y a toda la plana gerencial de CONATEL. Este nuevo equipo directivo realiza una evaluación en la institución y plantea su reestructuración, tomando en consideración que la misma no se corresponde con la realidad del sector y que debe ser adaptada a las nuevas condiciones. La reestructuración del sector contempló cambios de orden jurídico, así como en la estructura organizacional e infraestructura técnica de CONATEL.

En el primer trimestre del 2000, se presentó el Plan Nacional de Telecomunicaciones⁷¹ (para insertar a la nación dentro del concepto de la sociedad del conocimiento) el cual contiene lineamientos generales a largo plazo que reflejan las proyecciones del sector a doce años; así como alcances y metas a mediano (6 años), y corto plazo para el primer

⁶⁸ J. Araujo J.: *Derecho de las Telecomunicaciones*.op. cit., p. 27 y ss.

⁶⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. Gaceta Oficial N° 5453 de 24 de marzo 2000. Artículo 156 "Es de la competencia del Poder Público Nacional: 28. El régimen del servicio de correo y de las telecomunicaciones, así como el régimen y la administración del espectro electromagnético". Caracas. Servicio Autónomo de Información Legislativa (SAIL). Textos Constitucionales 1811-1999. p. 643.

⁷⁰ http://venciclopedia.com/index.php?title=Diosdado_Cabello. Entre febrero de 1999 y mayo de 2001, Diosdado Cabello se desempeñó como Director de CONATEL.

⁷¹ <http://efemeridesvenezolanas.com/html/apertura1.htm>.

año, todo lo cual se traduciría en acciones concretas que imprimirían transparencia al funcionamiento del mercado para los nuevos inversionistas, e impulsar la expansión de los servicios de telecomunicaciones, motivado a la inminente expiración de la concesión de la CANTV en noviembre del 2000.

De igual manera el 22 de mayo de 2000, el Ejecutivo emite un decreto mediante el cual en su artículo 1º declara el uso y acceso de internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social, y político de la República.⁷²

El 12 de junio del 2000 se sanciona la nueva Ley Orgánica de Telecomunicaciones⁷³, la cual contempla el régimen general que regula la prestación de los servicios de telecomunicaciones, y prevé disposiciones de carácter transitorio dirigidas a regular el proceso de apertura del sector a los fines de lograr la integración nacional, masificar el acceso a la información e impulsar el desarrollo de la educación y la salud.

La nueva normativa presenta cambios respecto de la legislación de 1940:

- Tiene carácter de orgánica.
- Deja de lado su definición servicio público⁷⁴ y lo caracteriza como actividad económica de interés general⁷⁵; cualquier particular tiene derecho a prestarlos, sujeto a las regulaciones que establezca el Estado en aras del interés público.

⁷² Decreto N° 825 de 10 de mayo de 2000. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.955 de 22 de mayo de 2000.

⁷³ Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.970 de 12 de junio de 2000.

⁷⁴ Ley de Telecomunicaciones de 1940. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 20.248 de 1 de agosto de 1940. Exposición de Motivos: "Se hace necesario separar lo que es verdaderamente de orden legal, de lo que es de orden reglamentario, con mayor razón en las leyes que se refieren **al servicio público** cuya explotación se ha reservado al Estado en principio".

⁷⁵ Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.970 de 12 de junio de 2000. Artículo 5: "El establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones se consideran actividades de interés general, para cuyo ejercicio se requerirá la obtención previa de la correspondiente habilitación administrativa y concesión de ser necesaria, en los casos y condiciones que establece la ley, los reglamentos y las Condiciones Generales que al efecto establezca la Comisión Nacional de Telecomunicaciones".

- Prevé la libre competencia como el mecanismo fundamental de funcionamiento, bajo la supervisión de Pro-Competencia.⁷⁶
- Los operadores tienen la obligación de prestar los servicios de telecomunicaciones con base en estándares mínimos de penetración, acceso, calidad y asequibilidad económica, con independencia de la localización geográfica.⁷⁷
- La Administración Pública de las telecomunicaciones está integrada bajo un esquema a dos niveles. Por una parte, el Ministerio de Infraestructura al que se le atribuye la dirección de las telecomunicaciones en el Estado⁷⁸, y por otro lado CONATEL, como instituto autónomo dotado de autonomía técnica, financiera, organizativa y administrativa, adscrito al Ministerio de Infraestructura, y con competencias para la regulación, planificación, promoción, desarrollo y protección de las telecomunicaciones en todo el espacio geográfico nacional.⁷⁹
- Se crea el Fondo de Servicio Universal⁸⁰, un gran "pote" constituido por el 1 % de los ingresos brutos de los operadores⁸¹, con el fin de maximizar el acceso a la información, desarrollo educativo y de servicio de salud, ofrecer servicios a las zonas de difícil acceso y poco rentables y a los estratos sociales a los que la libre competencia no beneficia en forma directa o en el corto plazo.⁸²

⁷⁶Ibidem, Artículo 2: "Los objetivos generales de esta ley son: 3. Procurar condiciones de competencia entre los operadores de servicios". Artículo 14: "Los operadores de servicios de telecomunicaciones, debidamente acreditados tienen los derechos siguientes: 2. A participar con el carácter de oferentes, en procesos de selección para la obtención de la habilitación... según las decisiones o recomendaciones que al efecto pueda dictar la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Los participantes en estos procesos lo harán en igualdad de condiciones".

⁷⁷Ibidem, Artículo 15. "Los operadores de servicios de telecomunicaciones debidamente acreditados, tienen los siguientes deberes: 2. Respetar las condiciones de calidad mínimas establecidas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en la prestación de sus servicios, de conformidad con los reglamentos de esta ley".

⁷⁸ Ley Orgánica de Administración Central. Decreto N° 369 de 14 de diciembre de 1999. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.850 de 1999. Artículo 48: "Corresponde al Ministerio de Infraestructura la regulación y control de las telecomunicaciones en general y de los servicios telefónicos, la fijación de tarifas sobre los servicios especificados en este artículo".

⁷⁹ Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.970 de 12 de junio de 2000. Artículos 34 y 35.

⁸⁰ Ibidem, Artículo 54.

⁸¹ Ibidem, Artículo 151.

⁸² Ibidem, Artículo 49.

- Se crea el Fondo de Investigación y Desarrollo de las Telecomunicaciones (FIDETEL) que propicia el desarrollo y la transferencia de tecnología.⁸³
- Se establece una tipificación bastante extensa de infracciones administrativas y de sus correspondientes sanciones, las cuales podrían considerarse bastante severas, incluso podría decirse excesivas.⁸⁴
- Se prevén sanciones penales para conductas dolosas y para quién actúe con culpa grave.⁸⁵

Este nuevo marco regulatorio sería el escenario por medio del cual se llevaría a cabo el tan sonado proceso de apertura del sector, que emprendería el Estado a través de CONATEL, cuyos objetivos serían: a) Transformar el sector de telecomunicaciones y convertirlo en uno de los ejes fundamentales para el crecimiento económico del país. b) Promover nuevas inversiones que contribuyan a la diversidad, calidad, expansión y desarrollo de servicios de telecomunicaciones. c) Facilitar el posicionamiento de Venezuela en los mercados regionales Andinos y del Caribe. d) Disponer de una red integrada y conectada con el mundo entero, donde el acceso a la información debe ser de uso masivo. e) Promover el desarrollo social y la equidad.⁸⁶

La nueva Ley Orgánica de Telecomunicaciones pondría fin al monopolio que la CANTV tenía en el servicio de telefonía básica⁸⁷, para abrirse a

⁸³ Ibidem, Artículo 66

⁸⁴ Luis Fraga Pittaluga. "Régimen sancionatorio de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones". Comentarios a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Caracas. Andersen Legal. 2001, p. 241.

⁸⁵ Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.970 de 12 de junio de 2000. Artículos 188 y 189. Artículo 188: "Será penado con prisión de cuatro a doce meses: 1. Quien con culpa grave cause daños a equipos terminales destinado al acceso público, instalaciones o sistemas, de telecomunicaciones de manera que interrumpa parcialmente o impida la prestación del servicio. 2. El que con culpa grave produzca interferencias perjudiciales que interrumpan parcialmente o impida la prestación del servicio. 3. El que use o disfrute en forma fraudulenta de un servicio o facilidad de telecomunicaciones". Artículo 189: "Será penado con prisión de uno a cuatro años: 1. Quien con dolo cause daños a equipos terminales destinado al acceso público, instalaciones o sistemas, de telecomunicaciones que interrumpa parcialmente o impida la prestación del servicio. 2. El que utilizando equipos o tecnologías de cualquier tipo, proporcione a un tercero el acceso o disfrute en forma fraudulenta o indebida de un servicio o facilidad de telecomunicaciones. 3. Quien en forma clandestina haga uso del espectro radioeléctrico. Se entenderá que existe uso clandestino del espectro radioeléctrico cuando, en los casos en que se requiera concesión, no medie al menos la reserva de frecuencia correspondiente. 4. El que produzca interferencias perjudiciales con el fin específico de generar la interrupción de un servicio de telecomunicaciones".

⁸⁶ <http://efemeridesvenezolanas.com/html/apertura1.htm>. Plan Nacional de Telecomunicaciones.

⁸⁷ Francisco J Briceño C.: "Comentarios Introdutorios a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones". Comentarios a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Caracas. Andersen Legal. 2001, p. 24.

nuevos inversionistas deseosos de comercializar diversos servicios. Las áreas de nuevos productos se orientarían a radiomensajes personales, redes privadas de telecomunicaciones, telefonía celular, televisión por suscripción, telefonía pública y todos los tipos de transmisión de voz, datos y video existentes.

A juicio de representantes del gobierno como por ejemplo, el ex Director de CONATEL, Ingeniero Alvin Lezama, la seguridad jurídica y económica que implica este marco legal abriría y liberalizaría el mercado de las telecomunicaciones, facilitando y garantizando las inversiones privadas y el mercado de la libre competencia, todo lo cual activaría la imaginación de los desarrolladores de tecnología y servicios para saturar al mercado venezolano de opciones que faciliten la calidad de vida de los venezolanos al cubrir sectores menos favorecidos.⁸⁸

Sin embargo, la apertura del sector estuvo limitada a la apertura de procesos licitatorios que CONATEL adelantó en noviembre del 2000, para otorgar cinco licencias de WLL⁸⁹ (tecnología inalámbrica de lazo local), ya que sólo una empresa Génesis Telecom (filial de Bell Canada) ofrecía para ese momento el servicio LMDS (sistemas de distribución local multipunto, que permite transmisiones inalámbricas en banda ancha), lo cual permitiría masificar Internet, dado que las líneas telefónicas ya no son suficientes para transmitir grandes cantidades de información.⁹⁰

⁸⁸ <http://www.encontrarte.aporrea.org/47/entrevista/>.

⁸⁹ <http://www.pc-news.com>. WLL: Wireless Local Loop es un sistema en el cual la central de comunicaciones local y los suscriptores, se conectan usando la tecnología de radio bases en lugar de hacerlo a través de cables. Los servicios de acceso de WLL generalmente están basados en tipos diferentes de tecnologías: análogas o digitales, LMDS, o distintos sistemas desarrollados para aumentar las capacidades de la telefonía inalámbrica. El sistema WLL fijo tiene cuatro usos potenciales: para llevar los servicios de telefonía a las áreas desatendidas en el mundo; para proveer de servicios avanzados a las áreas de negocios; para reemplazar los sistemas cableados en las zonas comerciales y residenciales; y como una alternativa de tecnología de bucle local para mercados nuevos o liberalizados. WLL está siendo implementado en países en desarrollo que no cuentan con sistemas de cableados adecuados, o donde la topología del terreno hace que la instalación de cables sea problemática. WLL ofrece las ventajas de una instalación y configuración rápida, lo cual elimina los altos costos asociados al tendido de cables. El término WLL, también es usado para referirse a sistemas móviles de bajo poder.

⁹⁰ <http://www.encontrarte.aporrea.org/47/entrevista/>. El Director de CONATEL Alvin Lezama en entrevista para encontrarte dijo lo siguiente: "En el 2001 nosotros hicimos una subasta para operar con la tecnología WLL. Obtuvimos 20 millones de dólares y entraron 14 compañías transnacionales: Telcel, ahora Movistar de Telefónica, Genesis, Digitel, ENTEL Chile, Telecomunicaciones Newcom, Procesamientos Electrónicos de Datos, Infonet, CANTV y otras más. Fue un exitazo. Nosotros creímos que así iba a aumentar la competencia, que iban a bajar las tarifas y a mejorar y ampliarse el servicio para la población, en fin más oferta, más cobertura, más calidad. Nada más falso. Este es el espejismo del neoliberalismo. La realidad fue bien otra. Todas estas empresas prácticamente quebraron y no logramos cambiar la distribución de las

Si el escenario del sector de las telecomunicaciones era complejo, no menos lo era el contexto socio-político de Venezuela. Si bien en la década de 1990 el estado venezolano contaba con una democracia en crisis, caracterizada por un debilitamiento de los partidos, escándalos de corrupción, crecimiento de la delincuencia violencia⁹¹, en el período de 1998 a 2003 el Estado venezolano atraviesa por una de las peores crisis social, política y económica de su historia.

Ese período estuvo caracterizado básicamente por una agresiva devaluación de la moneda con respecto a las principales divisas, altos niveles de inflación y desempleo, fuga masiva de capitales, entre otros desequilibrios⁹²; representando uno de los principales problemas para que las empresas en el sector de las telecomunicaciones se establecieran en el país.

A este contexto se suma los elevadísimos índices de inseguridad ciudadana, y un clima de continua protestas sociales y paros nacionales solicitándole al gobierno nacional reformas y democracia, que detonan en un golpe de estado militar el 11 de abril de 2002.⁹³

A partir del año 2003, el gobierno venezolano se plantea darle un viraje al sector de las telecomunicaciones en función de consolidar su proceso político.⁹⁴ Por ello, CONATEL reevalúa la apertura del sector y su participación ya no como organismo de carácter técnico sino como un agente con una función política.⁹⁵

telecomunicaciones en el país porque después de casi seis años los servicios seguían concentrados en la región Centro-Norte-Costera. Y obviamente así no podemos desarrollar al país”.

⁹¹ <http://e-espacio.uned.es/fez/eserv>.

⁹² <http://www.incipe.org/lat4.htm>. “El paro afecta al 16 % de la población (según cifras del gobierno), la deuda pública representa el 9.5% del Producto Interior Bruto y la deuda externa alcanza los 7.7 millones de euros y ello, a pesar de ser uno de los principales países productores de petróleo”.

⁹³ Ibidem

⁹⁴ <http://www.encontrarte.aporrea.org/47/entrevista/>. “En el 1999 decíamos: “Nos visualizamos como un ente promotor y regulador del sector de las telecomunicaciones, que genera respeto y confianza, mediante una gestión transparente e innovadora que contribuye efectivamente con su rol protagónico a la incorporación de Venezuela dentro de la sociedad del conocimiento y consolida el liderazgo del país en Latinoamérica y el Caribe .Nuestra Misión consistía en: Regular al sector de las telecomunicaciones para promover su fortalecimiento y desarrollo. Ahora nos visualizamos como una Institución pública, al servicio del pueblo, que desarrolla políticas para contribuir en la transformación permanente de la sociedad a fin de alcanzar los ideales consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en un contexto nacional, continental y mundial. Nuestra nueva Misión: Socializar el uso y aplicación de las telecomunicaciones, y democratizar su acceso hasta convertirlas en plataforma habilitadora de desarrollo para consolidar la República”.

⁹⁵ Ibidem, “¿Cuál es la situación actual de las telecomunicaciones en Venezuela? Existen indicadores que permitan cuantificar los avances que se han hecho en este campo? Alvin Lezama: Si, hay indicadores y según

Como el sector de las telecomunicaciones en el país, mantuvo un ritmo vertiginoso en los años 2000 y 2001⁹⁶, debido a la consolidación de la apertura total del sector, se esperaba entonces que el crecimiento de las telecomunicaciones fuera superior para el año 2004, y así realizar nuevas subastas de licencias para la telefonía fija y móvil, así como también otras bandas de espectro radioeléctrico dirigidas a impulsar el uso del Internet para abaratar sus costos⁹⁷.

Sin embargo, en el año 2002 la tasa de crecimiento del sector ha sido menor que la de los últimos 10 años, y en el año 2003, por primera vez en la historia moderna de las telecomunicaciones en Venezuela se observa un decrecimiento del sector.⁹⁸

Para el primer semestre del 2003, las inversiones del sector decrecieron dramáticamente hasta alcanzar los 62 millones de dólares lo que implica una disminución del 82% con respecto al promedio semestral del periodo 1995-2002, como consecuencia de la crisis económica, de la escasez de divisas (el mayor componente de inversiones es dólares) y de la falta de

los que manejamos, la situación es la siguiente: en telefonía móvil estamos rondando casi los 14.000.000 de usuarios o sea casi el 50 por ciento de la población. Sin embargo tenemos solamente 3.700.000 usuarios de telefonía fija, apenas un 13 por ciento, que es un índice muy bajo. En el caso de la televisión por suscripción o por cable hay aproximadamente 1.136.000 usuarios, una penetración de 18 por cada 100 habitantes, este renglón ha experimentado un leve crecimiento respecto al mismo periodo del año pasado. Y con respecto al Internet, hay que precisar que hay dos formas de accederle: a través de una suscripción a un proveedor del servicio o a través de los centros de acceso tanto públicos como privados. Cómo se deben interpretar estos indicadores? **Realmente nos dan una visión de cómo se han desarrollado las telecomunicaciones en nuestro país?** AL: No, los indicadores aún cuando muestren crecimiento, si los distribuimos geográficamente sobre un mapa de Venezuela, te das cuenta que hay regiones enteras del país que no han mejorado nada y que el 70 por ciento del territorio nacional sigue sin tener ni servicios ni infraestructuras adecuadas de telecomunicaciones. **¿Qué puede hacer CONATEL para revertir esta situación?** En el 2001 nosotros hicimos una subasta para operar con la tecnología WLL. Obtuvimos 20 millones de dólares y entraron 14 compañías transnacionales: Telcel, ahora Movistar de Telefónica, Genesis, Digitel, ENTEL Chile, Telecomunicaciones Newcom, Procesamientos Electrónicos de Datos, Infonet, CANTV y otras más. Fue un exitazo. Nosotros creemos que así iba a aumentar la competencia, que iban a bajar las tarifas y a mejorar y ampliarse el servicio para la población, en fin más oferta, más cobertura, más calidad. Nada más falso. Este es el espejismo del neoliberalismo. La realidad fue bien otra. Todas estas empresas prácticamente quebraron y no logramos cambiar la distribución de las telecomunicaciones en el país porque después de casi seis años los servicios seguían concentrados en la región Centro-Norte-Costera. **¿Cuáles son las metas que se propone la Comisión a corto y a mediano plazo?** Próximamente vamos a hacer un “*Relanzamiento de la apertura*” basándonos en el concepto que el espectro radioeléctrico no es un activo empresarial, basándonos en el hecho que la comunicación es un derecho humano y no un negocio y menos aún un instrumento para la dominación, sino que todo lo contrario: debe convertirse en una herramienta para que la sociedad pueda liberarse. Entendemos también que Venezuela no es Caracas y que hay que desarrollar otras regiones del país que la gente debe descubrirse a sí misma, y que a comunicación debe servir para formar redes solidaridad y de cooperación. Visto desde este punto de vista ya no nos interesa si el mercado crece o no crece”.

⁹⁶ <http://www.portal.cenit.gob.ve/cenitcms/servelet/com.mvdcomm.cms.andocasociado?47,80>. Tendencias y perspectivas de sector telecomunicaciones en la economía nacional.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Ibidem,

incentivos para el retorno de inversiones, tales como aprobación de nuevas tarifas por concepto de servicios de telecomunicaciones.⁹⁹

En este contexto se agregan los sucesos que rodearon a la crisis institucional del mes de abril de 2002¹⁰⁰, que dieron lugar a la creación de la Ley de Responsabilidad Social de la Radio y la Televisión conocida como la “Ley Resorte” el 7 de diciembre de 2004¹⁰¹, que insta a los medios de comunicación a asumir responsabilidades en relación con su labor social. Como punto importante de esta ley se contempla la creación de un instituto regulador encargado de imponer las sanciones correspondientes en cada caso, conjuntamente con los poderes públicos y el Consejo Nacional de Derechos del Niño y Adolescente.

En mayo de 2007, el gobierno venezolano decide readquirir la propiedad de CANTV que había sido trasladada al sector privado desde 1991, en oposición a la tendencia mundial que los servicios básicos de telecomunicaciones sean operados por el sector privado, y que la privatización se mantiene como una prioridad para muchos países que todavía no lo han hecho, total o parcialmente, de acuerdo a lo expuesto por la UIT (International Telecommunications Union).¹⁰²

Según el informe Doing Business 2007, elaborado por el Banco Mundial (BM) y la Corporación Financiera Internacional (CFI) Venezuela está a la cola de los países de la región que ofrece menos incentivos para hacer negocios. De entre 175 economías analizadas para el Doing Business 2007, Venezuela está entre las 15 peores catalogadas y ocupa el puesto 164. En el otro extremo, Singapur es la economía mejor valorada, mientras Chile, en el puesto 28, es la mejor de la región. Los mejores posicionados en la zona después de Chile son México (puesto 43) y Uruguay (64).¹⁰³

⁹⁹ Ibidem,

¹⁰⁰ <http://www.incipe.org/lat4.htm>.

¹⁰¹ Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.081 de 7 de diciembre de 2004. Reformada parcialmente según Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.579 de 22 de diciembre de 2010, reimpressa por error material en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.610 de 7 de febrero de 2011.

¹⁰² http://www.tecnologiahechapalabra.com/sociedad/politica_economia/articulo.asp.

¹⁰³ http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticias.php?id_noticias=6374.

Otro de los indicadores que muestran la mala gestión económica del Ejecutivo es la caída en picado de las inversiones extranjeras en relación a 2005, un 89,16 por ciento durante el primer semestre de 2006. Los datos de la firma de consultores financieros Aristimuño Herrera y Asociados constata que en esos seis meses se ingresaron en concepto de inversiones extranjeras 63,9 millones de dólares, la cifra más baja desde el primer semestre de 2004, en que Venezuela captó 185,39 millones de dólares.¹⁰⁴

La falta de seguridad jurídica y personal, las políticas confiscatorias de la propiedad privada, el exceso de controles gubernamentales y el discurso populista y agresivo del presidente Hugo Chávez son las causas del desplome inversor, según los datos de la consultoría.¹⁰⁵

Es precisamente uno de esos factores, el excesivo control de la economía, lo que resalta el, realizado por la Heritage Foundation y el Wall Street Journal Índice de Libertad Económica 2006, que no deja en buen lugar la gestión económica de Chávez. Venezuela es en la actualidad el quinto país del mundo con la economía más controlada.¹⁰⁶

2.5 Carácter de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones en sus etapas y el elemento discrecionalidad

Finalmente, con base a los apartados precedentes analizaremos por cada período, cómo los cambios de gobierno históricamente han incidido sobre las políticas regulatorias; y abordaremos de manera especial el tema relativo al carácter de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y el entorno que regula, con énfasis en sus características y en el tipo de sanciones que establece.

Durante el primer período, las telecomunicaciones constituyen un monopolio estatal, así lo confirma su marco regulatorio, el constitucional (las Constituciones de 1914 y 1936) y ley de Telecomunicaciones de

¹⁰⁴ Ibidem,

¹⁰⁵ Ibidem,

¹⁰⁶ Ibidem.

1940, correspondiéndole al Estado la facultad de fijar sus directrices orientada a otorgar permisos y concesiones a empresas privadas, a través del Ministerio de Transporte y Comunicaciones, responsable de la coordinación de esta política.

La potestad sancionadora del Estado se encuentra referida a la imposición de sanciones de tipo administrativo, que van de multas hasta arresto proporcional según la gravedad de la falta, o suspensión temporal o definitiva de los permisos concedidos para la explotación de los servicios de telecomunicaciones, para el caso de infracciones graves a la ley, convenciones o reglamentos.

El Capítulo VI de la ley titulado “De las Penas”, consagra en su artículo 20:

“La construcción, instalación de estaciones radiodifusoras, radioeléctricas, radiotelevisoras y semafóricas, líneas cablegráficas, telegráficas o telefónicas, sin autorización expresa del Ejecutivo Federal o el uso clandestino de esas estaciones, será penado con multa de quinientos a cuatro mil bolívares, o arresto proporcional, además del comiso de los materiales que se hubieren empleado en la instalación”.

Por su parte, el artículo 21 rezaba:

“Las infracciones graves a las disposiciones de la presente ley, de las Convenciones Internacionales ratificadas por Venezuela y de los Reglamentos que se dictaren, que no estén penados especialmente, se castigarán con la suspensión temporal o definitiva de los permisos concedidos. Las demás infracciones se penarán con multas de cincuenta a cuatro mil bolívares o arresto proporcional, según la gravedad de la falta, sin perjuicio de las que puedan aplicarse en virtud de otras leyes”.¹⁰⁷

Basados en estas normas podríamos decir que la Ley de Telecomunicaciones de 1940, tuvo un carácter poco punitivo, la Exposición de Motivos al proyecto de la Ley de 1940 refuerza tal afirmación:

...“En materia de penas el proyecto contiene las normas necesarias para una equitativa imposición de las mismas a los infractores de la ley o de los reglamentos; permitiendo graduarlas desde una multa de cincuenta bolívares hasta la suspensión absoluta de los permisos concedidos. La ley, en esta materia, solamente ha previsto la pena de suspensión temporal o absoluta de los permisos, sanción demasiado fuerte para innumerables infracciones de poca trascendencia.”

¹⁰⁷ Ley de Telecomunicaciones de 1940. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N.º.20.248 de 1 de agosto de 1940.

Consideramos que el carácter no punitivo de la ley, se debió, por una parte, al lento desarrollo de las telecomunicaciones en Venezuela, especialmente durante el período de 1883 a 1929. De hecho, de tres teléfonos que existían en Caracas¹⁰⁸ se requirieron de siete años más (1890) para que el número de abonados creciera a más de 1000 aparatos¹⁰⁹, y por la otra, al profundo interés de Estado en la incorporación y desarrollo de nuevas tecnologías, y explotación de nuevos servicios además del de telefonía.

En cuanto al elemento discrecionalidad en el campo sancionatorio, éste se encuentra disminuido en relación a la ley del 2000, porque el decisor impone la pena y la gradúa en función de lo gravoso del hecho y no de la conducta emprendida por el agente, porque su regulación pertenece al campo del derecho administrativo más que al campo del Derecho Penal.

En el segundo período el marco regulatorio mantiene en vigencia las disposiciones referentes a la competencia del Poder Federal en materia de telefonía y telecomunicaciones, así lo ratifica la Constitución de 1961, y la Ley de Telecomunicaciones de 1940. La potestad sancionadora y la discrecionalidad para su aplicación, no presentan cambios significativos, pues continúa en vigor dicha ley, basada fundamentalmente en sanciones de carácter administrativo.

Debido al gran interés del Estado en desarrollar el sector, éste no realizó modificaciones al cuerpo normativo, lo cual le permitió emprender profundos procesos de desarrollo tecnológico en el sector, y la compra de la CANTV.

¹⁰⁸ Francés.: *Aló Venezuela...* op. cit., p.2.

¹⁰⁹ http://www.pensarenvenezuela.com/publicaciones/fernando%20spirito/F_Spiritto_telecomunicaciones En 1883 el Gobierno Nacional autorizó la prestación del servicio y Alejandro Golding instaló las primeras líneas en el Litoral Central conectando a Maiquetía, La Guaira y Macuto. En ese mismo año llegó la Intercontinental Telephone Company of New Jersey y comenzó la expansión de la red telefónica por el territorio nacional. En 1884 el Ministerio de Hacienda adquirió 14 aparatos para sus oficinas. En 1890 la compañía inglesa The Telephone and Electrical Appliance Company asumió los derechos de la Intercontinental convirtiéndose en la principal operadora del servicio con más de mil aparatos instalados en 1891.

Aún cuando el tercer período se inicia con un cambio de gobierno (Carlos Andrés Pérez (1989-1993)¹¹⁰, el sector continúa regido por la Ley de Telecomunicaciones de 1940, por lo que en el campo sancionatorio no existen modificaciones. Se propone un nuevo Proyecto de Ley en 1991, que consagraba fundamentalmente sanciones administrativas y no penales, que finalmente no fue aprobado.

Esta etapa marcó el inicio del cambio que el Estado debía asumir respecto del marco regulatorio del sector, por considerarlo en algunas oportunidades un obstáculo de acceso al mercado, al excluirlo del posible ejercicio de la libertad económica, aún cuando el proceso de reforma estatal permitió que el sector experimentará importantes avances que apuntaban a maximizar su desarrollo, y se creara un nuevo ente CONATEL.

En el cuarto período, bajo el mandato del Presidente Hugo Chávez Frías, el 12 de julio del 2000 se promulga la Ley Orgánica de Telecomunicaciones que introduce cambios significativos en diversos niveles, especialmente en el campo sancionatorio, regulándose además de sanciones administrativas, sanciones penales para conductas dolosas y culposas graves.

Los cambios incorporados a la ley, en el área sancionatoria, evidencian su carácter represivo. Consideramos que esas sanciones se oponen al desarrollo o modificación del orden del sector cuyo plan apunta a transformar las telecomunicaciones y convertirlas en uno de los ejes fundamentales para el crecimiento económico del país, e impulsar nuevas inversiones.

Esas tendencias sancionatorias se refuerzan con las modificaciones que sufrieran diversas leyes en el año 2010, entre ellas la de Telecomunicaciones, que retoma el antiguo esquema de mayor control público del uso del espacio radioeléctrico, y la Ley de Responsabilidad

¹¹⁰ [http:// www.gobiernoenlinea-gob.ve/venezuela/perfil-historia4-html](http://www.gobiernoenlinea-gob.ve/venezuela/perfil-historia4-html)

Social en Radio y Televisión (RESORTE) que apunta a regular y sancionar contenidos que se difundan a través de internet, lo cual podría ser interpretado como un gran retroceso en materia de telecomunicaciones, que además limita las inversiones extranjeras.

En este sentido, se pronuncia el Ministro de Infraestructura y responsable de CONATEL, Diosdado Cabello:

"Hay que modificar la ley de telecomunicaciones... Es una reforma necesaria de una ley que hizo este mismo gobierno pero donde no estaba claro el rumbo político ni el proyecto', declaró. Es necesario que sea modificada para que se adapte a los tiempos del socialismo y acompañe la revolución', agregó. En la modificación vamos a incluir el control de las empresas de televisión por cable y no sólo de la empresa (distribuidora de las señales), sino de las televisoras que salen en el cable".¹¹¹

Finalmente, en ese marco regulatorio el elemento discrecional se presenta aumentado respecto de la ley anterior. Por un lado, porque la norma utiliza una serie de conceptos que remiten a criterios técnicos no definidos expresamente por la ley, como por ejemplo el concepto "interferencia grave", para lo cual el decisor deberá apoyarse en las definiciones a que hace referencia el artículo 10 de la citada ley¹¹²; y por otro, porque la calificación de la gravedad de la imprudencia prevista en el tipo previsto en el artículo 188 de la citada ley queda al prudente arbitrio del juez. De esta manera, se pone en manos del juzgador y queda a merced de sus personales valoraciones, la imposición de una pena.

¹¹¹ [http:// www.guiacom.ve](http://www.guiacom.ve).10 de junio de 2009.

¹¹² L. Fraga. P.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones*....op. cit., p. 290.

Capítulo III. Marco Teórico

El concepto de culpa grave, contemplado en el artículo 188¹¹³ de la nueva Ley Orgánica de Telecomunicaciones, establece, por primera vez, una pena privativa de libertad.

El análisis de la noción de culpa grave, conforme al campo del Derecho Penal, requiere una revisión de los paradigmas tradicionalmente aplicados al tipo de injusto en los delitos imprudentes, elaborados a partir del encuentro de las diversas perspectivas epistemológicas que se integran en el campo de la teoría del delito.

Escapa a los límites de este trabajo realizar un examen exhaustivo de todas esas categorías teóricas. Nuestra atención se dirige principalmente a exponer sus características, problemas dogmáticos y aportes. Y de manera más específica, nuestra mirada se centra en el hecho que los delitos imprudentes tienen ya en la dogmática penal moderna su propia estructura, particularmente en el ámbito de la tipicidad, porque el autor infringe una norma especial de cuidado, aunque otras corrientes lo ubican en el campo de la antijuridicidad como veremos más adelante.

En este sentido, se expresa José Antonio Choclán “De acuerdo con el criterio mayoritario, y abandonada la inicial concepción de la imprudencia

¹¹³ Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.970 de 12 de junio de 2000. Artículo 188:” Será penado con prisión de cuatro a doce meses: 1. Quien con culpa grave cause daños a equipos terminales destinado al acceso público, instalaciones o sistemas, e telecomunicaciones que interrumpa parcialmente o impida la prestación del servicio. 2. El que con culpa grave produzca interferencias perjudiciales que interrumpan parcialmente o impida la prestación del servicio. 3. El que use o disfrute en forma fraudulenta de un servicio o facilidad de telecomunicaciones.”

como forma de culpabilidad, la tipicidad del delito culposo depende de la verificación de la producción de un resultado (de lesión o de peligro) que pueda imputarse objetivamente con la infracción del deber de cuidado”.¹¹⁴

A través de la visión panorámica, comparativa e integradora de los diferentes paradigmas, proporcionaremos el fundamento de esta investigación. Estudiaremos la relación existente entre la tendencia adoptada por la jurisprudencia venezolana en el campo de la punición de los delitos culposos, y las conductas imprudentes en el sector de las telecomunicaciones.

Del mismo modo, analizaremos las posibles restricciones que puedan limitar o afectar la expansión y el desarrollo del sector de las nuevas tecnologías.

También abordaremos otro aspecto de vital importancia para la investigación: la sanción de las conductas imprudentes como delito. Interesa conocer si la sanción se justifica por las modificaciones operadas en el orden económico y social, y si se opone o no a los principios de última ratio e intervención mínima que inspira el Derecho Penal.

3.1. La Teoría del Delito y las Corrientes Doctrinarias

La teoría del delito se encarga de estudiar los principios y elementos que pueden considerarse comunes a todo delito o a ciertos grupos de delitos, así como las características por las que se diferencian unos delitos de otros. Se trata de “una elaboración sistemática de las características generales que el derecho positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquel efectúa de éste”.¹¹⁵ Este sistema plantea qué elementos hacen posible o no la aplicación de una pena a una conducta humana, dependiendo de la tendencia dogmática que se adopte.

¹¹⁴ José Antonio Choclán Montalvo: *Deber de cuidado y delito imprudente*. 1a edición. Barcelona. Bosch, Casa Editorial, S.A. 1998. p. 28.

¹¹⁵ Santiago Mir Puig: *Derecho Penal. Parte General*. 4ª edición. Barcelona. Reppertor. 1996. p. 107.

Teóricamente existen dos enfoques para la comprensión del fenómeno cultural denominado delito:

- 1) la unitaria o total
- 2) la estratificada o analítica

El enfoque unitario o total, no es utilizado a los fines de esta investigación, porque propone que el delito es una unidad total, monolítica. Es decir, no es susceptible de división ni siquiera con fines didácticos. Por otra parte, esta corriente no realiza un análisis científico del delito sino una aproximación irracional e intuitiva de este fenómeno, cuyos resultados, particularmente en la aplicación del Derecho Penal, al ser tan disímiles y variados, vulneran el valor de seguridad e igualdad del individuo, en detrimento de una sana política criminal.

Por el contrario, la teoría estratificada o analítica, que es la corriente que seguiremos en esta investigación, propone que el delito debe ser estudiado mediante un análisis ordenado y sistemático de cada uno de sus elementos, aún cuando no exista uniformidad en cuanto al número y cualidad de los elementos que la integran. La finalidad de esta teoría es la aplicación segura y uniforme del Derecho Penal, en resguardo de los derechos fundamentales de la persona, como son los referidos a la vida, libertad, honor y propiedad.

Dentro del enfoque estratificado o analítico del delito, dos corrientes doctrinarias, durante largo tiempo, se disputaron la primacía en su explicación científica: el causalismo y el finalismo. Un aspecto fundamental del debate de estas dos corrientes se centró en si el dolo debía ubicarse en la culpabilidad o si era una cuestión propia de la tipicidad.¹¹⁶

¹¹⁶ Ibidem, p.110. "Por lo demás desde que el finalismo irrumpió en la teoría del delito, se abrió una discusión, aun no cerrada a nivel internacional, sobre si la culpabilidad incluye o no el dolo y la culpa."

Las bases de la teoría causalista¹¹⁷ del delito fueron sentadas por Von Liszt,¹¹⁸ quien fue el primer autor que deslindó el problema de la consideración subjetivista y objetivista del delito, introduciendo en el Derecho Penal la idea de antijuricidad (que previamente había sido formulada en el ámbito del Derecho privado por Rudolf Von Ihering en 1867).¹¹⁹

Posteriormente Beling reforzó esta teoría analítica con la formulación del elemento "tipicidad"¹²⁰; por ello se habla del sistema Liszt-Beling, para expresar la moderna y analítica teoría del delito; que además, es el sistema denominado naturalista - causalista.

Los dos autores aplicaron en su investigación al concepto de delito el método utilizado en las ciencias naturales. El concepto superior que delimita el objeto de estudio es la acción, que a su vez es la base del delito.

La construcción causalista del delito se caracteriza primordialmente por sostener un concepto de acción como un hecho natural (causal mecanicista), en la que lo esencial es el movimiento corporal humano. Liszt sostiene que acto "es la conducta voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impediende de un cambio en el mundo exterior".¹²¹

Estos cambios del mundo externo los puede producir la voluntad únicamente por medio del movimiento corporal, de suerte que el movimiento corporal es la causa y el resultado (cambio en el mundo exterior) es el efecto". Este movimiento corporal voluntario (hacer o no hacer) produce un resultado, una modificación en el mundo exterior, que

¹¹⁷ Juan Fernández Carrasquilla: *Derecho Penal Fundamental*. Vol. I. 2a edición. Santafé de Bogotá, Colombia. Editorial Temis S.A.1993, p. 224. A quienes llamaban antes los alemanes "causalistas" y ahora generalmente denominan "clásicos".

¹¹⁸ Ibidem, p. 239. "Representativa del esquema clásico lo es por antonomasia la línea Liszt-Beling-Radbruch".

¹¹⁹ Ibidem, p.233. "La separación de antijuricidad objetiva y culpabilidad (subjetiva) se atribuye en Alemania a Rudolf von Ihering (1867), pero en verdad ya se le había practicado a Carrara (1859) con su teoría de las fuerzas (física y moral). A ello se opuso Binding con su noción de la antijuricidad subjetiva o violación del deber de sumisión."

¹²⁰ Ibidem, p.224.

¹²¹ Franz Von Liszt: *Tratado de Derecho Penal*. 3a edición, Madrid. Reus. s/ f. p. 297.

no se le puede separar de la acción, porque no hay delito sin resultado naturalístico.¹²²

Para Beling la acción también es un movimiento corporal voluntario que se le aplica el tipo, que tiene un carácter meramente descriptivo, íntimamente fusionado con su naturaleza objetiva, y la conformación de la tipicidad es, así, absolutamente objetiva. No es un juicio valorativo ni tiene en cuenta la subjetividad.

El tipo se limita a elementos de carácter externo u objetivo, negando la posibilidad de justificar alguna acción, cuya valoración jurídica sólo puede tener cabida dentro del análisis de la antijuridicidad, y siempre desde un punto de vista objetivo, porque la tipicidad no es fundamento de, ni indicio de la antijuridicidad. En la culpabilidad se analizan elementos subjetivos y psíquicos del agente, siendo la imputabilidad el presupuesto de ésta.¹²³

Según Beling, la acción objetivamente típica se hace objeto del primer juicio: si es un ataque a bienes jurídicos (juicio de antijuridicidad). Posteriormente, en una segunda valoración: se tiene en cuenta el contenido de voluntad (culpabilidad), e interesa lo que el sujeto haya querido con su acción (el contenido de su voluntad).¹²⁴

Para Liszt la culpabilidad significa responsabilidad por el injusto, abarcando la causación del resultado por el autor y la ilegalidad del acto. Acto culpable es la acción dolosa o culposa del individuo imputable. Para Beling la culpabilidad se basa en los imperativos del orden jurídico según los cuales las normas valorativas contenidas en éste deben ser conductoras para las resoluciones humanas, donde la imputabilidad es su condición previa y coloca al dolo y a la culpa como grados de la misma.¹²⁵

En resumen, podríamos decir que el sistema causalista - naturalista queda delimitado de la siguiente manera:

¹²² J. Fernández C.: *Derecho Penal...* op. cit., p. 227.

¹²³ *Ibidem*, pp. 232-239.

¹²⁴ *Ibidem*, p.226.

¹²⁵ *Ibidem* .pp. 239- 240.

- La acción es la base del delito, no uno de sus elementos.
- Lo injusto surge como primer elemento que tiene dos aspectos: la tipicidad (descriptivo-no valorativo), y la antijuricidad (descriptivo-valorativo).
- Se tiene en cuenta la culpabilidad como elemento subjetivo (se introduce el concepto de reproche).¹²⁶

El sistema propuesto fue reconstruido por Edmund Mezger, dando origen a uno nuevo que pasó a denominarse causalista - valorativo, porque aún cuando la acción se sigue estimando como base de la teoría, fue modificada con base a las premisas de Fischer y Mayer.

Fischer demostró en el campo derecho civil y extendido a la teoría del delito, que lo antijurídico, en ciertos casos no es un proceso comportamental, objetivo o externo, sino ese proceso en cuanto se inspire en ciertas actitudes tendencias o propósitos del autor; llegó al Derecho Penal por obra de Hegler con la teoría de los elementos subjetivos del injusto.¹²⁷ Tales elementos, venían adscrito al injusto.

Tal planteamiento es modificado por Hegler y por la doctrina penal, ubicando los elementos subjetivos en el tipo, sin una explicación clara. Mayer propone cuando que en el tipo se integran elementos subjetivos, la tipicidad no es indicio de la antijuricidad, debido a que los momentos subjetivos del injusto no son indicados por la tipicidad.

Para Mezger quién inicialmente sistematizó los elementos subjetivos en el tipo, modifica su posición y afirma que pertenecen también a la culpabilidad. Ubica que la acción es un concepto –valor que significa el querer interno del agente que trasciende como realización típica a la que le corresponde tanto la conducta corporal del agente como su resultado externo (y por ende el nexo causal entre ambos). Así mismo, entiende

¹²⁶ Nodier Agudelo Betancur: *Curso de Derecho Penal (Esquemas del delito)*. Santafé de Bogotá, D.C, Colombia. Linotipia Bolívar y Cía. 1992, p. 57.

¹²⁷ J. Fernández C.: *Derecho Penal...* op. cit., p.253. “En general, pues, la prohibición es objetiva, pero en algunos casos depende de particulares elementos psicológicos, sin los cuales la conducta no esta prohibida, es decir no es antijurídica. En tales supuestos el injusto está integrado también por elementos subjetivos de carácter esencial en que la desvalorización normativa se funda”.

que el tipo es el fundamento del injusto penal, en cuanto este no puede darse sin aquel; sin embargo, la antijuridicidad es una característica del delito pero no del tipo en su sentido estricto.¹²⁸

La crítica general que se le realiza al causalismo es que sólo le importa la materialidad del acto representada por el elemento objetivo del tipo sin importar el ánimo, finalidad o el destino de la acción que tuviera el sujeto que realizó la acción.

El debate inicial ha sido sosegado por el sistema finalista. Hans Welzel introduce un cambio sustantivo del modelo propuesto. Parte de un concepto real de conducta; la acción deja de ser puramente causal, supone la voluntad y esta implica la finalidad.¹²⁹ Es tan transcendental el fenómeno de la voluntad que faltando ésta no puede existir acción. Sin ella quedaría destruida la acción en su estructura y sería rebajada a un proceso causal ciego.¹³⁰

Este sistema que predomina hoy en Europa distinguió conforme a lo que hoy plantea la dogmática de Derecho Penal, que el delito es una conducta típica (acción u omisión), antijurídica y culpable, agregándose que además sea punible.¹³¹ Sus elementos son, entonces, la tipicidad (la adecuación de un hecho determinado con la descripción que de él hace un tipo legal), la antijuridicidad (la contravención de ese hecho típico con todo el ordenamiento jurídico) y la culpabilidad (el reproche que se hace al sujeto porque pudo actuar conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico) esencialmente. La concurrencia de estos elementos configura el aspecto punible del delito.

La acción humana es ejercicio de actividad final; es por ende “final”. Es decir, la acción es actividad final humana, no causación de resultados. Es considerada siempre con una finalidad determinada de actuar conscientemente, en función de un resultado propuesto voluntariamente.

¹²⁸ Ibidem, pp. 247-259.

¹²⁹ N. Agudelo B.: *Curso de Derecho Penal...* op. cit., p. 65.

¹³⁰ Ibidem, p. 71.

¹³¹ Ibidem, p.109.

Este carácter se fundamenta en que el hombre, que conoce los procesos causales, representa dentro de ciertos límites los resultados que su conducta puede acarrear y los quiere, conforme al plan que ha previsto.¹³²

Los finalistas recurren desde el primer momento a los elementos subjetivos para tipificar la acción, no admitiendo que queden relegados para posteriores análisis. El tipo siempre implicará un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo. Según el finalismo, la consideración de la acción nunca puede prescindir de los fines perseguidos por el actor, ya que la finalidad otorga sentido al proceso puramente causal y es, esencialmente, inseparable de éste.¹³³

La antijuridicidad distingue el aspecto formal (lo contrario a la norma) y el material (lesión o puesta en peligro del bien jurídico). Desaparece el concepto de imputabilidad que es absorbido por la culpabilidad la cual consiste en un juicio de reproche.

La elaboración del concepto de delito basado en las premisas de la teoría finalista implica que:

- La tipicidad tiene aspectos objetivos (tanto descriptivos como normativos y por lo tanto valorativos) y aspectos subjetivos (como el dolo y la culpa).¹³⁴
- La antijuridicidad es un juicio de valor objetivo que contiene elementos subjetivos.
- La culpabilidad es un juicio de valor subjetivo que analiza la posibilidad de un actuar distinto del sujeto, de un actuar conforme al Derecho.¹³⁵ Para que la conducta sea reprochable, no es necesario que el sujeto haya conocido la ilicitud de su conducta: es suficiente con que la haya podido conocer.¹³⁶

¹³² Ibidem, p. 64.

¹³³ Ibidem, p.78.

¹³⁴ Ibidem, p.80.

¹³⁵ Ibidem, p.101.

¹³⁶ J. Fernández C.: *Derecho Penal...* op. cit., p. 272.

La acción, el dolo y la culpa se ubican en el tipo, pues al ser la acción algo final (tendiente a un fin), el legislador no puede sino prever acciones provistas de finalidad (dolo, culpa y elementos subjetivos específicos del injusto).¹³⁷ Distingue entre error del tipo (excluye al dolo y a la punibilidad) y error de prohibición (elimina la conciencia de antijuridicidad, al ser invencible elimina la punibilidad, y si es vencible, subsiste la responsabilidad por dolo aunque con pena atenuada).¹³⁸

La primera corriente considera preponderantemente los elementos referidos al desvalor del resultado; la segunda, por el contrario, pone mayor énfasis, en el desvalor de la acción.¹³⁹

Desde los años 70 se han venido realizando intentos por desarrollar un sistema "racional-final" o "funcional" del Derecho Penal, que ha determinado las fases más características de la moderna teoría del delito. Los principales defensores de esta tendencia Claus Roxin y Günther Jakobs. Ambos rechazan el punto de partida del sistema finalista, así como la premisa que la finalidad del Derecho Penal se fundamente en tal sistema.

El funcionalismo moderado reconoce los elementos del delito propuestos por el finalismo (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), pero con una orientación político-criminal, puesto que los presupuestos de la punibilidad deben estar orientados por los fines del Derecho Penal, por lo que estas categorías jurídicas no son sino instrumentos de una valoración político criminal.

Basado en esas premisas, Roxin elabora y desarrolla una construcción teórica del delito contenido en los planteamientos de los neokantianos, sustituyendo la vaga referencia a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal, porque "la gran mayoría

¹³⁷ N. Agudelo B.: *Curso de Derecho Penal...* op. cit., p.80.

¹³⁸ J. Fernández C.: *Derecho Penal...* op.cit., p. 273.

¹³⁹ N. Agudelo B.: *Curso de Derecho Penal...* op. cit., p.87.

de los conceptos que intervienen en la teoría del delito son intensamente valorativos, y si ello se oculta se hace inaccesible su sentido”.¹⁴⁰

Este sistema funcionalista en su vertiente moderada presenta las siguientes consecuencias:

- En materia de acción, ésta se caracteriza como “exteriorización de la personalidad” del sujeto. Se considera que alguien ha llevado a cabo una acción cuando se le puede imputar un suceso como suyo o un no hacer como centro espiritual de acción.¹⁴¹
- En el tipo se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de la pena, con independencia del sujeto como persona y de su actuación, porque el fin político-criminal de la conminación penal es preventivo general.
- En el injusto se enjuicia la acción típica concreta con inclusión de todos los elementos de la situación de su actuación; ello porque se desliga el hecho de la abstracta tipificación colocando el hecho en el contexto social.¹⁴²
- La culpabilidad es una condición necesaria pero no suficiente de la pena. Debe ser vista a la luz de una necesidad preventivo general o especial de la pena.¹⁴³
- Introduce una categoría penalmente relevante que es la responsabilidad, la cual alude a determinar si el sujeto merece una pena por el injusto que ha realizado. Roxin prefiere hablar de responsabilidad en lugar de culpabilidad, y en todo caso dice que “la culpabilidad viene acuñada desde el punto de vista político-criminal por la teoría de los fines de la pena”.¹⁴⁴

La concepción funcionalista tiene dos piezas fundamentales:

¹⁴⁰ S. Mir P.: *Derecho Penal ... op., cit.*, pp. 108 y 109.

¹⁴¹ Claus Roxin: *Derecho Penal Parte General* (traducción de la 2a edición por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal) Tomo I. Madrid. Civitas. 1997, p. 53.

¹⁴² Claus Roxin.: *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Editorial Reus S.A. 1981, p. 50. “La función político-criminal del principio de culpabilidad consiste, como ya hemos visto, sobre todo en impedir que por razones de prevención general o especial se abuse de la pena, y los abusos de este tipo (en los que la pena no guarda relación con la culpabilidad del delincuente) se puedan reconocer rápidamente.”

¹⁴³ *Ibidem*, p. 71.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p.21.

- En primer lugar, sustituye la categoría lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a valoraciones jurídicas; esto es, hace depender la imputación de un resultado al tipo objetivo. La imputación de un resultado depende de la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma, vale decir, la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo.¹⁴⁵
- En segundo lugar, la ampliación de la culpabilidad a la categoría de la responsabilidad. A la culpabilidad se añade la condición ineludible de la necesidad preventiva, general o especial de la sanción penal.¹⁴⁶

En los intentos de lograr una fundamentación teleológica del Derecho Penal destaca la obra de Günther Jakobs y Schmidhäuser, denominada funcionalismo sociológico. El primero, discípulo de Welzel, niega contenido pre jurídico a los conceptos básicos (acción, causalidad, etc.), los cuales sólo se pueden determinar según las necesidades de la regulación jurídica.

Para Jakobs la acción penal es un concepto jurídico, determinado por la función que se atribuye el Derecho Penal. “El mundo conceptual jurídico-penal ha de organizarse con arreglo a la misión social del Derecho Penal y no conforme a los datos previos naturales o de cualquier otra clase ajenos a la sociedad”.¹⁴⁷

Para esta teoría, el Derecho es considerado como garante de la identidad normativa, la constitución y la sociedad, cuyo objeto es resolver los problemas del sistema social. Al igual que el funcionalismo moderado

¹⁴⁵ Claus Roxin: *La imputación al tipo objetivo. Estudios de Derecho Penal*. 1ª edición. Editorial jurídica Bolivariana. 2002, pp.134-135.

¹⁴⁶ C Roxin.: *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal...*op.cit., p. 20. “La culpabilidad por sí sola, entendida como posibilidad de actuar de un modo distinto, es insuficiente para justificar la imposición de una pena. A ella debe añadirse la consideración preventiva, tanto general como especial, de que la pena es necesaria para reforzar el sentimiento jurídico y la fe en el derecho de la comunidad y para actuar sobre el autor del delito, evitando la recaída del mismo.”

¹⁴⁷ Günther Jakobs: *Derecho Penal parte general fundamentos y teoría de la imputación* (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo). 2ª edición. Madrid. Marcial Pons.1997, p.7.

reconoce como punto de partida al finalismo, sin embargo en éste ya no están presentes las tendencias de política criminal, pues las categorías que integran al delito tienen como fin sólo estabilizar al sistema.

Su construcción se orienta a la función que el Derecho Penal ha de tener en la sociedad, que es el mantenimiento de la configuración normativa de la sociedad. “El Derecho Penal confirma, por tanto, la identidad social”.¹⁴⁸

La peculiaridad más notable de su teoría del delito consiste en que para él, en concordancia con su teoría del fin de la pena, la culpabilidad queda totalmente absorbida por la prevención general, o sea que no la considera como algo objetivamente dado.

3.2 La Concepción de la Acción, la Antijuridicidad y el concepto de tipo, y la Culpabilidad en la Doctrina

3.2.1 La Acción

El primer elemento del concepto del delito es el de la acción u omisión. De este concepto de acción derivan los restantes elementos del delito. Al Derecho Penal sólo le importa la conducta externa, esto es, la manifestación exterior de la voluntad del hombre, no bastando para su intervención la resolución de delinquir o una disposición de ánimo del sujeto.

Como ya mencionamos, en el sistema causalista la acción es una conducta humana voluntaria, perceptible por los sentidos, prescindiendo de qué se ha querido con tal comportamiento, cuya consideración pertenece al ámbito de la culpabilidad.

En este sentido, se expresa Mir Puig:

“Este enfoque naturalista, que rehuía conceptos valorativos, prefirió destacar el concepto de causalidad como espina dorsal del delito, que se situó en el terreno de lo empírico, como causación de una

¹⁴⁸ Günther Jakobs: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. Lima. Palestra. 2000, p.21.

modificación del mundo exterior causada, a su vez, por un impulso voluntario".¹⁴⁹

De acuerdo a esta corriente en la acción se distinguen tres elementos:

1. Manifestación de voluntad, bastando con que el sujeto quiera su propio obrar. La manifestación de voluntad ha de ser consciente, espontánea y exteriorizada; no constituyen acción, por ejemplo, los hechos realizados en sueños o por movimientos meramente reflejos. El contenido de la voluntad, es decir, lo que ha querido el sujeto, carece de significación y se estudia en el ámbito de la culpabilidad.
2. El resultado, puede consistir o en una modificación o cambio del mundo exterior producto de la manifestación de voluntad, o en la no realización de una acción esperada y exigible (acción u omisión).
3. Una relación de causalidad, que alude a la relación existente entre la manifestación de voluntad y el resultado.

La doctrina final de la acción desarrollada por Welzel desde los años treinta, aunque se opuso radicalmente al causalismo, no lo combatió básicamente en el ámbito del tipo objetivo, sino desde la teoría de la acción. Según la concepción finalista, la acción siempre tiende a una finalidad, no se concibe un acto voluntario que no se dirija a un fin.¹⁵⁰

Aquí, los fines del sujeto se tienen en cuenta ya en sede de tipicidad, afirmando que cuando el legislador describe una conducta en un tipo penal no describe un simple proceso causal. Naturalmente, el sujeto realiza una valoración de la acción, pero es una valoración positiva, bien porque la considere justa, beneficiosa o de otro modo positiva para él. Pero junto a esa valoración positiva existe otra valoración negativa de la acción, que es la realizada por la comunidad y que constituye la llamada antijuridicidad.

¹⁴⁹Santiago Mir Puig: Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal. <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-05.pdf>. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ISSN 1695-0194. RECPC 05-05 (24 de octubre de 2003).

¹⁵⁰ N. Agudelo B.: *Curso de Derecho Penal...* op. cit., p. 72.

Para la corriente finalista, la diferencia entre la acción culposa y la dolosa estriba en que, mientras en la acción dolosa la finalidad es factor configurador del proceso de acción, en la acción culposa la conducta del sujeto no está dirigida al fin, y lo que eleva a este suceder por encima de un simple proceso causal es la circunstancia de ser evitable.

Así pues, según la teoría finalista, las acciones dolosas se separan radicalmente de las culposas, pasando a ser el dolo un elemento de la acción sustraído al ámbito de la culpabilidad¹⁵¹, y como la acción constituye la base del tipo de lo injusto, el dolo deviene en un elemento subjetivo del tipo legal.

Los defensores de la teoría social del Derecho proponen un concepto social de acción¹⁵² y al Derecho Penal sólo le importan las acciones que produzcan consecuencias socialmente relevantes. Mir Puig comenta que a ese concepto le “trasladaron la necesidad de previsibilidad objetiva del resultado, entendiendo, por ejemplo, que conductas como la de enviar a alguien al bosque en un día de tormenta por si le cae un rayo no tienen el sentido social objetivo de una "acción de matar", aunque un rayo de hecho dé muerte a aquella persona.

Por tanto, el concepto de acción debe ser configurado de tal modo que pueda ser valorado por patrones sociales, bastando con que el resultado sea voluntario. Finalmente, la acción o la omisión habrán de estar comprendidas, por tanto, en una de las figuras de delito contenidas en el Código Penal o en las Leyes Penales Especiales.

3.2.2 La Antijuridicidad y el concepto de Tipo

¹⁵¹ Ibidem, p. 80. “En realidad como lo he sostenido otras veces, Welzel no “trasladó” el dolo de la culpabilidad a la acción como suele decirse normalmente, sino que lo dejó donde lo encontró: el dolo como voluntad hace parte de la acción porque la voluntad es la espina dorsal de ella; su medula y si en el acto del conocimiento no se puede variar el objeto del conocimiento, hay que dejarlo en la acción que es su lugar natural según lo enseña la psicología”. El dolo hace parte de la acción, como voluntad jurídicamente relevante y no de la culpabilidad.

¹⁵² <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-05.pd>. “Autores partidarios de superar el naturalismo desde una visión valorativa de la antijuridicidad, pero contrarios a aquel concepto final, como Eberhardt Schmidt (1939), Maihofer (1953, 1961) y el propio Engisch (1944), se enfrentaron al concepto final de acción mediante otro concepto de acción, el concepto social de acción”.

Al ser el delito una acción antijurídica realizada en forma culpable, a la que un tipo legal le establece una pena criminal, se deduce que la antijuridicidad requiere en primer lugar de la tipicidad, porque este requisito es una exigencia del Estado de Derecho vinculado al principio de legalidad. La antijuridicidad alude a dos requisitos: 1) Todo tipo penal exige una acción comportamiento humano y, 2) La ausencia de causas de justificación.

Existe acuerdo en la doctrina sobre que una conducta antijurídica debe estar tipificada, es decir, prevista en el Código Penal o leyes especiales para que constituya delito, sin embargo en referencia al alcance y contenido del tipo, no hay consenso. Éstos dependen de la relación que se afirme entre tipicidad y antijuridicidad.

Maurach citado por Carrasquilla define al tipo como “la terminante descripción de una determinada conducta antijurídica” y como una acción antijurídica plasmada en una figura legal enlazada al resultado”.¹⁵³

En cuanto a la evolución del concepto de tipo, éste es acuñado en la sistemática de la teoría del delito por Beling, quien postuló una concepción meramente descriptiva (valorativamente neutral), aunque posteriormente a través de sus escritos revisara esta postura.¹⁵⁴

Por su parte, Mezger, profundizó en las relaciones tipicidad – antijuridicidad, porque introduce la idea del valor en la teoría del delito, por lo que el tipo se concibe como juicio provisional de desvalor (de antijuridicidad). La antijuridicidad apareció entonces como juicio de desvalor sobre el hecho.¹⁵⁵

¹⁵³ J. Fernández C.: *Derecho Penal...* op. Cit., p. 321.

¹⁵⁴ S. Mir P.: *Derecho Penal ... op., cit., p.128.* “Beling, creador del moderno concepto de tipo, lo concibió con total independencia de la antijuridicidad. La presencia de tipicidad no supone para esta autor ningún juicio de desvalor jurídico sobre el hecho, sino sólo la constatación lógica de que el mismo es subsumible en una figura de delito, De ello se sigue que la tipicidad no implica la antijuridicidad de la acción: el hecho típico (por ejemplo: matar) puede no ser antijurídico, lo que sucederá cuando concurren causas de justificación. (p. ej.: matar en legítima defensa). La relación de la tipicidad y antijuridicidad es, pues puramente lógica –no valorativa-, según el esquema de regla (tipicidad) / excepción (ausencia de antijuridicidad)”.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p.125.

Para el finalismo el tipo es portador de elementos subjetivos dotado de un significado valorativo, pero independiente del que corresponde al juicio de antijuridicidad. Welzel concibe al tipo como materia de prohibición, como la materia prohibida. Las causas de justificación no excluyen la infracción de la norma, sino que permiten su infracción.

Otro sector de la doctrina le concede al tipo una función de juicio de valor, y distingue en el tipo penal dos partes: una positiva referida al conjunto de elementos que fundamentan positivamente el injusto, y otra negativa que alude a la no concurrencia de causas de justificación porque su presencia excluye la tipicidad. De acuerdo a esta postura conocida como la teoría de los elementos negativos del tipo, la tipicidad siempre implica antijuridicidad.¹⁵⁶

Carrasquilla plantea que “por lo demás tipo y antijuridicidad necesariamente se unifican en el concepto de injusto penal (conducta típicamente antijurídica, injusto típico o tipo de injusto) por lo que todo se reduce a entender que un hecho, para devenir punible, no ha de ser antijurídico de cualquier manera sino típicamente”.¹⁵⁷

Como la antijuridicidad no es una categoría especial del Derecho Penal, sino de todo el ordenamiento jurídico (hay conductas que pueden ser antijurídicas para el Derecho Civil y no obstante ser irrelevantes para el Derecho Penal), y las causas de justificación también proceden de todos los campos del Derecho, lo que no deja de ser importante para los criterios rectores del injusto¹⁵⁸, el tipo como presupuesto fundamentador de la antijuridicidad, describe el comportamiento penalmente relevante, vale decir, aquellos comportamientos que suponen una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico valioso para el Derecho Penal, por lo que el tipo

¹⁵⁶ Ibidem, p.130.

¹⁵⁷ J. Fernández C.: *Derecho Penal...* op. cit., p. 323.

¹⁵⁸ S. Mir P.: *Derecho Penal...* op., cit., p. 131. “No toda antijuridicidad es antijuridicidad penal. Las infracciones administrativas o el ilícito civil son especies de antijuridicidad. La antijuridicidad penal requiere la tipicidad penal (principio de legalidad). Los tipos penales parten de la descripción de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos penales (principio de exclusiva protección de bienes jurídicos) como resultados especialmente graves y/o peligrosos (principio de ultima ratio) que el derecho penal desea evitar si no concurre un interés prevalente que los justifique: el carácter penal de la antijuridicidad parte, pues de un desvalor del resultado”.

contiene no sólo los elementos que fundamentan positivamente el injusto, sino también los que condicionan su punibilidad.

La moderna teoría del delito, parte de la premisa de que la antijuridicidad del hecho no se agota sólo en la desaprobación del resultado del delito, sino que en el juicio de desvalor debe incluirse también la forma de producción del estado jurídicamente desaprobado. La nueva dogmática penal distingue en el concepto de injusto el desvalor de la acción y el desvalor del resultado.

La antijuridicidad exige la comprobación ex post del tipo penal¹⁵⁹, porque éste describe siempre hechos acaecidos. El tipo adviene después de la antijuridicidad¹⁶⁰, por lo que la valoración negativa de esos resultados se conoce como el desvalor del resultado, que apunta a evitar la lesión o puesta en peligro típica indeseable del bien jurídico.

El desvalor del resultado presupone el desvalor de la conducta que debe ser valorada ex ante, que alude a que un espectador ideal (hombre medio) situado en la posición del autor que despliega una conducta suficientemente peligrosa pueda advertir ex ante la lesión o peligro para el bien jurídico. Con base a ello, se desprende que el desvalor de la conducta, presupuesto del desvalor del resultado, no depende sólo de la parte objetivo-externa del hecho porque “la conducta humana es una unidad objetivo-subjetivo, o mejor, interna-externa”.¹⁶¹

3.2.3 La Evolución del concepto de culpa: De la Lex Aquilia, el Code y su inserción en el Derecho Penal

Después de haber constatado que la acción desplegada por el agente es típica y además antijurídica, resta analizar un último elemento referido a conocer si ese agente actuó culpablemente. Su estudio reviste especial importancia dentro de la teoría del delito, pues como cita Luis Jiménez de

¹⁵⁹ Ibidem, p.139.

¹⁶⁰ J. Fernández C.: *Derecho Penal...* op. cit., p. 319.

¹⁶¹ S. Mir P.: *Derecho Penal...* op., cit., pp.140-142.

Asúa a Ernest Hafler “El problema de la culpabilidad es el problema del destino del derecho de castigar”.¹⁶²

Para abordar este aspecto, en primer lugar haremos una sucinta reconstrucción de la evolución del concepto de culpa a través de la historia; así como sus clasificaciones. En segundo lugar, realizaremos un recuento de los desarrollos doctrinarios acerca de la culpabilidad.

En los antiguos pueblos existía el delito sin culpa. El castigo se aplicaba mediante un criterio de imputación objetiva rigurosa, por la producción del daño, sin analizar si existía culpabilidad. En este sentido, señala Maggiore: “El hado en la imaginación de los antiguos griegos, castigaba a ciegas al reo y al inocente; la religión hebrea, paralela a la teocracia política, amenazaba con penas, no sólo a los culpables, sino a sus hijos y a los hijos de sus hijos hasta la séptima generación”.¹⁶³

Diversos antecedentes de responsabilidad por culpa se ubican en algunas legislaciones de Oriente, como la babilónica, contenida en el famoso Código de Hammurabí, que recogía conductas de acción y alguna que pudiera considerarse omisiva, como por ejemplo, la nodriza que deja morir a un niño que se le entrega para su crianza a consecuencia de no amamantarlo o hacerlo de modo insuficiente.¹⁶⁴

Sobre este particular, refiere el autor Serrano Maillo:

“También estaba previsto algún supuesto en el que el resultado que se producía no era querido aunque se castigaba por considerarse que era

¹⁶² Luis Jiménez de Asúa: Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Brasil. Losada.1992, p.20.

¹⁶³ Sergio Vela Treviño: *Culpabilidad e Inculpabilidad*. 2da edición. México. Editorial Trillas, 1990. p.140. La Ley del Talión del derecho hebreo señalaba (Exodo 21, 22-25) "Si en riña de hombres golpear uno a una mujer encinta haciéndole parir y el niño naciere sin más daño, será multado en la cantidad que el marido de la mujer pida y decidan los jueces; pero si resultare algún daño entonces dará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal". Citado por Alterini, Atilio Anibal, *Responsabilidad civil*, 3a. ed. de la 1a. reimpr., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, p. 174. En Levítico, 21, 19-21 se lee: "Al que maltrata a su prójimo se le hará como él ha hecho; fractura por fractura, ojo por ojo, diente por diente; se le hará la misma herida que el haya hecho a su prójimo. Quien mate a una bestia, páguela; pero quien matare a un hombre será muerto". Citado por *id.*, *op. cit.*, en esta misma nota, p. 174. En el Código de Hammurabi se lee: ley 196. "Si un hombre libre vació el ojo de un hijo de hombre libre, se vaciará su ojo"; ley 197. "Si quebró un hueso de un hombre, se quebrará su hueso"; ley 200. "Si un hombre libre arrancó un diente a otro hombre libre, por igual, se le arrancará un diente". Citado por *id.*, *op. cit.*, en esta misma nota, p. 175.

¹⁶⁴ A. Serrano Maillo: *Los delitos y las penas en el Código de Hammurabi*. Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología. Congreso Internacional Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Madrid 6 al 10 de noviembre de 2000. A Serrano Maillo. UNED. 1ra ed. Madrid. 2001, especialmente p.624 y ss

previsible, como sucedía en los casos de golpear a una mujer embarazada, ocasionando el aborto (ley 209). El tema de la voluntariedad se refleja en el Código en otros supuestos en los que el juramento eximía de responsabilidad (leyes 20, 103, 107 y 131).¹⁶⁵

Para imponer una sanción, las conductas tenían que ser voluntarias, pues en el supuesto de lesiones no intencionales, el autor no sufría sanción alguna si juraba: “No le golpeé deliberadamente” (Leyes 206/207); se recoge la responsabilidad por imprudencia o negligencia profesional del médico (Leyes 218/219), así como la imprudencia de los albañiles con resultado de muerte (Leyes 229/230).¹⁶⁶ También encontramos antecedentes en Egipto, Grecia y en el Código de Manú.¹⁶⁷, al igual que en obras teatrales griegas de Esquilo y Sófocles.¹⁶⁸

En Grecia, se castigaba a los médicos que por impericia dejaban morir a los enfermos, así como a los individuos que en los juegos públicos matasen sin premeditación al adversario. Por su parte, la Biblia castigaba en forma más benigna los pecados cometidos por ignorancia y por error.

Algunos autores como Peña López¹⁶⁹ y Jiménez de Asúa¹⁷⁰ ubican el origen de la culpabilidad en la Grecia Clásica, como un sistema moral de valoración de la conducta del individuo, cuyo desarrollo aparece ampliamente ligado a la evolución de los principios de justicia y libre albedrío del individuo.

En el Derecho Romano, el concepto de culpa referido al campo de la responsabilidad civil se destaca la importancia de la Lex Aquilia, la cual recogía el concepto de injuria,¹⁷¹ que equivalía al daño causado por la culpa de quien no quería causarlo –igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum, etiam ab eo, qui nocere noluit; el ilícito exigía la vulneración

¹⁶⁵ Ibidem, p.624.

¹⁶⁶ Ibidem, p 624.

¹⁶⁷ Luis María Boffi Boggero: *Tratado de las obligaciones*. Tomo II. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1981, p.101, § 461.

¹⁶⁸ Marcelo U Salerno: *Culpa y sanción*, en “*Derecho de Daños*. 2a parte. Homenaje a Félix Trigo Represas. Buenos Aires. Editorial La Rocca. 1996, p. 281.

¹⁶⁹ Francisco Peña López: *La Culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*. Granada. Editorial. Comares 2002, p. 11.

¹⁷⁰ L. Jiménez de A.: *Tratado...op. cit.*, p.105. “cuando el pensamiento griego evoluciona y aparece la idea de la justicia (Diké) y las Erinnias, de meras Furias dejan paso a la constitución de un Tribunal que juzga, la idea de retribución por la culpa se instala, en vez de la primitiva responsabilidad absoluta u objetiva”.

¹⁷¹ José Ramón Ferrandiz Gabriel: *Prólogo a Derecho de Daños*. Barcelona. Editorial. Bosch. 1999, p. 11. La voz injuria o iniuria deriva de non iure factum.

de una norma jurídica imperativa protectora de intereses ajenos, así como la culpa del sujeto agente, pensada por los clásicos como la inobservancia de la prudencia exigible.¹⁷²

En la época clásica de Roma, producto de la amplia interpretación que los jurisconsultos hicieron sobre las disposiciones de la Ley Aquilia, se introduce el concepto de culpa, que posteriormente recibiría el derecho justinianeo como parte del postulado general de la imputabilidad moral.¹⁷³

Sin embargo, aunque la doctrina es unánime sobre la importancia de esta ley, no hay una opinión pacífica sobre la posición de si la Ley Aquilia introdujo o no la “culpa” como requisito esencial del derecho a la reparación, ni sobre si construyó un principio general de la punibilidad del acto culposo.

Sandro Schipiani afirma que de la interpretación de la Lex Aquilia se extrae el principio según el cual “la culpa es punible” por los daños provocados injustamente al margen de una relación preexistente obligatoria, lo que constituye el principio general de la denominada responsabilidad extracontractual, llamada también, en consideración a su origen, aquiliana¹⁷⁴

Por su parte, Arias Ramos y Arias Bonet, afirman que el concepto de culpa fue especialmente desarrollado en el tardío Derecho romano.¹⁷⁵ Igual posición postula Niel Puig quien plantea que “la Ley Aquilia no desarrolló el concepto de culpa, ni sentó los principios para que ésta resultara un factor para establecer la responsabilidad de su autor o graduar la extensión del deber de reparar”.¹⁷⁶

¹⁷² J. Ferrandiz G.: *Prólogo a Derecho de daños...* op. cit., p. 11.

¹⁷³ Néstor P. Cazeaux- Félix Trigo Represas: *Derecho de las obligaciones*. Tomo IV. La Plata. Editora Platense. 1994, p. 487/488. Marcelo López Mesa, en Félix A. Trigo Represas – Marcelo J. López Mesa: *Tratado de la responsabilidad civil* Tomo. I. 1ª edición. Buenos Aires. Editorial La ley. 2004, p. 683.

¹⁷⁴ Sandro Schipiani: *El sistema romano de la responsabilidad extracontractual: el principio de la culpa y el método de la tipicidad*, en “La responsabilidad. Homenaje al Prof. Isidoro Goldenberg”. Buenos Aires Editorial Abeledo-Perrot, 1995, p. 22.

¹⁷⁵ J. Arias Ramos.- J.A Arias Bonet: *Derecho Romano*. Tomo II. 17ª edición. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho reunidas. 1984, p. 558, §190.

¹⁷⁶ Luis Niel Puig: *Culpa- culpa grave*, en “*Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*”, Tomo II. Córdoba. Edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. 2000, p. 542.

Con base a estas consideraciones se afirma que en el Derecho romano la culpa no constituyó un principio general de contenido teórico, sino un catálogo cerrado –clauso- de supuestos concretos de actuación culposa regulados por la Lex Aquilia, donde se evidenciaba que una persona había obrado con negligencia crasa o ignorancia supina y, en consecuencia, debía ser condenado a resarcir el daño que provocara.¹⁷⁷ Se sancionaban sólo aquellos eventos dañosos tipificados como acciones materiales de damnum dentro de la Lex Aquilia y no otros.¹⁷⁸

Por lo que respecta al campo penal, en el Derecho Romano no se sabe con certeza si existió la concepción de delito sin culpa. Antecedentes de esta noción podrían ubicarse en la Ley de las XII Tablas, en la que la noción de delito requiere de una voluntad contraria a la ley por parte del sujeto que actúa.

Es por ello que se afirma, que el concepto de culpa no llegó a desarrollarse con los romanos, sino que se trata de un postulado elaborado por la Escuela Clásica del Derecho Natural, la cual rendía culto a la autonomía de la voluntad, razón por la cual no se podía aceptar que se sancione a alguien si de su parte no había habido culpa.¹⁷⁹

Entre la caída del Imperio Romano y la Revolución Francesa, en el campo penal, se retrocede nuevamente al concepto de culpabilidad por resultado, porque surge el concepto de *versae in re illicita*, según el cual existe culpabilidad y en consecuencia se produce un daño, no sólo cuando hay dolo o culpa, sino cuando hay intención de realizar algo indebido y por caso fortuito.

En cambio, en materia de responsabilidad civil, la sanción del Código Civil francés de 1804 provocó un giro dramático al consagrar legislativamente

¹⁷⁷ Marcelo López Mesa: *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Tomo II. Buenos Aires. Editorial La Ley. 2004, p. 73.

¹⁷⁸ Amelia Castresana Herrero: *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*. Salamanca. Ediciones Universidad de Salamanca. 2001, p. 21.

¹⁷⁹ Noemí Lidia Nicolau: *Panorama de la responsabilidad civil en el derecho occidental: retrospectiva y tendencias*, en “La responsabilidad. Homenaje al Prof. Dr. Isidoro Goldenberg”. p. 48.

una serie de fórmulas que en la práctica producían profundas innovaciones a los principios aceptados hasta entonces.¹⁸⁰

El Code instauró un sistema de *numero apertus* (la indeterminación de un concepto abierto) sobre los actos y omisiones que eran fuentes de la obligación indemnizatoria, cuando en ellos interviniera cualquier género de negligencia.¹⁸¹ En el Code, y en los códigos clásicos que lo siguieron, se estableció un principio que se moldeaba sobre casos concretos no identificados previamente, a diferencia del listado o número clauso de supuestos de responsabilidad por culpa que existía en la *Lex Aquilia*.¹⁸²

En el Código Napoleón, la culpa se constituyó por primera vez en eje del sistema de responsabilidad y en fundamento casi excluyente de la obligación resarcitoria.¹⁸³ En los ordenamientos jurídico-civiles de arraigo francés, durante todo el siglo XIX y comienzos del XX, la culpa se mantuvo en el lugar que el Code la había colocado, siendo el fundamento único y el requisito paradigmático de la responsabilidad civil extracontractual.¹⁸⁴

Derrocado el absolutismo, después de la Revolución Francesa, el hombre como portador de voluntad adquiere un lugar preponderante en lo referente al delito.

En 1859 Carrara desarrolló la teoría de las fuerzas del delito, concibiendo a éste como un ente jurídico, haciendo la distinción entre la responsabilidad por el resultado y la conducta libre, pero sin mencionar el término culpabilidad, ya que su término equivalente era el de imputabilidad civil.

¹⁸⁰ Félix A Trigo Represas. – Marcelo J López Mesa: *Tratado de la responsabilidad civil*. Tomo I....op.cit., p. 689.

¹⁸¹ J. Ferrandiz G.: *Prólogo a Derecho de daños*.... op. cit., p. 12.

¹⁸² A. Castresana H.: *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*...op. cit., p. 21.

¹⁸³ Marcelo J López Mesa- Félix A. Trigo Represas: *Responsabilidad civil de los profesionales*. Buenos Aires. Editorial Lexis Nexis.2005, p. 128.

¹⁸⁴ F Peña L.: *La culpabilidad en la responsabilidad*... op. cit., p. 39.

Carrara plantea que para que a un sujeto se le impute un hecho como el delito, el juez debía realizar tres juicios:

“El juicio mediante el cual el juez imputa civilmente a un ciudadano, una acción, que ya fue declarada por la ley políticamente imputable, es el resultado de tres juicios diversos. El juez encuentra en aquel individuo la causa material del acto, y le dice tú lo hiciste: imputación física. Halla que aquel individuo realizó el acto con voluntad inteligente y le dice tú lo hiciste voluntariamente: imputación moral. Encuentra que aquel hecho está prohibido por la ley del Estado y le dice: tu obraste contra la ley: imputación legal. Y sólo después de que tenga el resultado de estas tres posiciones, podrá el juez decir al ciudadano: te imputo este hecho como delito”.¹⁸⁵

Los postulados iniciales del derecho canónico, desarrollaron la teoría del libre arbitrio, y centraron su atención más en la voluntad (*animus*) que en el resultado (*exitus*); sin embargo, el influjo del viejo Derecho romano, del Derecho germánico y del franco, inspirados en el castigo del resultado, introduce modificaciones en la postura inicial de la Iglesia, y se incorpora la figura del delito culposo en las leyes penales.

Durante el Positivismo se desconoció la existencia del principio del libre albedrío del hombre, éste es una ilusión subjetiva, que se caracteriza por la utilización del método inductivo-experimental, y el delito se produce como resultado de diversas causas antropológicas, físicas o cosmo-telúricas o factores sociales, razón por la cual el hecho considerado como delito debe ser analizado exclusivamente en función de la persona que lo ejecuta y su peligrosidad.

Finalmente, la escuela positivista, que propugna el castigo de individuo, porque vive en sociedad, analiza el delito bajo el punto de vista sociológico, destacado la figura de la culpa en las acciones u omisiones.

Enrico Ferri, uno de los exponentes de la Escuela Positivista Italiana niega la existencia del libre albedrío, y haciendo uso del mismo método inductivo-experimental en el estudio del delito y del delincuente, desarrolla la teoría de la defensa social, la cual plantea que la legitimidad de la pena se produce por la relación existente entre la acción individual y la sociedad, es decir, en función de ser parte de un grupo social, por lo que

¹⁸⁵ Francisco Carrara: *Programa de derecho criminal*. Colombia. Editorial Temis. 1956. p. 48.

los individuos son siempre responsables ante la sociedad, y la sanción social es la reacción natural contra el delito.

La imposición de la pena no está fundada en la libertad de querer, sino en la peligrosidad del delincuente (siempre será un ser anormal deficiente psicológicamente), la extensión y naturaleza de las penas serán necesarias para neutralizar la peligrosidad del agente, por lo que desaparece la culpabilidad como un elemento del delito, ya que la culpabilidad es un síntoma que permite valorar la peligrosidad del sujeto.

Esta teoría impulsada por Ferri, es objeto de importantes críticas ya que no sólo elimina de la defensa jurídica, el límite del respeto de la dignidad humana, sino que además a juicio de Luis Jiménez de Asúa mezcla “una ciencia causal explicativa como la criminología, con una ciencia cultural y normativa como lo es el Derecho”¹⁸⁶. “El hecho concreto psicológico, sobre el que se inicia el juicio de culpabilidades es del autor, y está en su cabeza, pero la valoración para el reproche la hace el juez”,¹⁸⁷ por lo que la culpabilidad es un juicio jurídico independiente del proceso subjetivo.

Después del subjetivismo, aparecen las escuelas eclécticas que ocupan una postura intermedia ya que mantienen principios de la clásica y de la positivista, estas son: La Tercera Escuela y la Escuela de la Política Criminal.

La Tercera Escuela o Escuela del positivismo crítico sustenta los siguientes postulados: define al delito como un fenómeno cuyo origen se encuentra en causas sociales; mira al Derecho penal como ciencia, independiente que se compone de tres elementos: sociológicos, psicológicos y jurídicos; la pena tiene el carácter de coacción psicológica a la que los asociados deben temer, y se crea para la defensa de la sociedad; clasifica a los sujetos del delito en imputables e inimputables y

¹⁸⁶ L. Jiménez de A.: *Tratado de Derecho Penal*.... op. cit.,.... pp. 82-83.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 228.

sostiene que el castigo es para los primeros, y a los segundos le corresponde una medida de seguridad como efecto de la defensa social.

En opinión de Luis Jiménez de Asúa la importancia de estas escuelas eclécticas reside en que:

“...levantaron como noble enseñanza la autonomía del Derecho penal, y que mantuvieron el viejo postulado de la imputabilidad, y que rechazaron la concepción del tipo delincuente, recibieron del positivismo el método y el sentido defensorista y mantuvieron un prudente escepticismo sobre el libre albedrío, negado por un considerable sector de los afiliados a estas tendencias intermedias, aunque buscaron para sentar la responsabilidad penal, bases menos toscas que las del simple hecho de vivir en sociedad o la mecánica retorsión, de que si el hombre va determinado al delito, la sociedad estará determinada a defenderse”.¹⁸⁸

A partir de estos postulados se fija una directriz distinta que permite distinguir los elementos de la culpabilidad: la voluntad y su determinación.

Par Von Liszt la culpabilidad significa responsabilidad por el injusto, en sentido estricto, es la relación subjetiva entre el acto y el autor. El resultado producido constituye una expresión de la naturaleza antisocial del carácter del autor, que es lo que le otorga a la culpabilidad su contenido material.

3.2.4 Naturaleza jurídica de la culpa

En cuanto a la naturaleza jurídica de la culpa, existen varias teorías:

- a) Teoría de la prevenibilidad. Es formulada inicialmente por Brusa y la define: “La culpa consiste en la omisión voluntaria de la diligencia necesaria para prever y prevenir un resultado penalmente antijurídico, posible, previsible y prevenible”. Esta teoría es objeto de fuertes críticas por ampliar demasiado el espectro de acción de la culpa, en el sentido de incluir en ella

¹⁸⁸ Ibidem, p. 86.

sucesos que tienen origen en circunstancias meramente fortuitas.¹⁸⁹

b) Teoría de la violación del deber de cuidado. Es propuesta por Feuerbach, según la cual la esencia de la culpa radica en el incumplimiento del deber de atención que le es exigible a todo ciudadano al ejecutar actividades más o menos peligrosas de las cuales pueda resultar un daño o lesión a derechos ajenos.¹⁹⁰

c) Teoría de la previsibilidad. Su máximo exponente es Carrara, para quien la culpa es “la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho”. De acuerdo a esta teoría, si el sujeto hubiese reflexionado, como era su deber, sobre las circunstancias en que su actividad se desarrollaría y sobre las consecuencias de la misma, habría previsto, porque era previsible, lo que no previó, la culpa resultando un vicio, tanto del intelecto como de la voluntad.¹⁹¹

Esta teoría ha tenido gran aceptación en la doctrina porque ha permitido deslindar el ámbito de acción del fenómeno culposo respecto del dolo y del caso fortuito; sin embargo, contra ella se ha argumentado que el resultado lesivo basado en su previsibilidad sólo puede apreciarse a posteriori, por lo que el autor del hecho culposo sería juzgado con base a las valoraciones y experiencia del juez.

d) Teoría finalista: Propuesta por Welzel, propone que la noción de culpa se funda en la omisión del cuidado objetivo requerido para evitar el resultado lesivo de los bienes jurídicos legalmente tutelados.

3.2.5 Clasificación de la Culpa

¹⁸⁹ Alfonso Reyes Echandia: *Formas de Culpabilidad*. Derecho Penal, Parte General. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1979, pp. 284 a 306.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ *Ibidem*

Tal como señalamos, y a pesar de no existir una posición pacífica entre algunos autores, a los romanos se les atribuye la creación de la doctrina de la culpa aplicada al campo del derecho civil, aunque no le otorgaran la misma atención que al dolo.

Para ellos, la culpa consiste en una falta originada en un hecho o en una omisión imputable al deudor, pero sin que hubiera habido de su parte intención de perjudicar al acreedor. En este sentido, se es culpable de imprudencia, de negligencia o de torpeza.¹⁹²

El Derecho romano clásico fue el inspirador de la distinción al establecer la figura de la culpa aquiliana, figura delictuosa con todas las categorías de la falta de diligencia, tales como la culpa lata, leve, y levísima.

Siguiendo con esta referencia, los juristas romanos realizaron una clasificación de la culpa en base a su intensidad, en grados, dividiéndola en culpa lata, levis y levissima.

La denominada culpa lata o magna es la culpa grave de máxima intensidad. Es aquella que no cometería un hombre dotado de la inteligencia más vulgar. La culpa leve, nimia o simplemente culpa es aquella que no cometería un buen administrador; ésta se subdivide en dos: culpa leve en abstracto, cuyo prototipo es el de un buen padre de familia, y culpa leve en concreto, cuya base comparativa es el cuidado que se pone en los propios negocios.

Finalmente, la culpa levísima sobre la cual se discute si es o no un grado del Derecho romano, o si es una interpolación realizada por los glosadores, cuyo concepto surge de la comparación entre el obrar de un diligentissimus pater familias, es decir, del mejor de los padres de familia.¹⁹³

¹⁹² Mosset Iturraspe: *Seguros y responsabilidad civil, Responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1979, p. 185.

¹⁹³ *Ibidem*, pp.186 y ss.

Algunos intérpretes hablan de la existencia de una culpa levísima ("culpa levissima") a raíz de un fragmento de Ulpiano en Digesto (0, 2, 44 pr.) que se refiere a la ley Aquilia (in lege Aquilia et levissima culpa venit). Tal grado de culpa habría consistido en una falta de diligencia extremadamente cuidadosa sólo concebible en hombres demasiado inteligentes. Este tipo no habría estado referido a las relaciones contractuales, sino al daño causado por un hecho ilícito (damnum iniuria datum) regulado por la Lex Aquilia.¹⁹⁴

De acuerdo a su significado jurídico, la culpa se divide en civil y penal. Aunque en ambos casos la culpa se define por una omisión de la conducta debida para prever y evitar el daño, sin embargo, la apreciación de la culpa atiende a fines diversos.

En el caso de la culpa civil se persigue el resarcimiento del daño a los fines de no dejar a la víctima sin reparación. En este sentido, se pronuncia Díez Picazo y Gullón: "La responsabilidad civil significa la sujeción de quien vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido".¹⁹⁵

En el segundo caso, la responsabilidad penal apunta a la represión del delito, pero valorando las circunstancias constitutivas de la culpa con el propósito de no condenar a un inocente.

Dentro de la culpa civil se distingue la culpa contractual y la extracontractual. La responsabilidad contractual es aquella que se produce cuando, existiendo una relación obligatoria previa entre dos o más partes, una de ellas incumple su prestación contractual y ello provoca daños a otra u otras. Es importante hacer notar que el daño debe producirse precisamente por el incumplimiento contractual del deudor y que el acreedor y la prestación ya estaban determinados de antemano.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Luis Rodolfo Arguello: *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1976, p.39.

¹⁹⁵ Díez Picazo-Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*. Vol II. Madrid. Editorial Tecnos. 2001, p. 539.

¹⁹⁶ Yzquierdo Tolsada: *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid. Editorial Dykinson. 2001, pp. 79- 80.

La responsabilidad extracontractual surge cuando la obligación resarcitoria nace entre personas que no se encontraban previamente vinculadas por un contrato o relación análoga. Aquí no se trata de la violación de una previa relación obligatoria, sino del genérico deber de no causar daño a otro (“alterum non laedere”).¹⁹⁷

Referencias a los principios de la culpa civil contractual lo encontramos en el Derecho romano quienes consideraban las culpas en relación a los contratos de buena fe, que eran aquellos en los que el Juez o Pretor fallaba de acuerdo a la bona fide.

En el primitivo Derecho romano, no se conocía el término obligación, pero se basaba en la palabra "nexum" cuyo significado es ligar, anudar. Ese vínculo tenía un carácter material ya que el deudor que no pagaba podía ser encadenado por el acreedor para hacerle responder por su deuda con su propio cuerpo.

Así lo expresa Topasio Ferretti:

“Para que se entendiera realizado el préstamo bajo el amparo del *ius avile*, debía cumplirse con la formalidad o rito denominado *nexum*, que implicaba una verdadera *mancipatio* (venta ritual) que hace el deudor de su propia persona, en garantía del crédito que le ha sido otorgado. De allí entonces que el deudor entre, desde el momento mismo de realizarse el *nexum* (y no desde el incumplimiento), en un estado de pérdida de libertad personal que durará hasta que pague lo que debe, normalmente con su propio trabajo, realizado en estado de semiesclavitud “

“En caso de incumplimiento de la obligación contraída por el deudor “*nexi*”, su situación, desde luego se agravaba aún más. Quedaba sometido a la “*manus incetto*” (literalmente, “puesta la mano encima”) por parte del acreedor, que permitía a éste disponer definitivamente de la persona del deudor, como por ejemplo, venderlo como esclavo. En todo caso, para ello se requería al autorización del magistrado, previo juicio ante el *iudex* y previa sentencia condenatoria, en la que se reconocía la obligación incumplida y se autorizaba proceder a la ejecución de la sentencia en el *corpus* del deudor”.¹⁹⁸

Esa responsabilidad contractual surgía debido al perjuicio que sufría el acreedor con la inejecución parcial o total del contrato, que era una

¹⁹⁷ Juan Iglesias: *Derecho Romano*. Barcelona. Ediciones Ariel. 1972, p. 96. El “*tria iuris precepta*” de Ulpiano (Digesto 1,1,10,1): *honeste vivere* (vivir honestamente), *alterum non laedere* (no causar daño a otro, respetar su esfera de derechos) y, finalmente, *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo que es suyo).

¹⁹⁸ Aldo Topasio Ferretti: *Derecho Romano Patrimonial*. Primera Edición. México. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1992, p.119.

verdadera disminución de su patrimonio, dado que el afectado con el incumplimiento no obtenía nada a cambio en función de lo que había entregado en el momento de nacer la obligación.

En la época clásica no era considerada la culpa subjetiva del deudor sino la causa objetiva del incumplimiento; en este sentido se pronuncia Espitia Garzón:

“...La responsabilidad del deudor por el incumplimiento o el cumplimiento tardío de la obligación, los juristas clásicos oscilaron entre los conceptos de dolo (intención deliberado de incumplir el deber de conducta), fuerza mayor y causus (eventos que escapan al control del deudor) entendiend que el deudor respondía por regla general cuando se producía el primero y se eximía en los segundos”¹⁹⁹

En efecto, en 326 A.C y con el objeto de poner fin al estado de agitación social que se vivía, se dicta la Lex Poetelia Fapkia, la cual abolió el nexum y sustituyó así la inmediata sumisión o sujeción de la persona del deudor a la manus o potestad del acreedor, y estableció el principio de qué la responsabilidad del deudor debe hacerse efectiva en sus bienes y no en su cuerpo. Sin embargo, esta ley no produjo un efecto inmediato en la práctica judicial.²⁰⁰

Las primeras manifestaciones de ejecución en el patrimonio del deudor se tienen en el derecho pretorio, a fines del período republicano a través de la missio in bona, o entrada en los bienes por y a solicitud del acreedor favorecido en sentencia, que conduce a la venta en pública subasta del entero patrimonio del deudor en la referida bonorum venditio.

Posteriormente, tal concepto se vio modificado en el Digesto, correspondiente al pensamiento justiniano, quién valoró la conducta subjetiva del deudor refiriéndola a lo objetivo del incumplimiento.

“Para valorar la responsabilidad del deudor por el incumplimiento total o el cumplimiento tardío de la obligación, fueron tenidos en cuenta los conceptos de dolo, culpa grave, culpa leve, la diligencia que se debe tener con las cosas propias (diligentia quam suis rebus adhibere solet),

¹⁹⁹ Fabio Espitia Garzón: *Historia del Derecho Romano*. Responsabilidad por el incumplimiento. Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia. 2006, p.234.

²⁰⁰ A. Topasio F.: *Derecho Romano*... op. cit., p.122.

la exactísima diligencia en el cuidado de la cosa (exactissiman diligentiā custodiandae rei praestere y el caso fortuito.²⁰¹

Por lo que respecta a la culpa penal la cual alude a toda conducta contraria a la diligencia, a la pericia o a la prudencia, a las leyes, a los reglamentos generales o específicos, etc., de la que se deriva un hecho dañoso o resultado lesivo que el culpable no ha deseado, aunque haya considerado que pudiera ocurrir, tal como mencionamos no se conoce con certeza si en el Derecho Romano existió la concepción de delito sin culpa.

A diferencia del dolo que nació del Derecho privado romano para después insertarse en el Derecho penal, en la culpa no hay precisión de si su nacimiento y derivación existieron en las mismas formas que en el Derecho civil romano considerada como un hecho de resultado imprevisto e previsible, "es probable que el concepto de culpa surgiera en el campo de los delitos en el curso de la aplicación de la Lex Aquilia, precisamente, y que de aquí pasara al campo contractual".²⁰²

Otros autores ubican esta noción en la Ley de las XII Tablas, ya que el concepto de delito requiere de una voluntad contraria a la ley por parte del sujeto que actúa. Luis Jiménez Asúa,²⁰³ plantea que algunos escritores como Manzini y Alimena, documentados en Ferrini piensan que después de Adriano fue reconocida en Roma la culpa en el homicidio, desapareciendo en tiempos de Justiniano; pero esta tesis es excepcionalmente mantenida y la *communis opinio* sigue creyendo que el Derecho romano no valuó la culpa en Derecho penal. En realidad, las definiciones de culpa son numerosas, tantas como sus intentos por caracterizarla.

Luis Jiménez de Asúa plantea 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

²⁰¹ F. Espitia G.: *Historia del Derecho Romano* ...op. cit., p.441.

²⁰² J. Iglesias.: *Derecho Romano*....op.cit., p.156.

²⁰³ Luis Jiménez de Asúa: *Principios de Derecho Penal: La ley y el Delito*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina Editorial Sudamericana S.A. 958, p. 371

resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo”.²⁰⁴

Edmundo Mezger propone que “actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever”. Para Cuello Callón existe culpa “cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causado un resultado dañoso, previsible y penado por la ley”.²⁰⁵

Francisco Pavón Vasconcelos define la culpa como: “Aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y las costumbres”.²⁰⁶

Marco Antonio Terragni propone como definición de la culpa:

“...llama la atención que pocas veces se haya advertido que resulta imposible señalar los contornos de la culpa en sí porque ésta no existe. Ni conceptualmente ni tampoco gramaticalmente es correcta su sustantivación. En particular se trata de un particular hecho humano, por lo que es el adjetivo: culposo, el que se le asigna un valor al suceso que, él sí, tiene existencia autónoma.

(...) A lo largo de la historia, este concepto ha tratado de ser definido. Por culpa se debe entender, pues, una forma de obrar: la del que actúa con imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los deberes que le incumbían concretamente. Pero en definitiva, estos no son sino modos de violar el deber de cuidado; aparte de lo que casi siempre caracteriza el obrar culposo es la actitud anímica del autor respecto del resultado. Esto dicho sin desconocer los esfuerzos actuales por reducir la importancia del resultado en la teoría del delito”.²⁰⁷

Para el autor Alfonso Reyes Echandía, se entiende por culpa “la actitud consciente de la voluntad que determina la verificación de un hecho típico

²⁰⁴ Ibidem, p.371.

²⁰⁵ Fernando Castellanos Tena: *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Parte General. 11a edición. México. Editorial Porrúa S.A. 1977, p. 245.

²⁰⁶ Francisco Pavón Vasconcelos: *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. S/ed. México. 1991, p.445

²⁰⁷ Marco Antonio Terragni: *El delito Culposo en el Tránsito y la Medicina*. Primera edición. San José, Costa Rica Editorial Jurídica Continental. 2010, pp. 19-20.

y antijurídico por omisión del deber de cuidado que le era exigible al agente de acuerdo con sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó”.²⁰⁸

En la doctrina se conocen dos especies principales de culpa: culpa consciente o con previsión o con representación y culpa inconsciente, sin previsión o sin representación.

Choclán Montalvo citando a Jescheck refiere que la distinción entre la culpa consciente y la inconsciente se remonta a Feuerbach, quien estableció la distinción entre culpa inmediata y culpa mediata. En palabras de Feuerbach, ésta se da cuando la persona quien provoca el crimen, emprende con otra intención la acción misma, siendo consciente de la conexión causal con un posible o probable resultado ilícito, o igualmente cuando haya omitido el mandato de aplicar el medio adecuado para evitarlo. La culpa mediata existe cuando la persona que con su propia acción haya provocado el crimen no haya sido consciente de la punibilidad o peligrosidad del mismo, pero haya hecho u omitido algo mediante lo cual, sea que lo haya previsto como posible o que con aplicación de la diligencia debida haya debido preverlo, se haya colocado o se haya mantenido en un estado en el que pudo cometer el crimen sin dolo antijurídico ni culpa inmediata.

Para Luis Jiménez de Asúa, la culpa consciente es en la que se ha representado el resultado. Se trata de un:

“Saber dudoso de las circunstancias del hecho, y sobre esto la no probabilidad de la producción del resultado. En este caso el autor no está interiormente de acuerdo, pues él espera que el resultado que se representó no se producirá. Se añade la consciencia de la antijuridicidad material del hecho y el querer de la actividad voluntaria causante del resultado. La falsa esperanza de que el resultado no se producirá, descansa en la negligencia de un deber concreto, cuyo cumplimiento le es exigible al autor como miembro de la comunidad”.²⁰⁹

²⁰⁸ A. Reyes E.: *“Formas de Culpabilidad”*...op.cit., pp. 284-306.

²⁰⁹ L. Jiménez de A.: *La ley y el Delito*.... op. cit., p. 378.

En la culpa inconsciente la representación no se ha producido; alude a:

“La ignorancia de las circunstancias del hecho, a pesar de la posibilidad de previsión del resultado (Saber y Poder). Esta ignorancia descansa en la lesión de un deber concreto, que el autor hubiera debido atender, porque su cumplimiento podía serle exigible en su calidad de miembro de la comunidad. La conducta causante del resultado puede revestir las formas de hacer u omitir, pero también puede descansar en una mera inconsecuencia de la voluntad (olvido)”.²¹⁰

Según Fernando Castellanos “La culpa consciente con previsión o con representación, existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá. Hay voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere, se tiene la esperanza de su no producción”.²¹¹

“La culpa es inconsciente, sin previsión o sin representación, cuando no se prevé un resultado previsible (penalmente tipificado). Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible. Para Soler se da esta clase de culpa, cuando el sujeto no previó un resultado por falta de diligencia. Es, pues, una conducta en donde no se prevé lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia penalmente tipificada”.²¹²

Santiago Mir Puig indica: “La culpa consciente se da cuando, si bien no se quiere causar la lesión, se advierte su posibilidad y sin embargo, se actúa; se reconoce el peligro de la situación, pero se confía en que no se dará lugar al resultado lesivo”.²¹³

Para Sebastian Soler: “Dícese culpa inconsciente aquella en la cual el sujeto no previó un resultado por falta de diligencia. Dícese, en cambio, culpa consciente aquella en que el evento es previsto como posible, pero no es querido y, además, el sujeto espera que no ocurrirá o que podrá evitarlo”.²¹⁴

²¹⁰ Ibidem, p.378.

²¹¹ F. Castellanos: *Lineamientos Elementales...* op.cit., pp. 247 y 248.

²¹² Ibidem, p.248.

²¹³ Santiago Mir Puig.: “Derecho Penal”. 5a edición. Barcelona. Editorial Tecfoto. 1998, p.245.

²¹⁴ Sebastián Soler: *Derecho Penal Argentino*. Tomo II. Buenos Aires. TEA Topografía Editorial Argentina. 1992, pp. 171 y ss.

Sobre esta última distinción no existe en la doctrina una posición pacífica. Sebastián Soler, por ejemplo, expresa que esa terminología no es afortunada, porque resulta imposible hablar de una culpabilidad inconsciente sin base reprochable. En realidad, se quiere señalar la existencia de casos de culpa en los cuales hay representación actual del resultado, y a pesar de ello no son dolosos, y casos en los cuales no hay representación, y a pesar de ello son reprochables; distinguiendo el autor entre culpa con y sin previsión actual, equiparando a la primera los conceptos de precipitación e imprudencia, y a la segunda categoría los conceptos de dejadez y negligencia.

En este mismo sentido se expresa Bacigalupo, quien no admite que la llamada culpa consciente sea una forma de imprudencia; sólo habrá culpa inconsciente, dado que cuando el autor se haya representado la realización del tipo como no improbable, se estará en todos los casos ante supuestos de dolo eventual. Igualmente, señala que podrá hablarse de culpa consciente en los casos en que el error del sujeto recaiga sobre el carácter concreto del peligro, quedando reservada la culpa inconsciente para aquellos casos en que el sujeto yerra sobre la existencia misma del peligro gestado por su accionar.²¹⁵

Del mismo modo, para Choclán Montalvo, quien manifiesta que: “Por eso se acaba reconociendo que la imprudencia consciente o con representación no puede ser admitida - sólo habrá culpa inconsciente- o al menos lo que tradicionalmente se conoce como imprudencia consciente es dolo eventual, procediendo reformular el concepto de la imprudencia consciente para referirse a los casos en que el sujeto sólo conoce un riesgo abstracto, o conociendo el riesgo concreto considera improbable la producción del resultado porque confía negligentemente en que todo irá bien”.²¹⁶

²¹⁵ Enrique Bacigalupo.: *Derecho penal, parte general.*, 2a edición. Buenos Aires. Ediciones Hamurabi. 1999, p. 344.

²¹⁶J. Choclán M.: *Deber de cuidado...* op. cit., p.77

La diferencia entre la culpa consciente y el dolo eventual estriba en que a pesar de que en ambos casos hay voluntariedad de la conducta causal y representación del resultado delictivo, en el dolo eventual se asume indiferencia ante el resultado, se menosprecia. En cambio en la culpa no se quiere, porque el sujeto esboza sus actos creyendo que de la manera en que los llevará a cabo el resultado no se producirá, vale decir, se abriga la esperanza de que no se producirá.

Roxin afirma que "existe dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo penal, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna- sea de buena o mala gana- a la eventual realización del delito, se conforma con ello".²¹⁷

Para delimitar la sutil diferencia entre el dolo eventual y culpa consciente, se han postulado distintas teorías.

La primera de ellas, la teoría del consentimiento, se caracteriza porque le concede un papel preponderante al elemento volitivo, por lo que el elemento esencial del dolo es querer, como contenido de éste se considera la aprobación, la aceptación o ratificación del resultado. Se exige la sustitución de la intención por elemento volitivo en relación con la producción del resultado.

A esta teoría se le conoce como "teoría hipotética del consentimiento", porque utiliza, como medio de prueba, la primera fórmula de Frank, según la cual debe preguntarse cómo se hubiera comportado el autor en caso de haber contado con la seguridad de la realización del tipo. Dentro de esta corriente, sus defensores se sirven de la segunda fórmula de Frank, en la prueba de la existencia del dolo eventual, preguntándose: "Si el autor dijo: sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso yo actúo, entonces, su culpabilidad es dolosa".²¹⁸

²¹⁷ C. Roxin.: *Derecho Penal...* op cit. p. 427 parágrafo 27.

²¹⁸ Mirentxu Corcoy Bidasolo: *El delito imprudente*. Segunda Edición actualizada. Buenos Aires Editorial B de F. 2008, p. 257.

Otra teoría, la teoría del sentimiento, valora la actitud interna del sujeto frente a la previsible producción del resultado lesivo. Se afirma la existencia del dolo cuando la actitud del sujeto es de indiferencia frente a la producción de un resultado lesivo que el Derecho penal considera relevante. De acuerdo con esta teoría se juzga la situación emocional del sujeto, por lo que la actuación indiferente es considerada como el elemento negativo de la voluntad.

Finalmente, la teoría de la probabilidad, centra su atención en el elemento intelectual, vale decir, en el conocimiento, y rechaza la existencia del elemento volitivo en el dolo. Lo único importante para calificar como doloso un hecho es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor. Hay dolo eventual cuando el autor considera probable la producción del resultado y hay culpa consciente cuando sólo la crea posible.

A este postulado se le dirigen algunas críticas por la dificultad que presenta su aplicación práctica, ya que es altamente complejo para el juez determinar con anterioridad al hecho, cuándo el resultado se presenta como posible o probable.

Muñoz Conde²¹⁹ refiere que “el verdadero problema del dolo eventual desemboca, a la larga, en la identificación de los indicadores externos idóneos para demostrar, en sede judicial, la existencia o no del necesario elemento volitivo respecto al concreto resultado producido; en la medida en que la constatación de la representación de su probable producción (esto es el elemento cognitivo) deviene insuficiente a la hora de afirmar o negar que el comportamiento fue doloso, y ello con independencia de la naturaleza del delito cometido: ya sea este de lesión o de peligro (concreto o abstracto)”.

A la culpa sin representación o inconsciente solía clasificársele en lata, leve y levísima, siguiendo el criterio que priva en el campo del Derecho

²¹⁹ Francisco Muñoz Conde: *Derecho Penal*. IV Edición. Valencia. Editorial. Tirant Lo Blanch. 2000, p. 310.

civil, según la mayor o menor facilidad en la previsión.²²⁰ En este sentido, Choclán Montalvo expresa que esa diferenciación no está suficientemente explicada por la teoría, por lo que probablemente no sea posible una descripción abstracta de la imprudencia grave y se requiera que la jurisprudencia intervenga para definir cada caso concreto.²²¹

Este autor propone seguir el criterio mayoritario que distingue la imprudencia grave de la imprudencia leve, en función la entidad de la infracción del deber de cuidado, criterio éste que permite indicar por una parte, que la imprudencia grave es una imprudencia de cierta significación, o sustancialmente elevada; y por la otra, que la diferencia entre ambas imprudencias se encuentra en el desvalor de la acción, sin que pueda medirse la gravedad de la imprudencia en función de la gravedad del resultado producido, muchas veces dependiente del azar.

Este aspecto obliga a distinguir entre la gravedad de la imprudencia y la gravedad de la culpabilidad; ésta última abarca la gravedad del injusto y de la culpabilidad en sentido estricto. La diferencia entre ambas imprudencias atiende sólo al desvalor de la acción, esto es a la intensidad de la infracción del deber de cuidado, a la medida en que la acción se ha distanciado del riesgo permitido, lo cual determina una mayor culpabilidad que en la imprudencia leve.

En relación a este punto, la gravedad de la imprudencia dependerá de la mayor o menor distancia entre el riesgo autorizado y el riesgo creado por autor, para lo cual tiene una significación especial la importancia de los bienes jurídicos puestos en peligro o lesionados por la acción imprudentes, de allí que, a mayor importancia de los bienes puestos en peligro el nivel del riesgo permitido será menor y el cuidado exigido en consecuencia también será mayor. En conclusión, la gravedad de la imprudencia depende de la ponderación de utilidad y riesgo.

²²⁰F. Castellanos.: *Lineamientos Elementales...* op.cit., p.248.

²²¹J. Choclán M.: *Deber de cuidado ...* op. cit., p. 80.

Otros autores han deducido el concepto de temeridad equiparable al de imprudencia grave de la actitud interna del sujeto. En esta concepción ubicamos a Maurach quien valoró temeridad en la creación de un peligro agudo de muerte a personas de manera descarada por móviles egoístas, así como a Maiwald para quien la imprudencia fundamenta la temeridad, ya que ésta se basa en la actitud interna del sujeto especialmente reprochable, y a Bacigalupo quien considera que la gravedad de la imprudencia debe intentarse desde perspectivas relacionadas con la prevención, a partir del grado de desinterés revelado por el autor respecto de los bienes ajenos.²²² Otros autores, como Roxin, hablan de una concepción mixta, en el sentido de valorar para apreciar la temeridad de la imprudencia tanto las circunstancias relativas al injusto (acción especialmente peligrosa) como a la culpabilidad (actitud interna especialmente censurable).²²³

Así, constituyendo la imprudencia un supuesto de error de tipo evitable, el grado de la misma dependerá del grado de evitabilidad del error. Si el sujeto de acuerdo a sus conocimientos y capacidades especiales podía fácilmente advertir la realización del tipo podría decirse que actuó con grave descuido, pudiendo salir de su error con cierta facilidad. Al contrario, el sujeto con capacidad inferior a la media tendrá más dificultad para salir de su error y tal circunstancia podría excluir la temeridad. Sin embargo, la moderna dogmática estima que dicha graduación carece de importancia.

Desde 1950 Jiménez de Asúa señalaba que la citada escala diferenciada de imputación, tomada del Derecho civil, era totalmente irrelevante, y a lo sumo podía tener implicancias en la intensidad de la pena aplicable, por cuanto era imposible en la práctica hallar una línea divisoria entre la culpa grave y la culpa leve. El autor ejemplifica efectuando un detallado estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, demostrando que sus

²²² Ibidem, p. 84

²²³ Ibidem, p. 84.

sentencias no logran establecer una diferencia conceptual. En referencia a este aspecto expone:²²⁴

“Demos de lado a las viejas especies de la culpa, manejadas más por los glosadores que por el propio Derecho romano, y que en Derecho civil funcionan todavía: *culpa lata*, *culpa leve* y *culpa levísima*. En Derecho penal no pueden tener eficacia, salvo en algunos Códigos, como el español de 1870, en que se habla de "imprudencia temeraria" y de "imprudencia simple".²²⁵

Claus Roxin ha seguido este criterio señalando que “el concepto jurídico civil de imprudencia grave resulta poco fructífero para el Derecho penal”.²²⁶ A su juicio en primer lugar, tal concepto no ha adquirido límites claros ni siquiera en el derecho civil, y en segundo lugar porque el Derecho penal debe tener en cuenta la incapacidad personal en mayor medida que en Derecho civil.

En referencia a los límites entre la imprudencia temeraria y simple, Silva Sánchez estima, citando un fallo del Tribunal Supremo Español, que “éstos son tenues y no acentuadamente acusados”, siendo difícil encontrar criterios de diferenciación mas allá de fórmulas vacías de significación para el caso en concreto (vulneración de las más elementales medidas de precaución de un hombre mínimamente razonable, aunque admite su importancia práctica y ofrece algunas pautas jurisprudenciales y conceptuales de cotejo).²²⁷

Por su parte, Fernando Castellanos indica: “La moderna doctrina penal ha dejado en el olvido tal clasificación, pero en nuestra legislación penal encuentra aceptación sólo por cuanto la gravedad o levedad de culpa hace operar una mayor o menor penalidad”.²²⁸

²²⁴ L. Jiménez de A.: *Tratado...* op. cit., p. 509.

²²⁵ L. Jiménez de A.: *La ley y el Delito...* op. cit., p. 378.

²²⁶ C. Roxin.: *Derecho Penal...* op.cit., p.1045.

²²⁷ Jesús María Silva Sánchez: *Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia del médico anestesista, la perspectiva del Tribunal Supremo*.DS. Vol 2. (enero-diciembre 2004),p 45-47.

²²⁸ F. Castellanos.: *Lineamientos Elementales ...*op.cit., p. 247 .

Finalmente, el hecho culposo puede ser ocasionado por negligencia, imprudencia, impericia o incumplimiento de órdenes normas legales, o reglamentarias. Esta previsión, contenida en nuestro Código Penal, la abordaremos en el siguiente aparte.

3.2.6 El concepto de culpa en el Código Penal venezolano y sus elementos

La culpa como el dolo se componen de dos elementos necesarios para que se constituya: la previsibilidad y la evitabilidad. “El derecho penal no puede reprochar lo inevitable. Y ha de medir la evitabilidad o inevitabilidad del evento no sólo mediante referencias técnicas a lo que el autor era capaz, efectivamente de hacer, sino también por el recurso a datos deónticos; es decir, atendiendo a lo que podía exigírsele”.²²⁹

Para Fernando Castellanos los elementos de la culpa son:

- a) Una conducta voluntaria
- b) Que esa conducta se despliegue sin observar las cautelas o previsiones exigidas por el Estado
- c) Los resultados de la acción emprendida deben ser previsibles, evitables y tipificarse penalmente.
- d) Se requiere de una relación de causalidad entre la acción desplegada y el resultado no querido, porque de lo contrario si el resultado es querido o aceptado, se estará en el caso de la imputación dolosa.²³⁰

El Código Penal Venezolano no dispone de una norma específica que defina la culpa y señale sus elementos. Su construcción debe basarse en primer lugar, en la excepción contenida en el artículo 61 que prevé la regla general de la responsabilidad a título de dolo,... “excepto cuando la ley se le atribuye como consecuencia de su acción y omisión”, y en segundo lugar, de las diversas disposiciones contenidas en el Libro II de

²²⁹ Manuel Cobo del Rosal y Tomás Vives Antón: *Derecho Penal*. Parte General. Quinta edición. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch. 1999, p. 653

²³⁰ F. Castellanos.: *Lineamientos Elementales*op.cit., p. 247

nuestro Código, donde se describen hipótesis de delitos culposos haciéndose alusión a las formas de la imprudencia, negligencia, impericia, inobservancia de reglamentos, órdenes, instrucciones, como por ejemplo el supuesto contenido en el artículo 411 del Código Penal.

Sin embargo, el Código Penal Venezolano contiene en sus distintos artículos, un total de once delitos culposos, los cuales eximen de responsabilidad al que con la debida diligencia cause accidentalmente un mal, sin culpa ni intención de causarlo. Algunos ejemplos:

La revelación de secretos políticos o militares (artículo 136); violación de sellos (artículo 230); sustracción de cosas dadas en prenda o puestas en secuestro (artículo 232); incumpliendo de obligación en casos de su ministros públicos (artículo 234); fuga de condenados (artículo 266); incendio, explosión, inundación, sumersión o naufragio por imprudencia, negligencia o impericia en la profesión, arte o industria o por inobservancia de los reglamentos, ordenes o disposiciones disciplinarias (artículo 357); homicidio (artículo 411); lesiones personales (artículo 422); etc.

Con base a las consideraciones precedentes se deducen los elementos de la culpa:

1) La voluntariedad de la acción u omisión:

En primer lugar se requiere, de una conducta o comportamiento voluntario; tal exigencia fundamental se desprende de la presunción del último aparte del artículo 61, según el cual la “acción u omisión penada por la ley se presumirá voluntaria a no ser que conste lo contrario”. Efectivamente, en la culpa existe una conducta voluntaria, inclusive en los delitos culposos omisivos, en cuyos casos el sujeto de manera voluntaria decide omitir el cuidado debido o el no prestar la atención que le imponen sus deberes.

2) La involuntariedad del hecho:

La falta de intención o de voluntad del resultado o del hecho. El resultado producido debe ser involuntario.

3) Que el hecho no querido se produzca por la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de reglamentos, órdenes o instrucciones.

Finalmente, se exige que el resultado no deseado sea la consecuencia de un comportamiento voluntario, contrario a las normas o reglas de conducta de prudencia y diligencia impuestas al hombre que vive en sociedad a fin de evitar hechos lesivos.

El legislador ha establecido cuatro modos de apreciar la culpa:

1) Imprudencia:

De acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la imprudencia se define: “Del lat. imprudentia). 1. Falta de prudencia. 2. Acción o dicho imprudente. 3. *Der.* culpa ~ temeraria.1. f. *Der.* Culpa grave e inexcusable”.²³¹

Consiste en obrar sin cautela. Alude a la punible e inexcusable negligencia con olvido o desatención de las precauciones que la prudencia vulgar aconseja, la cual conduce a la realización de actos que se realizan sin la diligencia debida, que son previsibles desde un punto de vista objetivo, siendo considerados como delito.

En el Derecho Español por ejemplo, la imprudencia es graduable, ya que su Código Penal distingue entre una imprudencia grave y otra leve, aunque no se establecen criterios en la ley conforme a los cuales se hace la diferenciación. De acuerdo a la posición más extendida, los conceptos que emplea el nuevo código español equivalen a los de imprudencia temeraria y simple del código derogado, de suerte que toda imprudencia temeraria es imprudencia grave. La equiparación entre estos dos tipos de imprudencias es constante en la literatura científica, y se acogió en proyecto alemán de 1962 que disponía... “obra temerariamente quien actúa de modo gravemente imprudente”. Sin embargo, el criterio de imprudencia grave no aporta una mayor concreción que el de temeridad y será en definitiva la jurisprudencia quien acabe perfilándolo en cada caso en concreto.

²³¹ <http://lema.rae.es/drae/>

“La imprudencia leve, como en el sistema anterior sólo puede dar lugar a una falta. Además como consecuencia del Derecho procesal, la imprudencia leve sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de sus representante legal”.²³²

2) Negligencia:

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la negligencia como: “Del lat. imprudentĭa).1. f. Falta de prudencia. 2. f. Acción o dicho imprudente.3. f. Der. culpa.~ temeraria. 1. f. Der. Culpa grave e inexcusable”.

La negligencia es desatención o descuido en el actuar. Omisión consciente. Consiste en no cumplir aquello a que se estaba obligado o hacerlo con retardo. Es la falta de uso de los poderes activos en el desarrollo de una actividad, no lo hace por pereza psíquica.

3) Impericia

La impericia es definida por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española de la siguiente manera: “(Del lat. imperitiĭa).1. f. Falta de pericia”. La pericia es definida: “(Del lat. peritiĭa). 1. f. Sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte”.

El viejo Derecho francés denomina torpeza como la falta de destreza, de habilidad, de propiedad en hacer una cosa. Se dividía en torpeza material y torpeza moral. En esta última categoría entra la culpa moral de la ignorancia profesional: el sujeto responde porque se ha descuidado en adquirir los conocimientos elementales y necesarios para el ejercicio de su profesión o arte. La torpeza es culpable cuando es grosera y podía evitarla el sujeto tomando ciertas precauciones.

4) Inobservancia de reglamentos, órdenes o instrucciones:

²³² J. Choclán M.: *Deber de cuidado...* op. cit., p. 80.

Alude a que al desempeñar ciertas actividades o cargos, el sujeto omite cumplir los deberes impuestos por los reglamentos u ordenanzas.

Como los reglamentos se dirigen a disciplinar un determinado ramo de la actividad individual o social, la palabra reglamento ha de entenderse en un sentido amplio; el cual abarca no sólo los decretos reglamentarios propiamente dichos, sino también las leyes, ordenanzas y disposiciones dictadas por cualquier autoridad o por los propios particulares, como en el caso de las empresas privadas. Los reglamentos tienen por objeto establecer directrices para evitar accidentes o daños, para la seguridad pública y para la sanidad colectiva.

Antes de concluir este apartado conviene ampliar otras forma de participación psicológica del autor en el hecho denominada la preterintención que es una responsabilidad que surge solo a título excepcional, cuando la intención se ha dirigido a un determinado hecho pero se realiza uno más grave al previsto o querido por el sujeto. Esto es, como señala el Código Penal, el hecho excede en sus consecuencias al fin que se propuso el agente

El Código Penal Venezolano, en su artículo 74, consagra los delitos de preterintencionalidad entre los que destacan los delitos contra las buenas costumbres, seguidos de lesiones o de muerte, el aborto seguido de muerte y el abandono de un niño o persona incapaz.

Finalmente, haremos un breve recuento de dos especies de imprudencia desarrolladas en la doctrina, una de ellas es la culpa por asunción, y la otra la llamada imprudencia profesional.

La culpa por asunción ocurre cuando el sujeto conociendo que posee una incapacidad, insuficiencia física, o falta de práctica, emprende una actividad peligrosa y no es capaz de hacerle frente a los peligros que esa actividad supone para los bienes jurídicos protegidos; es decir, el agente en lugar de abstenerse de ejecutar la conducta a pesar de conocer de su incapacidad, asume la actividad peligrosa incurriendo en la llamada

provocación culpable por emprendimiento o asunción, porque el sujeto ha infringido la norma que le prohíbe actuar en tales circunstancias.

Sobre este aspecto Roxin plantea que quien se dispone a realizar una conducta, cuyo riesgo para bienes jurídicos-penalmente, no puede valorar, debe informarse; de no ser posible o considera que de nada servirá informarse, debe abstenerse de ejecutar la conducta.²³³

Hemos dicho que en la culpa por asunción las lesiones a los bienes jurídicos derivan de las incapacidades o falta de práctica del sujeto, tales como el médico no especialista que realiza una actividad de una rama de la medicina sin tener la experiencia o formación, o el conductor que emprende la marcha de su vehículo sin disponer de sus lentes, en conocimiento que tiene disminuida la capacidad de visión. Otro caso de culpa por asunción se da en aquellos supuestos de estructuras jerarquizadas en la empresa y de cadenas de delegación de posiciones de garantía, cuando el delegado no ha recibido del delegante los medios necesarios o no ostenta la cualificación necesaria para desarrollar la función dentro de los límites permitidos, y a pesar de ello acepta el cargo.

Arthur Kaufmann fundamenta esta responsabilidad de la culpa por asunción sobre la base de la teoría de la *actio libera in causa*, porque el momento de la evitabilidad de la culpa es *ex-ante*, de ahí que no actúa evitablemente el conductor que se duerme al volante y en ese estado pierde el control del vehículo, sino que el acto culposo radica en el comenzar el viaje en un estado de cansancio excesivo y no detenerse en el instante en el cual el autor pueda reconocer su incapacidad para conducir.²³⁴

Por su parte un amplio sector doctrinal, así como en algunas legislaciones como la española, se define y clarifica la imprudencia profesional. La jurisprudencia española la ha definido como “la falta de aptitud para el desempeño del cometido de que se trate, propio de la

²³³ J. Choclán M.: *Deber de cuidado...* op. cit., p. 74.

²³⁴ *Ibidem*, p.75.

profesión desarrollando un comportamiento no ajustado a las ordinarias normas técnicas, del arte o ciencia, y torpeza y descuido inexcusables en los que habitualmente hacen de esa actividad su modo de vivir”.

La impudencia profesional descansa en una actuación con ausencia de conocimiento de las reglas que rigen la actividad en la que se realiza la conducta, por lo que se ha dicho que existe una vulneración de la *lex artis*, de los deberes que exige la actividad que se desempeña por razón del cargo, originándose la vulneración de la *lex functionis*.²³⁵

El Tribunal de la Sala 2da del Tribunal Supremo español en sentencia del 23 de abril de 1992 estableció que el carácter profesional de la imprudencia no debe entenderse de manera puramente formal y por tanto, limitado al ejercicio de una profesión titulada.²³⁶ Lo esencial es la peligrosidad revelada por el sujeto que ejerce una profesión, que a su vez incide de manera determinante en los bienes esenciales de la persona tales como la vida, integridad física etc, sin haber adquirido la pericia mínima (impericia) o ejecutando la actividad con grave descuido (negligencia).

Sobre los conceptos de impericia y negligencia aunque la jurisprudencia española ha venido haciendo sus distinciones, definiendo la impericia como la ausencia de conocimiento o capacidad elementales para el ejercicio de la profesión, mientras que la negligencia concurre cuando el sujeto capaz de ejercer la profesión en atención a los conocimientos de que dispone, no obstante realiza la actividad profesional de un modo absolutamente descuidado o con notoria falta de interés. En sentencia de la Sala 2da del Tribunal Supremo Español de fecha 26 de abril de 1994 agrupa a ambas clases de fenómenos bajo un mismo concepto, el de impericia, ya que ambas pueden encontrar su fundamento en la ignorancia, como en la ejecución defectuosa del acto requerido profesionalmente.

²³⁵ Ibidem, p.147. A este respecto señala el autor dentro de la jurisprudencia española, las Sentencias Nros: SS. 10.4.54, 16.12.55, 28.10.58, 21.6.74, 23.10.83, 17.2.86, 28.11.87, 29.10.94 y S. 26.9.97.

²³⁶ Ibidem, p.147. En otras sentencias S. 21.6.74 se requería que el sujeto fuera un profesional con título.

Quintano expresa que la profesión por sí misma no constituye en materia de imprudencia un elemento típico agravatorio ni cualificativo, aunque influye para determinar la culpa o para graduar su intensidad, pues la que puede ser simple para un particular es susceptible de adquirir proporciones de notoria temeridad para un profesional de un arte o ciencia determinada.²³⁷

En contra de esta posición se expresa Chocán Montalvo porque la circunstancia que el hecho se cometa por impericia incide en la clase de imprudencia y en la gravedad de la misma, sin perjuicio de que la práctica enseñe que los supuestos de impericia suelen ser de imprudencia grave. De acuerdo con ello, la imprudencia no es grave por la circunstancia de ser profesional.²³⁸

Silva Sánchez, reflexiona sobre si la circunstancia de la previsión de la pena de inhabilitación en el caso de la imprudencia profesional, obedece a la mayor gravedad del hecho (en su contenido de injusto o culpabilidad), o simplemente a la existencia de un foco de peligrosidad al que se pretende hacer frente mediante una intervención preventivo-especial inocuizadora, vale decir, ésta medida cumple una función de seguridad frente a la peligrosidad revelada por el profesional en el ejercicio de su profesión.²³⁹

Estas reflexiones nos sitúan frente a otro punto importante y muy debatido en la jurisprudencia española y en la doctrina, que es la dificultad de distinguir entre culpa del profesional y la culpa profesional. Sobre este punto, se distingue que la culpa es del profesional en la medida en que crea el riesgo no permitido por el ejercicio indebido de la profesión, revelando entonces una peligrosidad que fundamenta la pena de inhabilitación. En otro caso, la negligencia no es del profesional sino de un sujeto que no actúa en calidad de tal.²⁴⁰

²³⁷ A. Quintano R.: Derecho Penal de la culpa. op. cit., p.501.

²³⁸ A. Choclán M.: *Deber de cuidado...* op. cit., p. 88.

²³⁹ Jesús Silva Sánchez. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona. Bosch.1997, p.115.

²⁴⁰ A. Choclán M.: *Deber de cuidado...* op. cit., p. 89.

3.2.7 Evolución Histórica del Concepto de Culpabilidad y sus Teorías

Hemos mencionado anteriormente que en la dogmática hispana el delito constituye una acción (u omisión) típica, antijurídica y culpable (enunciación tripartita que hiciera Von Liszt y Beling). Esta noción ha permitido afirmar la existencia de la noción de culpabilidad como un elemento del delito, pero no aclara cuál es su fundamento.

Para comprender su fundamento en la actual doctrina española, alemana e italiana, se suele diferenciar dentro del mismo concepto de culpabilidad, las nociones de culpabilidad en sentido formal y culpabilidad en sentido material. Esta distinción la inició Von Liszt, quien consideraba que la culpabilidad en sentido formal estaba constituida por el dolo y la culpa, mientras que en sentido material su fundamento residía en la exigibilidad.

Para Paz Mercedes de la Cuesta el concepto formal de culpabilidad: "Abarca los elementos psíquicos del hecho que en un jurídico dado se exigen positivamente como presupuestos de la imputación individual". O, lo que es lo mismo, los presupuestos en los que se fundamenta la culpabilidad. El concepto material de culpabilidad, sin embargo, intenta buscar y averiguar los fundamentos de esta categoría del delito, o "bajo qué condiciones resulta justificado fundar la imputación individual"²⁴¹.

El concepto material de culpabilidad apunta a encontrar las razones que legitiman la imposición de una pena, o lo que es lo mismo, los motivos que justifiquen la intervención penal por parte del Estado. Para ello, se han propuesto diversas teorías fundamentadas en diversas consideraciones de tipo ético y sociológico, que podrían influir sobre conformación del concepto de culpabilidad, pero que no afectan sus elementos pues existe en la moderna dogmática jurídico-penal un consenso mayoritario sobre sus componentes: imputabilidad o capacidad

²⁴¹ Paz Mercedes De la Cuesta Aguado: *El concepto material de la culpabilidad*. <http://inicio.es/de/pazenred>.

de culpabilidad, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad, aunque podrían determinar el contenido de cada uno de esos elementos y su caracterización.

El concepto de culpabilidad presenta distintos desarrollos que corresponden a las diversas fases de la evolución de la teoría del delito. Ello, porque como indica Luis Jiménez de Asúa: “Así como la figura técnica del dolo nadie la discute como entidad punible, la culpa, en cambio, es uno de los más debatidos temas del Derecho penal”.²⁴²

En este sentido, encontramos en primer lugar:

Concepción psicológica de la culpabilidad

Para la concepción psicológica de la culpabilidad, “la culpabilidad es aquella relación subjetiva del autor con el resultado antijurídico producido, a la cual se asocia la responsabilidad jurídica”.²⁴³

Esta relación permitirá determinar si hecho típico fue realizado de manera dolosa o culposa (el dolo y la culpa eran sus dos especies). De acuerdo con esta postura la existencia de la culpabilidad reside en la comprobación de que la voluntad del autor es causal del hecho ilícito, lo cual implica un juicio sobre tres diversos aspectos: a) La relación causal entre la voluntad de una persona y un suceso; b) la desaprobación del hecho (su carácter indeseable o dañoso), y c) la conciencia de la contrariedad al deber en el autor.²⁴⁴

En este sentido, la culpabilidad es concebida como la relación psicológica entre el autor y su hecho, sin la cual es imposible afirmar la relación causal de la voluntad con el hecho ilícito.

Esta idea fue objeto de diversas críticas, las cuales generaron su abandono. En efecto, esta teoría fracasa ante la ausencia de culpabilidad

²⁴² L. Jiménez de A.: *La ley y el Delito*....op. cit., p. 371.

²⁴³ S. Mir P.: *Derecho Penal*...op. cit .p. 467.

²⁴⁴ Enrique, Bacigalupo Zapater.: *Derecho penal*. Parte general. Presentación y anotaciones de Percy García Caverro. Lima. ARA Editores E.I.R.L. 2004, p. 400.

en los supuestos de culpa inconsciente y las causas de exculpación (como el estado de necesidad o la inimputabilidad) a pesar de existir relación psicológica entre la voluntad del autor y el hecho.

El entendimiento subjetivo de la culpabilidad como conciencia de lo injusto lleva a algunos autores a negar el carácter delictivo de la imprudencia por ausencia de culpabilidad, o a entender que la culpabilidad de la culpa se convierte en responsabilidad objetiva.²⁴⁵

Dentro de las teorías no normativas sobre la culpa, se hará mención a tres de ellas: la Teoría intelectualista: imprudencia como vicio de la inteligencia; Teoría del error: imprudencia como error; y Teoría Psicológico-voluntarista de la previsibilidad: imprudencia como previsibilidad.

a) Teoría intelectualista: Su origen se remonta a los primeros postglosadores Conciben a la imprudencia como un vicio de la inteligencia. Posteriormente, en el Renacimiento, Decianus perfecciona esta postura realizando un paralelismo entre dolo e imprudencia pero sin distinguir entre ambos. Al primero le atribuye el carácter de vicio de la voluntad, mientras que a la culpa la caracteriza como un vicio de la inteligencia y memoria.²⁴⁶

b) Teoría del error. Concibe a la imprudencia como error. Sus primeros defensores son Kleinschrod, en Alemania, y Rossi, en Italia, ambos de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Posteriormente, fue adoptada por Berner y Köstlin. Este último apoya su argumentación en dos conceptos: 1) que de una falta en el saber, ha de derivarse necesariamente el error; y 2) que tal error ha de ser evitable para trascender en lo penal.²⁴⁷

Posteriormente, en Alemania Sauer afirma que “la imprudencia es un caso de error; es decir, de exclusión del dolo, basando la existencia o no

²⁴⁵ Antonio Quintano Ripolles: La Culpa en Derecho Penal. Barcelona. Bosch. 1958. pp. 12 y 246 -247

²⁴⁶ Ibidem, pp. 253-254.

²⁴⁷ M. Corcoy B.: El delito imprudente....op.cit., p.15 y ss.

de imprudencia en la evitabilidad o no del error. “Imprudencia es el no conocimiento del injusto cuando se debe conocer”.²⁴⁸ Igual postura adopta Ferrer Sama cuando distingue entre error vencible e invencible como fundamento, de la culpa y del caso fortuito.

Se le critica a esta concepción por una parte, que equipara la imprudencia a error, y en segundo lugar, concibe la naturaleza de la culpa fundada en el error, que es distinto a admitir un error en la imprudencia.

- c) Teoría de la previsibilidad. Von Liszt centra la definición de la culpa en la previsibilidad del resultado. “La culpa es la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad”.²⁴⁹ La previsibilidad es el elemento subjetivo de la culpabilidad, sustitutiva del elemento intencional propio del dolo.

Sobre este postulado, Quintano Repollés refiere que la razón de aceptación de esta teoría en la doctrina y en la jurisprudencia se debe a su origen, el cual se remonta al concepto civilista de culpa del Derecho Romano.

La previsibilidad de la lesión del bien jurídico debe ser estudiada en forma diferenciada y distinguir entre previsibilidad objetiva *ex ante* y *ex post* y la previsibilidad subjetiva. La previsibilidad objetiva *ex ante*, entendida como la posibilidad advertida por un espectador objetivo que la conducta desplegada desde una perspectiva *ex ante* lesiona un bien jurídico, constituye un elemento esencial para afirmar que la conducta crea un peligro penalmente relevante.

La previsibilidad subjetiva se tendrá en cuenta *ex ante* en el ámbito del tipo subjetivo y en relación con el error que ha de existir, en el hecho imprudente, en la conciencia del autor sobre la efectiva peligrosidad de su

²⁴⁸ Ibidem, p.16.

²⁴⁹ Ibidem, p. 18.

conducta. Por último, la previsibilidad objetiva *ex post*, parte del nivel de la imputación objetiva.

La concepción personalizada

Sobre este corriente, Jiménez de Asúa expresa que la previsibilidad subjetiva tiene como base común el centrarse en la personalidad del agente es decir, "que el carácter culpable se generaliza a todo el juicio y se personaliza en él la culpabilidad". Sin embargo, no es fácil agrupar estas posiciones bajo un común denominador, pues comprenden matices muy diversos: por ello, prefiere denominarlas como "Teorías de la Culpabilidad generalizada y personificada".²⁵⁰

Posturas como la de Von Liszt, sostenida hacia 1913, en el sentido de que la culpabilidad se debe valorar a partir del carácter antisocial del sujeto²⁵¹, se unen la de otros autores, que convirtieron a la culpabilidad en un elemento a valorar con pautas de contenido ético, debido a que trasladaron la culpabilidad del acto a la persona del autor.

En estas posturas encontramos tres vertientes: La primera relativa a la contrariedad al deber como el núcleo de la culpabilidad, en la que se ubican los aportes de Liepmann, hacia el año 1900, quien postula por primera vez que la culpabilidad comportaba un juicio de reprobación éticamente matizado, mediando una actuación de la voluntad contraria al deber.

En este mismo sentido, se expresa Max Mayer y propone que la voluntad contraria al deber es "un concepto espiritual" por lo cual la culpabilidad jurídicamente entendida debe concebirse como una parte de aquel, para añadir que debe ser tratado culpablemente quien ha realizado un resultado típico contrariando el deber.

²⁵⁰ Luis .Jiménez. de Asúa: *Tratado de Derecho Penal*. 2a. edición. Buenos Aires. Losada. 1963, pp.135 y ss.

²⁵¹ M. Corcoy B.: *El delito imprudente...* op. cit., p. 14.

De la misma manera, Alexander Graf Zu Dohna desarrolló una concepción ética de la culpabilidad definiéndola como "la determinación de voluntad contraria al deber". Esta noción encierra la esencia de la llamada doctrina normativa de la culpabilidad".²⁵²

La segunda vertiente, impulsada por Tesar y Kollmann, denominada sintomática, entiende el hecho como un síntoma de la culpabilidad y se caracteriza por afirmar que es el carácter del autor lo que interesa a efectos de determinar la culpabilidad, no su hecho.

La última corriente es la de la culpabilidad de autor, propia del Nacionalsocialismo, la cual distingue entre la culpabilidad material que equivale a un juicio de presunción emitido por el juez que recae sobre el autor por contradecir el espíritu del pueblo, y la culpabilidad formal que se agota en las modalidades de dolo y culpa.

La concepción psicológico-normativa de la culpabilidad

Esta concepción parte de las premisas de la corriente psicológica, las cuales permitieron reinterpretar y enriquecer el significado de culpabilidad.

Beling, quien había planteado por primera vez una teoría normativa de la culpabilidad, propone que ésta es parte del tipo subjetivo. La define como un reproche que se formula a alguien por no haber actuado de otro modo y se concreta en la responsabilidad por una falta de la voluntad siendo dolo y culpa especies de la misma. Sin embargo, en 1907 Frank planteó que el concepto de culpabilidad se encontraba compuesto por tres elementos: la imputabilidad, el dolo y la culpa, y las circunstancias bajo las cuales actúa el autor, las cuales se compendian en un concepto superior, la reprochabilidad.

Goldschmidt complementa el concepto normativo de culpabilidad por una construcción teórico normativa. Propone que el elemento normativo de la

²⁵² Alexander Graf Zu Dohna. *La Estructura de la teoría del delito* (traducción de la 4a. ed. alemana por Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1958, p. 60.

culpabilidad estaba constituido por la "contrariedad al deber", por lo que concibe la culpabilidad como puro juicio de reproche, compuesto por la exigibilidad (deber de motivarse de conformidad con la representación del deber indicado en la norma de derecho), y por la no motivación del sujeto acorde con la representación del deber jurídico, pasando a ser la imputabilidad, el dolo, la culpa, y la motivación normal simples presupuestos de ella.²⁵³

Un tercer aporte de trascendencia son los planteamientos de Freudenthal para quien la culpabilidad tiene un elemento de carácter ético y otro de carácter psíquico, constituido por el dolo y la culpa. La esencia del reproche de la culpabilidad se centra en la exigibilidad de otra conducta adecuada a derecho.

Para Schmidt y Mezger el concepto de culpabilidad debe deducirse de la teoría de la norma, el cual está centrado en la noción de contrariedad del deber desarrollado por otros autores. De esta manera, se propone un concepto de culpabilidad de amplio contenido normativo, entendida ésta como reprochabilidad de una acción antijurídica desde la perspectiva de la deficiencia del proceso psíquico que la ha originado

La concepción normativa

De acuerdo a esta corriente la culpabilidad podía dejar de considerarse como un hecho psíquico, pasa a entenderse como un juicio de valor, como un juicio de reproche por la realización del hecho antijurídico cuando era exigible obrar conforme al Derecho. El dolo y la culpa pasan a constituir elementos necesarios pero no suficientes de la culpabilidad.

Como producto del desarrollo de la corriente finalista (al trasladar la finalidad al centro del injusto) la culpabilidad se convierte en una concepción puramente normativa, la cual se limita a reunir aquellas circunstancias que condicionan la reprochabilidad del hecho antijurídico.

²⁵³ James Goldschmidt: *La concepción normativa de la culpabilidad* (traducción de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires. Depalma. 1943, pp.3 y ss.

Todo el objeto del reproche se encuentra en el injusto. En la culpabilidad sólo quedan las condiciones que permiten atribuirlo a su autor.

De esta forma el dolo y la culpa no necesitan más ser especies de la culpabilidad y cada uno de ellos no debe contener los elementos que caracterizan al concepto genérico. Lo decisivo del concepto normativo de culpabilidad es, en consecuencia, la reprochabilidad: "una conducta culpable es una conducta reprochable"²⁵⁴.

Así lo sugiere Weber, quien expresa que la culpabilidad es un puro juicio de reproche. Con ello, propone una nueva estructura del sistema penal, obra culpablemente "quien acciona antijurídicamente, no obstante que pudo conducirse conforme a Derecho. A quien no ha tenido en modo alguno la posibilidad de conducirse de otra manera, lo consideramos libre de todo reproche"; y, añadiendo que antijuridicidad y culpabilidad son "los dos elementos fundamentales de la acción punible."²⁵⁵

De igual manera se pronuncia Hans Welzel quien luego de desarrollar una nueva teoría del injusto y de la culpabilidad, afirma que la culpabilidad es "un juicio de reproche" de carácter personal formulado al autor del hecho cuando éste, a pesar de haberse podido motivar de conformidad con la norma, opta por comportarse de manera distinta.

De esta manera, a partir del concepto final de acción, dolo y culpa no son formas de culpabilidad sino de conducta humana y la teoría del delito adquiere una nueva estructura; al injusto personal se opone la culpabilidad entendida en sentido puramente normativo, y al juicio de reproche se le asignan como elementos la imputabilidad, la posibilidad de comprensión del injusto y la exigibilidad de la conducta conforme a derecho.

²⁵⁴ Paz Mercedes De la Cuesta Aguado: *El concepto material de la culpabilidad*. <http://inicio.es/de/pazenred>.

²⁵⁵ Helmuth Von Weber: *Para la estructuración del sistema penal*. (traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni), en *Nuevo Foro Penal (NFP)*. N° 13 Bogotá. 1982. pp. 567 y ss.

Resaltando estos elementos que caracterizan la corriente normativista, se pronuncia Luis Jiménez de Asúa de la siguiente manera:

“Para la concepción normativista de la culpabilidad, ésta no es una pura situación psicológica. Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente. Es decir, que, partiendo de un hecho concreto psicológico, ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud psicológica, dolosa o culposa. No basta tampoco el examen de esos motivos, sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Sólo podremos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió, es decir, si le era exigible que se condujese conforme a las pretensiones del derecho. En suma, la concepción normativa se funda en el reproche, y en la exigibilidad”.²⁵⁶

Para la teoría finalista de la acción, así como en la doctrina hay una opinión dominante acerca del fundamento de la reprochabilidad, la cual reside en la capacidad del sujeto de motivarse por la norma, en “poder actuar de otro modo”²⁵⁷, sólo si el agente podría haber adoptado en lugar de la resolución de voluntad de llevar a cabo la acción típica y antijurídica, una resolución de voluntad diferente, ha obrado culpablemente”.²⁵⁸

La primera condición medular de la culpabilidad es la imputabilidad. La culpabilidad se refiere a las condiciones de atribuibilidad del injusto y esas condiciones giran en torno a la idea de poder actuar de otro modo, sin lo cual se entiende que el sujeto carece de libertad.

Welzel, citado por Carrasquilla define a la imputabilidad como:

“La capacidad de comprensión de lo injusto y determinación de la voluntad (conforme a sentido), integrada por un elemento intelectual (la capacidad de comprensión del injusto, que se excluye por el error de prohibición) y otro volitivo (la capacidad de determinación, que se excluye en los casos de actividad mental normal”.²⁵⁹

El juicio de reproche individual al autor no está integrado únicamente por su imputabilidad, requiere además de la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad. En este punto se comprueba si el sujeto podía conocer la

²⁵⁶ L. Jiménez de A.: *Tratado de Derecho Penal...* op.cit., p. 164.

²⁵⁷ S. Mir P.: *Derecho Penal ...* op., cit., pp.532 y ss.

²⁵⁸ Sandro Abraldes: *La culpabilidad en el delito imprudente* .Revista de Derecho Penal 2002-1, “Delitos culposos”, Director: Alberto Edgardo. Santa Fe. Donna,Rubinzal-Culzoni Editores. 2003, p. 120, con cita de José Cerezo Mir. Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Teoría jurídica del delito. Sexta edición. Madrid. Editorial Tecnos. 1998, p. 27.

²⁵⁹ J. Fernández C.: *Derecho Penal....* op. cit., p. 330.

prohibición del hecho, en cuanto condición del poder adecuar la conducta a la norma.

Finalmente, Mir Puig refiere que la culpabilidad también requiere de la ausencia de causas de exculpación. Se reconoce que estas causas no excluyen la culpabilidad por completo (posibilidad de actuar de otro modo) si la disminuye como para disculpar al sujeto y eximirle del reproche de culpabilidad.²⁶⁰ Sobre este requisito, Carrasquilla expone...“La posibilidad de comprender el injusto es requisito de la responsabilidad penal, pues de otro modo se penaría a quien no estuvo en situación de captar o reconocer el sentido de sus actos, y por tanto, no sabía verdaderamente lo que hacía”.²⁶¹

En el campo de los delitos imprudentes al sujeto se le reprocha la posibilidad de obrar de otro modo, (lo cual está vinculado a previsibilidad y a la evitabilidad del hecho), se le reprocha la desatención del deber de precaución porque, habiendo podido prever el resultado no lo hizo, o bien porque previéndolo ejecutó de todas maneras la acción imprudente. Cabe destacar que este reproche, que el juicio de culpabilidad implica, dependerá de las condiciones, factores y facultades personales del autor, que le permitan advertir y cumplir con las demandas que le impone el deber objetivo de cuidado.

La concepción de la asequibilidad normativa

Esta teoría, propuesta por Roxin, pretende ser de carácter mixto, en el sentido de ser empírico-normativa: “es empíricamente constatable la capacidad general de autocontrol y la asequibilidad normativa que con ella se produce”; y es normativa, pues se atribuye normativamente “la posibilidad derivada de esa constatación, de conducta conforme a

²⁶⁰ S. Mir P.: *Derecho Penal...* op., cit., p.536.

²⁶¹ J. Fernández C.: *Derecho Penal...* op. cit., p. 332.

Derecho”.²⁶² Parte de la base de que el “poder actuar de otro modo” es indemostrable, como también lo es la existencia de la libertad humana.

Para Roxin la culpabilidad es la “actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa”. En su opinión,²⁶³ hay que afirmar la culpabilidad de una persona cuando “estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando (aún) le eran psíquicamente asequibles posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma, cuando la posibilidad psíquica (ya sea libre, ya sea determinada) de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones, existía en el caso concreto”.

A este respecto, la doctrina in comento no afirma que la persona pudiera actuar de otra manera, lo cual es indemostrable, sino sólo que, “cuando exista una capacidad de control intacta y con ella asequibilidad normativa, se la trata como libre.

El concepto funcionalista de culpabilidad

En este desarrollo propuesto por Jakobs, la culpabilidad ha de tener un fin y éste se encuentra en la prevención general positiva; su fin apunta a la estabilización de la confianza en el ordenamiento perturbada por la conducta delictiva. De allí que la misión del concepto de culpabilidad consiste en “caracterizar la motivación conforme a Derecho del autor como motivo del conflicto”.²⁶⁴

Para afirmar la culpabilidad, en el campo de la imputabilidad, “ha de establecerse cuántas presiones sociales se le pueden achacar al autor afectado por la atribución de la culpabilidad, y cuántas cualidades

²⁶² Claus Roxin: *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I. Traducción de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid. Editorial Civitas, S. A. 1997, p. 897.

²⁶³ *Ibidem*, p. 897.

²⁶⁴ Günther Jakobs: *Derecho penal*. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas. S. A. 1995, p. 969.

perturbadoras del autor han de ser aceptadas por el Estado y por la sociedad o han de soportarlas terceros, incluso la propia víctima”.²⁶⁵

Para esta concepción, la cuestión del libre albedrío es algo indiferente, dado que la culpabilidad se elabora funcionalmente; es decir, con el fin de estabilización normativa y, por consiguiente, en razón a las necesidades del sistema y las posibilidades de éste de ofrecer equivalentes funcionales.

3.2.8 Estado de la Doctrina en relación a la Culpabilidad Jurídico-Penal

Culminado este recorrido sobre la evolución del concepto de culpabilidad, haremos referencia a la actual polémica generada sobre la culpabilidad y el principio de “nulla poena sine culpa” la cual ha ocupado al Derecho penal en las últimas tres décadas. Esta disputa se centra entre quienes afirman la existencia de la libre capacidad de autogobernarse por parte del ser humano (libre albedrío) y quienes lo niegan. Sobre la concepción de la culpabilidad se proponen los siguientes enfoques:

- A. El enfoque tradicional y su crítica.** La doctrina más difundida se asienta sobre base del postulado “no hay pena sin culpabilidad”. Esta postura se caracteriza básicamente por cuatro premisas:
- a) La culpabilidad existe porque el delincuente puede autodeterminarse libremente (libre albedrío).
 - b) La culpabilidad como reprochabilidad, razón por la cual el Estado está legitimado para censurar al trasgresor de la norma.
 - c) En razón de la reprochabilidad el Estado tiene la potestad de imponerle una pena al infractor de la norma en función del grado de su culpabilidad.
 - d) La pena posee un papel retributivo como medio más eficaz para reprimir los comportamientos delictivos. Estos son los cimientos

²⁶⁵ Ibidem, p. 970.

sobre los cuales se levanta el derecho punitivo, erigido bajo la sombra del legendario postulado "no hay pena sin culpabilidad", como se constata en cualquier exposición sobre la materia.

A esta concepción se le formulan diversas críticas. En primer lugar, se declara la imposibilidad de constatar científicamente la libre determinación del delincuente, al momento de cometer el hecho; en segundo lugar, se considera el reproche de culpabilidad como de carácter ético-moral, lo cual se contrapone a los principios de un Estado de Derecho Social y Democrático, en el que el pueblo es titular de la soberanía estatal.

Finalmente, se rechaza la idea de que la imposición de una pena pueda compensar el daño ocasionado por el infractor al delinquir; además de repudiar la pena retributiva porque el mejor medio para reprimir la criminalidad es previniéndolo.²⁶⁶

B. El abandono del principio de culpabilidad.

Ante las críticas planteadas, la doctrina propone diversas alternativas respecto del principio de culpabilidad:

Una de ellas es reemplazar el axioma *nulla poena sine culpa* por el principio de proporcionalidad, planteamiento éste que opone a los principios de un Estado de Derecho Social y Democrático ya que se atendería a la idea de la peligrosidad del sujeto como fundamento de la sanción penal.²⁶⁷

Una segunda alternativa, apunta a reemplazar ese principio por el de imputación individual, pudiendo derivarse que la medida de la pena se efectuará atendiendo a las causas específicas de medición de la culpabilidad determinables a partir de criterios preventivos vinculados a la idea de la justicia, y no con base en la culpabilidad.

²⁶⁶Claus Roxin: *¿Qué queda de la culpabilidad en el Derecho Penal?*" (traducción de Jesús María Silva Sánchez). Cuadernos de Política Criminal (CPC) N° 30 . Madrid. 1986 pp. 671 a 673. En este mismo sentido, Francisco Muñoz Conde: *"El principio de culpabilidad"* en III Jornadas de Profesores de Derecho Penal. Santiago de Compostela. Universidad Santiago de Compostela. 1975, pp. 221 y ss.

²⁶⁷ Ibidem, pp. 678 y ss.

La tercera propuesta, sugiere reemplazarla por la necesidad de la pena, a través de la cual se lograría mantener todas las consecuencias derivadas del principio de culpabilidad; a este planteamiento se le objeta que no es suficiente sólo con este tipo de recurso.²⁶⁸

Otra de las tesis, propone sustituir el concepto de culpabilidad por una noción funcional en la que sólo la idea de fin puede darle contenido, entendiéndola como prevención general. A esta concepción, se le objeta que la represión penal del sujeto no se rige ya por circunstancias personales, sino por criterios inasibles como la "fidelidad al Derecho, desconociendo el principio universal de la dignidad del ser humano, y produciendo nefastas consecuencias en el campo de la seguridad jurídica ya el legislador o el juez son las únicas pautas válidas para entender la idea de culpabilidad²⁶⁹.

Una quinta tendencia proclama el principio de la dirigibilidad normativa en el marco de un Derecho penal de medidas, para el cual la función de protección del principio de culpabilidad se complementa con los criterios de dañosidad social y motivabilidad. Se le critica a esta tendencia el trasladar la discusión hacia un terreno puramente terminológico.

Una sexta propuesta, centra su planteamiento en que el Derecho penal de culpabilidad está fundado en las instituciones constitucionales básicas donde debe buscarse su razón de ser. Se le objeta la ambigüedad de su planteamiento ya que no resuelve el problema de fondo.

Desde una perspectiva criminológica, se propone una séptima tendencia: que el principio de culpabilidad debe sustituirse por un sistema penal exclusivamente fundado en la criminología, que permita desarrollar una construcción en la que se fusione el "principio del ser responsable objetivamente" con el "principio de proporcionalidad".

²⁶⁸ Enrique Gimbernat Ordeig: *La culpabilidad como criterio regulador de la pena* en Revista de Ciencias Penales de Chile (CPCH), 32, 3a Época. Santiago de Chile. 1973, p. 30 y ss.

²⁶⁹ C. Roxin.: *¿Qué queda...* op.cit., pp.679 y ss.

Finalmente, un último planeamiento, que ocupa el centro de la discusión alemana actual con bastante influencia en otros ámbitos, asevera que no es posible suprimir el principio de culpabilidad ni tampoco transformarlo en pura prevención general, por lo que se propone revisar el Derecho penal de culpabilidad tradicional a fin de determinar en forma precisa su contenido y adecuarlo a los fines de prevención que el propio Derecho penal persigue, eliminando del mismo la excesiva carga ideológica que soporta.²⁷⁰

3.3. Sistema Dogmático del Delito Imprudente

3.3.1 El deber de cuidado como elemento del delito culposo

A la luz de los principios básicos establecidos por la ciencia jurídico-penal, la ley punitiva incrimina hechos en los que la finalidad del sujeto se dirige a la realización del tipo objetivo (dolo). Sin embargo, junto a ellos existe otra categoría de hechos en los que la finalidad del autor no está dirigida a realizar el tipo penal doloso, sin embargo, éste igualmente se realiza por la infracción de una norma de cuidado, es decir, por inobservancia del cuidado debido, estos son los denominados: Delitos Imprudentes o Culposos.

La doctrina dominante afirma que el modelo del delito culposo no difiere sustancialmente del correspondiente al delito doloso, pues, ambos constituyen acciones típicamente antijurídicas y culpables. No obstante, es de destacar, que el sistema dogmático del delito culposo es independiente del sistema de "numerus clausus" o "numerus apertus" que se siga para su punición ya que, en definitiva, se siga uno u otro sistema, actuará culposamente el que omita la diligencia debida.²⁷¹

Los tipos culposos no determinan, ni es posible determinarlos (debido a la inmensidad de conductas que pueden poner en peligro o dañar bienes jurídicos con motivo de la industrialización y avances tecnológicos-

²⁷⁰ C Roxin: ¿Qué queda...? ...op.cit, p. 683 y ss.

²⁷¹ José María Rodríguez Devesa: *Derecho Penal Español*. Parte General. 8a edición. Madrid. Imprenta Artes Gráficas Carasa. 1981, p. 457.

científicos), cual es el cuidado requerido en cada actividad y por ello que se sostiene que los tipos culposos son siempre tipos abiertos, que requieren de complementación por parte del juez.

La ley sólo determina de un modo muy genérico que actúa culposamente quien no observa el cuidado requerido en el ámbito de relación, y el juez decidirá ha de indagar cuál era el cuidado exigido en el ámbito en que el sujeto actuó y decidir, si su conducta adecuada o no al cuidado objetivo correspondiente.²⁷²

Como hemos mencionado, nuestra legislación no cuenta con un concepto legal sobre la imprudencia, por lo que los desarrollos propuestos por la doctrina en relación a su concepto y sus elementos son especial relevancia para nuestra investigación. Sobre este aspecto, debe precisarse que aunque existe consenso sobre el concepto del delito imprudente, no existe acuerdo para su desarrollo en la doctrina.

Una aproximación al concepto de imprudencia, de las innumerables definiciones que la doctrina ha aportado, destacamos la ofrecida por Cerezo Mir: “un delito imprudente es aquél que como consecuencia de la inobservancia del cuidado debido se produce un resultado material, externo o peligro concreto de un bien jurídico, o concurre una determinada cualidad de acción, no queridos”.²⁷³

En los delitos culposos falta la intención o finalidad de cometer el delito que se produce por un actuar que aunque voluntario y finalista es imprudente o descuidado; como expresa Cury Urzua, "... El delito culposo es una conducta desaprobada a causa de que no se obtuvo el fin perseguido, sino otro porque se la ejecutó en forma defectuosa"²⁷⁴.

La doctrina divide sus posiciones dependiendo de su actitud frente a la alternativa de la sistemática causalista o de la sistemática finalista.

²⁷² J. Fernández C.: *Derecho Penal...* op. cit., p. 342.

²⁷³ José Cerezo Mir: *Curso de Derecho Penal Español*. Tomo II. Madrid. Editorial Tecnos. 2000, p.166.

²⁷⁴ Enrique Cury Urzua: *Tentativa y delito frustrado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1977, p. 100.

A. El sector tradicional causalista, en lo que se refiere a la construcción dogmática del delito culposo, puede considerarse hoy abandonada en Alemania concibe la imprudencia como segunda forma de culpabilidad²⁷⁵, junto al dolo, que podía afirmarse desde el mismo momento en que el resultado no justificado fuera previsible y evitable.

Sin embargo, la evolución de las corrientes modernas no ha podido dejar de acusar su influencia: Ante el fracaso del concepto psicológico de culpabilidad para explicar la imprudencia y ante la existencia de causas de exculpación que no excluyen el dolo, los causalistas ya no conciben la culpa en un sentido puramente psicológico, sino también en el sentido normativo, esto es, de omisión de la diligencia debida. Mir Puig plantea: “La imprudencia no consiste, pues en algo psicológico, sino en algo normativo: en la infracción de la norma de cuidado”.²⁷⁶

Ante las objeciones de la teoría de la culpabilidad surge la teoría normativa de la culpabilidad a través de la cual se le da cabida a la imprudencia, pues concibe la culpabilidad como un juicio de reproche por la infracción de una norma. Pero como a través de esta teoría no se podía explicar porque la imprudencia debía incluirse en la culpabilidad, Engisch la traslada al injusto (que también es contrariedad a la norma) no puede ser antijurídica una acción ajustada a la norma de cuidado.²⁷⁷

Pero, a efectos sistemáticos esta corriente no distingue entre el deber objetivo de cuidado y el subjetivo, sino que contempla ambos aspectos de forma unitaria.

B) La teoría finalista concibe la culpa o imprudencia cimentada sobre la infracción del deber de cuidado, propuesta por Engisch

²⁷⁵ S. Mir. P.: *Derecho Penal...* op. cit., p.532. “El dolo y la culpa no sólo pertenecen a la culpabilidad son las dos clases o especies de culpabilidad, que constituyen el género. No sólo son dos formas de la culpabilidad, porque son la culpabilidad misma en una u otra de sus dos posibles especies. (El autor cita a Von Liszt).

²⁷⁶ Ibidem, p.533.

²⁷⁷ Ibidem, p. 272.

resultando suficiente una relación anímica general del autor con el resultado.²⁷⁸

La publicación de la monografía de Engisch y del Tratado Hippel, plantea que el delito culposo requiere una doble infracción, la del cuidado objetivamente debido y la del subjetivamente posible. El invaluable aporte de Engisch es que declara por primera vez, que la lesión de la diligencia objetiva no pertenece a la culpabilidad, sino a la antijuricidad, lo cual da cabida a la concepción moderna de la imprudencia, no por concebir la infracción del deber objetivo de cuidado como elemento material y consiguiente presupuesto de punibilidad de las acciones culposas, sino por sustraer ese elemento de la culpabilidad culposa”.²⁷⁹

Esta postura parte de una concepción personal del injusto,²⁸⁰ según la cual la adecuación típica en el delito culposo requiere la comprobación de la infracción de un deber de cuidado, lo que permite diferenciar el desvalor de acción (está representado por la infracción del deber de cuidado) y el desvalor del resultado, (referido a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico).

Sobre esta concepción Angel Torío López refiere:

“La punición del autor por culpa no depende solo, según este criterio, de que la acción haya determinado la aparición del resultado típico (a) previsible y evitable para el sujeto (b), sino de una característica adicional, consistente en la infracción de un deber general de cuidado, impuesto por el ordenamiento jurídico en la realización de acciones peligrosas para determinados bienes jurídicamente protegidos (c). Mientras que los elementos aludidos sub (a) y sub (b) han sido reclamados ordinariamente por la doctrina tradicional, el requisito de la infracción de un deber objetivo de cuidado muestra lo peculiar de la nueva concepción, que siendo la tesis dominante sobre la materia en la literatura penal alemana, suiza o austriaca, ha conseguido abrirse camino también en la ciencia española, mediante el peso, siempre

²⁷⁸ Enrique Bacigalupo: *Principios de Derecho Penal*. 4ª edición. Madrid. Akal/Jure. 1997. pp. 243 y ss.

²⁷⁹ Angel Torío López: *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. T.XXVII. Fascículo I. Enero-Abril 1974, p.26.

²⁸⁰ Armin Kaufmann: *Teoría de las normas* (fundamentos de la dogmática penal moderna) Buenos Aires. Depalma. 1977, pp.90 y ss. Existe una vinculación entre la norma y el juicio de valor de suerte que toda norma va precedida lógicamente de un juicio de valor. Junto a la valoración positiva del bien jurídico sigue en segundo nivel las correspondientes valoraciones del acontecer, de suerte que todo acontecimiento que lesione el bien jurídico ce bajo un juicio de valor negativo. La realización de un resultado de lesión perturba el orden jurídico aunque no proceda de una conducta humana. Pero entre estos acontecimientos se destacan aquellos que son de obra humana, lo que se valora aquí no es la causalidad en tanto acontecimiento o suceso, sino la composición teleológica de acontecimiento de la intencionalidad del hombre. El acontecimiento se transforma en obra de la voluntad, la finalidad hace que el acontecimiento sea imputable a una persona y la valoración incluye como objeto al hombre: ilícito personal.

creciente, ejercido por los autores partidarios del denominado nuevo sistema del Derecho penal".²⁸¹

De este modo, la imprudencia pasa a definirse en un sentido puramente normativo como la infracción de la norma de cuidado, de manera que el deber objetivo de cuidado se convierte en el nervio central del ilícito imprudente. Sobre este particular Juan Fernández Carrasquilla plantea que:

"El injusto de los delitos culposos no está centrado en el desvalor de resultado, esto es, en la causación del daño al bien jurídico, sino en el desvalor de acción, vale decir, en la realización de una acción final que está por debajo de las exigencias normativas. La producción del resultado nada agrega a ese desvalor, pero funciona como una limitante, seleccionando las culpas punibles de las impunes".²⁸²

Es por ello que entre el desvalor de acción y el desvalor del resultado en este tipo de delitos tiene que darse una determinada relación interna; esto es, el resultado tiene que haberse producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido y tiene que ser, además, uno de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.

La expresión infracción de la norma de cuidado ha de entenderse como la inobservancia de cuidado que es exigible en concreto, siempre que no concurren causas de justificación y sea posible realizarle al sujeto la imputación personal de la infracción ocurrida.

Esta teoría ha sido criticada por ofrecer dudas sobre algunos extremos de su estructura interna por varias razones: En primer lugar, no hay una posición pacífica del resultado en los delitos culposos, porque para algunos autores, partiendo de Welzel, para quien el resultado es una categoría de la punibilidad ajena al tipo de injusto.²⁸³

Para otro sector doctrinal, pero apoyándose en las leyes que rigen la motivación por las normas, las normas mandan o prohíben acciones -no resultados-, por lo que la materia de prohibición sólo puede ser una

²⁸¹ A. Torío L.: *El deber objetivo de cuidado ...op.cit.*, p.25.

²⁸² J. Fernández C.: *Derecho Penal...* op.cit., p. 338.

²⁸³ Hans Welzel.: *Derecho Penal. Parte General* (traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez). 2da. edición en español. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1976, pp. 192 y ss.

acción y, por consiguiente, el resultado será ajeno al tipo de injusto, tanto en los delitos dolosos como en los delitos culposos.²⁸⁴

Para Jescheck, citado por Mir Puig, en la infracción de la norma de cuidado se distinguen dos aspectos: El deber de cuidado interno que alude a que toda acción imprudente debe advertir la presencia del peligro en su gravedad aproximada, y un deber de cuidado externo que consiste en el deber de comportarse externamente conforme a la norma previamente advertida.²⁸⁵ De este deber derivan tres manifestaciones a) Deber de omitir acciones peligrosas. b) Deber de preparación e información previa y c) Deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas.²⁸⁶

Por otra parte, respecto de la tesis mantenida por algunos autores como Zielinski quien afirma que lo injusto de los delitos imprudentes queda constituido o incluso agotado por el desvalor de la acción, planteamiento que no resulta convincente para Cerezo Mir. No ofrece duda, dice éste, que con la inobservancia del cuidado objetivamente debido queda plenamente infringida la norma de los delitos de acción imprudentes, porque esa norma se limita a prohibir la realización de acciones que no respondan al cuidado objetivamente debido. Pero para que quede constituido el injusto de los delitos imprudentes es necesario que al desvalor de la acción se añada el desvalor del resultado, porque las normas son sólo un instrumento de protección de los bienes jurídicos.

El deber objetivo de cuidado ha sido definido como la característica o propiedad externa que debe acompañar a la conducta del sujeto, a fin de que el bien jurídico protegido no resulte lesionado,²⁸⁷ por lo que, la falta de cuidado es una forma de realización de un tipo legal, el cual frente a la protección de un determinado bien jurídico desvalora que en esa situación

²⁸⁴ Santiago Mir Puig.: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona. Bosch.1979, p. 48 y ss.

²⁸⁵ S. Mir. P.: *Derecho Penal...* op., cit., p 275.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 276.

²⁸⁷ H. Welzel.: *Derecho Penal Alemán...* op.cit. p. 172. Se debe a Welzel, movido por las críticas de su discípulo Niese, la primera formulación sistemática, con precisos contornos, de la noción de cuidado objetivo.

el cuidado no se corresponde con las exigencias para evitar que un proceso de riesgo implique la lesión de un bien jurídico.²⁸⁸

El comportamiento imprudente consiste en una discordancia entre el comportamiento realmente llevado a cabo por el sujeto, y el que objetivamente debía haber observado, el cual se encuentra previsto en el ordenamiento jurídico para evitar la lesión del bien jurídico, a través de la correspondiente norma de cuidado, que es la que confiere carácter normativo a la conducta ordenada.

La distinción entre cuidado objetivo, que Engisch atribuye a la antijuricidad, se refiere a la conformación externa de la acción y equivale a la aplicación de determinados medios; es decir, modalidades concretas de comportamiento para evitar la realización del tipo del injusto, y el cuidado subjetivo, perteneciente a la culpabilidad. Alude a la actitud interna del autor y coincide con la aportación de concentración, el esfuerzo de los cinco sentidos, la tensión de las fuerzas espirituales o el empleo total del aparato psicofísico.²⁸⁹

El contenido del deber objetivo de cuidado se determina a través del criterio de la previsibilidad, siguiendo el criterio de la adecuación que distingue qué procesos eran previsibles -ex ante al momento de ejecutar la acción del sujeto- para un hombre medio inteligente, a fin de evitar la producción de resultados dañosos.²⁹⁰

Pero es importante destacar, que para que el tipo imprudente quede consumado, es fundamental que el autor pueda advertir el peligro para el bien jurídico protegido y valorarlo correctamente, pues todas las precauciones encaminadas a evitar un daño dependen, en su clase y alcance, de la percepción del peligro amenazante, de allí que lo que lo

²⁸⁸ Juan Bustos Ramírez.: *El delito culposo*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1995, p. 26, nota 15.

²⁸⁹ A. Torío L.: *El deber objetivo de cuidado*...op. cit., p.28.

²⁹⁰ Juan Bustos Ramírez: *Manual de Derecho Penal*. Parte General. 4a edición corregida y puesta al día por H. Hormazábal. Barcelona. Ariel. 1994, p. 357.

subjetivo en el injusto imprudente estaría constituido por el conocimiento o posibilidad de conocer el riesgo que la conducta lleva aparejado.²⁹¹

Esta teoría, en el marco de la culpabilidad, no ofrece diferencias fundamentales respecto de la estructura de la culpabilidad en el delito doloso, salvo que eventualmente haya que exigir la infracción de un deber subjetivo (individual) de cuidado.²⁹²

Como hemos referido dentro de la teoría finalista existe unanimidad respecto que la esencia de la imprudencia es la infracción del deber de cuidado, Sin embargo, ese consenso se fragmenta cuando se trata de determinar si el cuidado requerido ha de medirse por criterios objetivos o subjetivos.

En relación a la diversidad de posturas adoptadas en la doctrina, expresa Maurach citado por Torío López:

...”Mientras la doble medida del juicio de imprudencia es admitida ordinariamente en la actualidad como requisito del delito culposo, no está aclarado suficientemente, por el contrario, el problema del lugar sistemático de esta doble infracción del deber, habiéndose producido en este campo un notable cambio de opiniones.

El curso del problema conduce desde la inserción de la lesión de cuidado objetivo y subjetivo en la culpabilidad a formulaciones que desplazan el primero a la antijuricidad, con la subdistinción posterior de considerar como elemento de tipo de lo injusto la infracción del deber, o como causa de justificación su observancia o cumplimiento”²⁹³

La solución monista plantada en su momento por Hippel y Mezger y confirmada en la doctrina española por Rodríguez Muñoz, propone que tanto la infracción de la diligencia objetiva como de la subjetiva forman parte de la culpabilidad; en este sentido, la acción es típica y antijurídica por el hecho de ser causa del resultado desfavorable para el bien jurídico, sin que la observancia del deber objetivo de cuidado despliegue más

²⁹¹ A. Torío L.: *El deber objetivo de cuidado...* op. cit., p. 88. En el delito culposo, la culpabilidad postula que el autor haya podido percatarse de las propiedades o de los factores concomitantes de la acción fundamentadores del peligro, pues una acción objetivamente peligrosa puede subjetivamente no ser reconocible como tal si el autor desconoce inevitablemente, ex ante, las características concretas que se hallan en la base del juicio de peligro.

²⁹² Hans-Heinrich Jescheck: *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Barcelona. Bosch. 1981, pp. 821 y ss.

²⁹³ A. Torío L.: *El deber objetivo de cuidado...* op. cit., p. 31.

efecto que el de negar la culpabilidad. Consecuencia favorable implícita de esta posición, es que la acción típica y antijurídica, no culpable, podrá ser enjuiciada según las normas de otras ramas del Derecho, principalmente del Derecho civil.

La teoría finalista del delito culposo, desarrollada por Welzel, conduce al mismo resultado práctico. Para dicho autor, la infracción de este cuidado es una nota de la tipicidad de la acción. El que con violación del riesgo permitido causa la aparición del resultado actúa típicamente, crea u origina un indicio de la antijuricidad, que solo puede desvirtuar ante la presencia de una causa de justificación (estado de necesidad, consentimiento, etc.). La violación de la diligencia o cuidado subjetivamente posible da lugar, a la culpabilidad. Si se observa el cuidado necesario desaparece el desvalor de la acción y por tanto no hay injusto, pudiendo ser enjuiciada por otras ramas del Derecho.

Finalmente, la concepción del deber objetivo de cuidado como causa de justificación no permite las ventajas que ofrecen las concepciones anteriores, porque el tipo se entiende de forma fundamentalmente causal, por lo que es típica la acción si lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido, sin, necesidad de que posea propiedades determinadas. El indicio de antijuricidad originado por la causación del resultado puede quedar neutralizado por la observancia del cuidado necesario, lo que trae como consecuencia el impedir un posterior enjuiciamiento por otras ramas del Derecho en virtud de la ausencia de antijuricidad penal, concepto éste común para la totalidad del ordenamiento jurídico.²⁹⁴

Finalmente, es conveniente señalar que para un importante sector doctrinal, sobre todo el que propone un sistema funcional del Derecho penal, se defiende un concepto de imprudencia, basado en la conducta que realmente llevó a cabo, de manera que el elemento objetivo de la

²⁹⁴ Ibidem, p.33.

imprudencia viene dado por la realización de una acción que provoca un riesgo superior al permitido por el legislador.²⁹⁵

De acuerdo con esta sistemática “deber de cuidado” y “riesgo permitido” son dos conceptos distintos, el primero hace referencia a una conducta esperada; es decir, a las cautelas que debió observar el sujeto, mientras que para el riesgo permitido “lo relevante no es lo que se debió o no hacer sino lo que ha hecho el autor, esto es, crear un peligro que jurídicamente está desaprobado, de forma que se valora negativamente la conducta realizada”.

De esta distinción se derivan dos importantes consecuencias: la primera es que los delitos dolosos e imprudentes no presentan diferencias en el plano objetivo, pues ambos están constituidos por la realización de una conducta que genera un riesgo no permitido; la segunda es que la distinción entre ambas viene dada en el ámbito subjetivo, mientras el dolo requiere conocimiento de la parte objetiva del tipo, la imprudencia se caracteriza por la cognoscibilidad individual -no objetiva- del tipo es decir, la posibilidad de conocer.

La creación de un riesgo no permitido y la evitabilidad de la realización del tipo de que se trate son presupuestos de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso y en el imprudente, siendo necesario en este último que ese riesgo no sea conocido por el sujeto pero que sea cognoscible o previsible, porque la responsabilidad de la imprudencia se fundamenta en la infracción de la norma por falta de atención.²⁹⁶

Sobre esta posibilidad de conocimiento, Jakobs expresa que tanto el dolo como la imprudencia son formas de evitabilidad que están determinadas por la cognoscibilidad de la realización del tipo, pero mientras en el dolo, la cognoscibilidad evoluciona a conocimiento, en la imprudencia no.

²⁹⁵ J. Choclán M.: *Deber de cuidado...* op. cit., p. 36

²⁹⁶ *Ibidem*, p.56.

En este mismo sentido se expresa Choclán Montalvo al indicar que la cognoscibilidad del riesgo supone que el autor de acuerdo capacidad individual, pudo y debió conocer el riesgo del que no fue consciente en el momento de la acción. Este requerimiento permite hablar de un tipo subjetivo en el delito imprudente definido por Struensee como el conocimiento por el sujeto actuante de una parte típicamente relevante de las condiciones del resultado, de las que según la valoración del ordenamiento jurídico surge un riesgo intolerable (riesgo no permitido).

Jakobs afirma que para afirmar la previsibilidad no se requiere de un conocimiento causal perfecto y técnico, vinculado al modo de producirse el resultado lesivo, basta que sea cognoscible para el autor la causalidad referida al resultado, no el concreto curso causal entre la acción y el resultado, aunque si es necesario que sea cognoscible el riesgo que realiza.²⁹⁷

Desde este punto de vista Sauer afirma que la culpa es un caso de error, por consiguiente de exclusión del dolo y ciertamente de error no disculpante.²⁹⁸ La concepción de la imprudencia como un error de tipo evitable, supone la ausencia de conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, de la creación de un riesgo típicamente relevante. De igual manera, el autor imprudente siempre actúa también con error de prohibición porque desconoce la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal.²⁹⁹

En este punto son extrapolables los criterios elaborados por la doctrina y la jurisprudencia para decidir sobre el carácter evitable o no del error. De modo que, si la imprudencia es un error de tipo la cognoscibilidad del peligro equivale a la vencibilidad del error. La invencibilidad el error determina la ausencia de previsibilidad y por ello de la posibilidad de realización de la conducta imprudente

²⁹⁷ Ibidem, p.63.

²⁹⁸ Guillermo Sauer: Derecho Penal. Parte General. Traducción por J del Rosal y J cerezos. Barcelona. Bosch. 1956.p.45.

²⁹⁹ J. Choclán M.: *Deber de cuidado...* op. cit., pp. 60 y ss.

La posibilidad de vencer el error deberá ser enjuiciada a partir de las circunstancias personales del sujeto y del hecho, de modo que si a partir de tales circunstancias resultaba un peligro intolerable para el bien jurídico, que hubiera podido conocer el sujeto aplicando una mayor atención, se deberá afirmar que el error fue vencible, y por tanto, el comportamiento imprudente.

En relación a las capacidades individuales del autor, Chocán Montalvo expresa: “éstas inciden sobre la controlabilidad del peligro, por lo que el problema de la evitabilidad individual debe resolverse en sede de tipicidad no de culpabilidad. Si el resultado lesivo es evitable de acuerdo a las capacidades individuales del sujeto debe ser evitarlo, a pesar de esas capacidades se encuentren por encima de la media, pues de lo contrario su conducta es típica aunque haya observado la conducta de acuerdo a las capacidades normales o del hombre medio”.³⁰⁰

3.3.2 El tipo de injusto del delito imprudente

Hemos mencionado que en los delitos imprudentes el resultado lesivo al bien jurídico protegido por la norma, se produce por una acción que infracciona un deber objetivo de cuidado.

Ese deber de cuidado podría entenderse como el conjunto de reglas o normas técnicas, escritas, consuetudinarias, deontológicas o de la experiencia a las que debe atender un individuo mientras desempeña una actividad concreta a título de profesión, ocupación, o industria; reglas éstas que debe observar de acuerdo a los indicadores relativos a la prudencia, pericia o destreza para esa actividad particular no produzca resultados de lesión o peligro para bienes jurídicos.

Tomando como punto de partida el marco de la sistemática finalista es importante precisar entonces que la diferencia fundamental entre el delito

³⁰⁰ *Ididem.* p.69

doloso y el culposo no está en el concepto de acción³⁰¹, común para ambos, sino en la estructura del tipo penal. Ello significa que una determinada conducta puede estar justificada o exculpada en el caso concreto, pero en el tipo se decide si era imprudente.³⁰²

Se afirma en doctrina que la imprudencia es un problema que se resuelve a nivel de tipicidad, definiéndose al delito imprudente como la infracción de las normas de cuidado o diligencia debida que produce el resultado típico.

Roxin, apunta que la evolución del cambio sistemático operado en la ciencia jurídico-penal en el sentido indicado comenzó con Engisch, quien sobre la base de consideraciones de teoría de las normas, destacó que la “inobservancia del debido cuidado”, propia de los delitos imprudentes, ha de ser un elemento del tipo, por lo que, si los tipos se basan en una norma de determinación prevista por el legislador, entonces esa norma no puede prohibir solamente la mera causación, sino más bien una determinada conducta, la que debe ser contraria al debido cuidado.³⁰³

En igual sentido, Maurach ha afirmado que la culpa es extraída definitivamente del ámbito de la culpabilidad, para ser incluida, al igual que los hechos dolosos, en el ámbito del ilícito típico, siendo este elemento característico del perjuicio individual previsto o previsible, no cuidadoso-evitable de un bien jurídico, el contenido material de la culpa.³⁰⁴

La teoría de la imputación objetiva también refiere la imprudencia al tipo, pues si la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un

³⁰¹ J. Fernández C.: *Derecho Penal...* op.cit., p. 338. “Los tipos penales no solo prohíben la lesión de bienes jurídicos sancionando la realización de acciones intencionales o dolosas, sino también las acciones descuidadas. La acción es la misma en la base del injusto doloso y culposo, a saber la acción final, pero en el último la meta no ha de ser nunca el tipo. El núcleo del injusto culposo está entonces constituido por la mala conducción de la acción, por la realización de acciones finales violatorias del deber de cuidado objetivamente requerido en el respectivo ámbito de la relación social”.

³⁰² C. Roxin.: *Derecho Penal.-Parte General...* op.cit., p. 997.

³⁰³ Claus Roxin: *La imprudencia en Derecho Penal*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Pena. Miguel Díaz y García Conlledo. Javier de Vicente Remesal, Editorial. Civitas, 1997, p.997. Una conducta imprudente puede estar justificado o exculpada pero es en el tipo donde se decide si era imprudente.

³⁰⁴ Reinhart Maurach: *Derecho Penal. Parte General*, actualizada por Gossel, Karl Heinz y Zopf, Heinz, Tomo 2. Traducción de la 7° edición alemana por Jorge Boffil Genzsch. Buenos Aires. Editorial Astrea.1995, p. 128.

peligro creado por el sujeto, que supera el riesgo permitido en el marco del fin de protección de la norma, el resultado se imputa en virtud de criterios que fundamentan una conducta imprudente.³⁰⁵

En consecuencia, no puede existir el delito culposo, sin infracción del deber de cuidado, entendido en primer lugar como falta de la diligencia objetivamente debida y, en segundo lugar como falta de la diligencia subjetivamente posible.

Esta premisa marca en la dogmática el punto de partida de la infracción del deber de cuidado por la sistemática del hecho punible culposo. Primeramente se estimó que la infracción del deber de cuidado, en abstracto, constituía un problema de culpabilidad.³⁰⁶

Posteriormente la dogmática entendió que se debía distinguir entre el deber objetivo de cuidado (a que hace referencia a la cautela externa que cabe exigir generalmente en el tráfico para realizar una acción peligrosa) y el deber subjetivo de cuidado (aquel que pueda exigirse personalmente al autor en base a sus conocimientos y capacidades); sin embargo, en este punto el panorama doctrinal tampoco es unánime.

Mientras en la dogmática alemana la doctrina dominante es que la infracción del deber subjetivo de cuidado alude a la culpabilidad, existe otra corriente también dominante para los que la infracción del deber objetivo de cuidado se refiere al tipo de injusto. Otros autores, los que admiten la división del deber de cuidado en dos planos (uno objetivo y otro subjetivo), afirman que ambos pertenecen a la culpabilidad o, desde otro punto de vista, que ambos pertenecen al tipo de injusto.³⁰⁷

³⁰⁵ C. Roxin.: *Derecho Penal...* op. cit., p. 998.

³⁰⁶ J. Choclán M.: *Deber de cuidado* op.cit. pp. 27 y 28. "La imprudencia se caracterizó esencialmente como forma de culpabilidad bajo el influjo de la teoría psicológica de la culpabilidad. Son embargo esta concepción resultaba insuficiente para explicar la culpa inconsciente al no poderse apreciar entonces una relación psíquica del autor con su hecho dañoso. La evolución de la dogmática de la imprudencia lleva a una concepción de la misma cimentada sobre la infracción de un deber de cuidado resultando suficiente una relación anímica general del autor con el resultado (previsibilidad)".

³⁰⁷ Angel Torío López.: *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*. <http://www.cienciaspenales.net>.

Básicamente, se acepta que la tipicidad del delito imprudente requiere que el autor haya infringido un deber de cuidado debiendo hallarse el mismo en cada tipo penal en particular.³⁰⁸

En el tipo penal del delito doloso es necesario distinguir entre el tipo objetivo (descripción objetiva de la conducta prohibida por la norma) y el tipo subjetivo (donde se inserta el dolo que implica saber y querer la vertiente objetiva del tipo); pero también debe existir coincidencia entre la finalidad perseguida por el autor y el resultado prohibido (o la dirección final prohibida).³⁰⁹

Pero en el delito imprudente importante sector de la doctrina estima que como no hay coincidencia entre la finalidad perseguida por el autor y la dirección final prohibida (o el resultado prohibido), no existe tipo subjetivo.

En ese sentido se ha expresado que la distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo en los delitos imprudentes carece de razón de ser³¹⁰, o simplemente que no se reconoce un tipo subjetivo en el delito imprudente.³¹¹

El tipo de lo injusto del hecho imprudente no resulta determinado completamente por la causación de un resultado, por ejemplo, la muerte de un hombre, vale decir, no basta para afirmar la tipicidad del delito culposo, con la comprobación de un desvalor de resultado, sino que resulta necesario comprobar un desvalor de acción que en el caso del delito culposo se manifiesta en la infracción del deber de cuidado exigible.³¹²

³⁰⁸ Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar.: *Derecho Penal. Parte General*. 2ª Edición. Buenos Aires. Ediar. 2005, p.427.

³⁰⁹ S. Mir. P: *Derecho Penal...* op., cit., p.214. "Aunque lo característico del tipo doloso es el dolo, que integra necesariamente su parte subjetiva, conviene a efectos analíticos empezar por su parte objetiva, puesto que ésta encierra el objeto que ha de ser abarcado por el dolo". "La aparte objetiva del tipo doloso se refiere al aspecto externo de la conducta requerida por el tipo doloso: p. ej., los actos externos necesarios para matar a otro."

³¹⁰ Enrique Bacigalupo.: *Lineamientos de la teoría del delito*. 3ª edición. Buenos Aires. Hammurabi-José Luis Depalma editor.1994, p. 189.

³¹¹ Günter, Stratenwerth.: *Derecho Penal. Parte General*. I, traducción de la 2ª edición. alemana de Gladys Romero, Madrid. Edersa.1982, p. 321 y ss.

³¹² J. A Choclán M.: *Deber de cuidado y delito imprudente...op. cit.*, p.32.

De ahí que el tipo de los delitos imprudentes deba completarse, trascendiendo a su tenor literal, por medio de valoraciones judiciales adicionales. Esto no encierra infracción alguna del mandato de determinación, ya que la concreción de los deberes de diligencia en continua evolución no es pensable más que por la vía de la praxis judicial y el ciudadano puede informarse más fácilmente al respecto mediante su propia percepción que acerca del contenido de las leyes.³¹³

La doctrina refiere, con distintos alcances, un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo, en la estructuración del tipo en el delito imprudente. El tipo objetivo del delito imprudente está compuesto por dos elementos: la infracción del deber de cuidado (desvalor de la acción) y la imputación objetiva del resultado (desvalor del resultado); asimismo, dentro de esta última postura haremos mención al denominado principio de confianza, dada la importancia que reviste en este tema.

Con relación a la infracción del deber de cuidado Maurach sostiene que los perjuicios a bienes jurídicos solamente son evitables cuando la acción que los provoca puede ser dirigida de manera diferente a lo objetivamente acontecido, es decir cuando por medio de una dirección -subjetiva- la acción puede tomar otro rumbo -objetivo- distinto; por lo tanto el elemento de evitabilidad objetiva es integrante de la infracción normativa.

Agrega que si no es posible evitar el perjuicio de un bien jurídico, mediante la renuncia a la dirección final que apunta a dicho resultado, esa evitación sólo será posible mediante otra dirección final, en una conducta que objetivamente reconozca y respete ese bien jurídico, concretamente, en virtud de precauciones especiales que tiendan a impedir la lesión del bien jurídico en la ejecución de una acción concreta. Si el sujeto actúa de esa manera, utiliza el cuidado objetivo necesario para proteger el respectivo bien jurídico, que constituye el objeto de la norma.

³¹³ H. H Jescheck.: *Tratado de Derecho Penal....op. cit.*, pp. 778 y 779.

Al contrario, si el sujeto actúa con infracción del deber de cuidado provocando el perjuicio de un bien jurídico, habrá podido evitar este último actuando adecuadamente. En consecuencia, tal perjuicio del bien jurídico que fue provocado con infracción del deber de cuidado era objetivamente evitable.³¹⁴

Por su parte Roxin y Jakobs cuestionan la existencia del elemento “infracción del deber de cuidado” en el tipo de los delitos imprudentes.

Roxin apunta que en la medida en que el tipo de los delitos imprudentes no contenga una descripción adicional de conducta, “se colma” mediante la teoría de la imputación objetiva. Es más, en este sentido se sostiene detrás de la infracción al deber de cuidado “se esconden” distintos elementos de la imputación que caracterizan a la imprudencia de manera más precisa que aquella cláusula general.

Jakobs señala que esa postura es errónea a la luz de la norma, pues da la impresión de que el delito comisivo imprudente consistiría en la omisión del debido cuidado, lo que sugiere su interpretación errónea como un delito de omisión”.

Roxin agrega que algo similar sucede con elementos como los de la previsibilidad y la evitabilidad, ya que cuando un resultado no era previsible o evitable (como el caso fortuito) falta la creación de un peligro jurídicamente relevante o la realización del tipo creado.³¹⁵

Bacigalupo atempera las posiciones al manifestar que el deber de cuidado no está definido en cada tipo del delito culposo previsto en el Código Penal, sino que se requiere una definición relativa a cada situación concreta, de tal forma que el deber de cuidado debe apreciarse a posteriori, y ello es lo que permitió considerar a los tipos de los delitos culposos como “tipos abiertos”, es decir, como tipos penales que deben

³¹⁴ R. Maurach.: *Derecho Penal...* op. cit., pp. 138- 139.

³¹⁵ C. Roxin.: *Derecho Penal...* op. cit., pp. 999 – 1001.

ser “cerrados” por el juez mediante la definición del deber de cuidado exigible en la situación concreta.

Analizando más profundamente el tema, el autor citado afirma que el deber de cuidado no impone un deber absoluto de no producir peligros para los bienes jurídicos, toda vez que en la vida social se toleran ciertos peligros dentro de un margen determinado. Por ende, el deber de cuidado se infringe cuando se crea un riesgo al bien jurídico que supere el riesgo permitido. En consecuencia, el riesgo permitido no es una causa de justificación sino una circunstancia que excluye la tipicidad.³¹⁶

Actualmente existe una polémica importante referente a si la contrariedad de la conducta al deber de cuidado debe realizarse según criterios únicamente objetivos o en función de la capacidad individual del autor. El punto de vista dominante define la contrariedad de la acción al deber de una forma objetiva.

En la doctrina autores como Mir Puig³¹⁷, Jakobs, Shünemann entienden por:

Conocimientos especiales: La experiencia del sujeto en la actividad de que se trate el aprendizaje que haya realizado sobre ella y el especial conocimiento de la situación que tenga el autor.

Capacidad o aptitud: Comprende generalmente la habilidad particular del autor en el desempeño de dicha actividad.³¹⁸

Según el diccionario de la Real Academia Española:

Conocimientos: Una de las facultades sensoriales del hombre en la medida en que estén activas.

Capacidad: Aptitud, talento, cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo.

Aptitud: Suficiencia o idoneidad para obtener y ejercer un empleo o cargo. Capacidad y disposición para el buen desempeño o ejercicio de un negocio, industria, arte etc.

Algunos autores como Corcoy Bidasolo plantean la integración de los conocimientos especiales así como de las aptitudes del autor en un único

³¹⁶ E. Bacigalupo.: *Lineamientos de la teoría del delito...* op, cit., pp. 191 -193.

³¹⁷ S. Mir. P.: *Derecho Penal...* op., cit., p.284

³¹⁸ Mirentxu Corcoy Bisadolo: *El delito imprudente criterios de imputación del resultado*. Barcelona. 1989, p.132.

concepto global de capacidad. Esta unificación se justifica porque cuando los conocimientos especiales son actuales, éstos determinan desde ese momento la capacidad del sujeto al momento de realizar la conducta. No pueden separarse los conocimientos técnicos del vehículo, las técnicas de conducción y el estado de la carretera de la capacidad para conducir que tiene el agente.³¹⁹

La doctrina mayoritaria ubica en la culpabilidad la valoración del poder subjetivo del autor de ajustar su conducta a la norma de cuidado, de forma que si un sujeto tiene una capacidad inferior a la media, la tipicidad queda intacta en tanto que se observa una disminución de la culpabilidad, o en casos excepcionales su exclusión.

Mir Puig refiere que “sólo y siempre será antijurídico el hecho que infrinja el objetivo deber de cuidado que el tráfico impone con independencia de las facultades especiales del autor”. La imprudencia no es un concepto psicológico, ni siquiera como pura previsibilidad, sino normativo, porque lo decisivo en ella es el deber y no sólo la posibilidad de previsión”.³²⁰

En este sentido, una acción será contraria al deber desde el momento en que un observador - hombre medio cuidadoso y atento participe en el tráfico social - hubiera podido reconocer la acción como peligrosa para el bien jurídico: la previsibilidad subjetiva es irrelevante en el marco de la adecuación típica y debe tomarse en consideración exclusivamente en el marco de la culpabilidad.³²¹

Así lo refuerza Mir Puig: Si ese poder personal es inferior al del hombre medio se disminuye la culpabilidad o, en casos extremos se excluye. Pero si por el contrario, el poder del autor es superior al normal, ello no puede redundar en su perjuicio, porque la culpabilidad presupone la antijuridicidad, y ésta sólo obliga al cuidado exigible al hombre medio. Si el hecho es objetivamente adecuado al poder medio, deberá examinarse

³¹⁹ Ibidem, p.132.

³²⁰ S. Mir. P.: *Derecho Penal...*op.cit., pp.276 y 277.

³²¹ H. H Jescheck.: *Tratado de Derecho Penal...*op.cit., pp. 811 y ss.

de pena al autor, aunque él personalmente pudiese haber actuado con mayor prudencia.

No obstante, se afirma, si el sujeto tiene conocimientos especiales, dichos conocimientos deberán ser tenidos en cuenta para el nivel de cuidado exigido en el caso concreto. Pero si el sujeto posee “capacidades especiales” dichas capacidades no podrán ser tomadas en consideración para la fijación del deber de cuidado en el caso concreto por impedirlo el principio de igualdad ante la ley.³²²

Sobre este punto, es opinión de Maurach que el elemento objetivo de evitabilidad de tipo objetivo debe ser determinado exclusivamente sobre la base de un criterio general, sin consideración de las capacidades del autor para el cumplimiento de la norma.³²³

Por el contrario, autores como Stratenwerth plantean que la norma de cuidado debe llegar hasta el efectivo poder personal del autor. Una acción será contraria al deber cuando el autor hubiera podido actuar con mayor prudencia que el hombre medio con ello evitar el resultado, y si no lo hizo actuó antijurídicamente, por el contrario quien no pudo hacerlo no actuó ni siquiera antijurídicamente.³²⁴

En réplica a esta postura, Maurach señala que de esa forma se dirige al peligro conjurado por Schünemann consistente en una confusión entre ilícito y culpabilidad, el que puede ser superado a partir de la concepción teórico-normativa. Afirma, asimismo, que la capacidad individual de evitación de la acción típica contraria a la norma, compuesta por elementos subjetivos y objetivos, necesaria para la punibilidad, sólo debe ser considerada en un punto posterior de la estructura delictiva (atribuibilidad, culpabilidad).

Con este razonamiento, sostiene Maurach, se responde satisfactoriamente al reparo a la teoría que postula utilizar de un criterio

³²² H. Welzel.: *Derecho Penal...* op.cit., pp. 188 y ss.

³²³ R. Maurach.: *Derecho Penal...* op. cit., p. 142.

³²⁴ S. Mir. P.: *Derecho Penal...* op. cit., p. 277.

genérico-objetivo, consistente en que un proceder semejante conduciría a privilegiar aquellos sujetos cuya capacidad fuera mayor que la del promedio y a perjudicar a quienes no alcanzarían dichos márgenes.³²⁵

Mir Puig por su parte, se manifiesta favorable a llevar a sus últimas consecuencias el giro sistemático que inició el finalismo, en la línea que sigue el sector doctrinal alemán de Jakobs, y Stratenwerth, según el cual también los conocimientos y capacidades personales condicionan lo injusto de la imprudencia. Ésta es la única forma de evitar la escandalosa impunidad de quien, dotado de facultades sobresalientes deja de emplearlas voluntariamente y se limita a comportarse con arreglo al deber objetivo de cuidado. En cambio una capacidad inferior del sujeto no imaginable en una persona mentalmente normal, no puede excluir o disminuir la antijuridicidad, sino sólo la imputación personal de la misma.³²⁶

Según el planteamiento que relega el poder subjetivo del autor a la culpabilidad, este sujeto actuaría con arreglo a Derecho y no podría, ser castigado luego por la sola concurrencia de una “mayor culpabilidad”.

Alicia Gil Gil rechaza “la concepción subjetiva del deber de cuidado, y estima con su maestro Cerezo Mir que en los casos de sujetos con facultades especiales sólo podrá castigarse por omisión dolosa si el sujeto era consciente de la situación y de su capacidad de evitar el resultado mediante el uso de sus facultades excepcionales, pero habrá de quedar impune en otro caso, pues no puede castigársele por delito imprudente si no ha infringido el cuidado objetivo. Respecto de los conocimientos del autor éstos tampoco son relevantes para determinar la infracción o no del cuidado debido”.³²⁷

3.3.3 La teoría de la Imputación Objetiva

³²⁵ R. Maurach.: *Derecho Penal...* op. cit., pp. 143-144.

³²⁶ S. Mir. P.: *Derecho Penal...* op. cit., p. 279.

³²⁷ Alicia Gil Gil.: “Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva”. *Revista de Derecho Penal*. 2002-1. “Delitos culposos I”, Director: Edgardo Alberto Donna. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni Editores. 2002, pp.41-42.

Otro criterio propuesto por la Doctrina, que permite una mejor comprensión del delito imprudente es la teoría de la imputación objetiva.

Esta teoría tiene como precedente el concepto de acción propuesto por Hegel, desarrollada por la escuela hegeliana del siglo XIX, la cual consistía en imputar al sujeto, de la multiplicidad de cursos causales, sólo aquellos que podían ser considerados como su obra.

En este mismo sentido, cabe señalar que para que el resultado pueda ser imputado a la imprudencia de la acción, se requiere una doble exigencia: a) la relación de causalidad entre la acción y el resultado y b) la causación del resultado no debe ser ajena a la “finalidad de protección” de la norma de cuidado infringida.³²⁸

En relación a la “relación de causalidad”, diversas posiciones jurídicas fueron ensayadas a fin de acreditar que un determinado hecho produce – jurídicamente- un determinado resultado, y van desde las llamadas teorías de la causalidad (teorías de la equivalencia de las condiciones, de la causa eficiente, de la causalidad adecuada, etc.) hasta las modernas teorías en base a la imputación objetiva. Si bien el análisis de ellas escapa al presente trabajo, se puede señalar que la doctrina actual en mayor medida se embarca en esta última postura.

En relación a esta teoría de la imputación objetiva la doctrina cuenta con varios desarrollos normativos, los de Jakobs, Frisch y Roxin. Este último, es considerado el representante de la imputación objetiva vinculada al “principio del riesgo”. Se trata, a juicio de Roxin, que la imputación presupone la realización de un peligro comprendido dentro del alcance del tipo penal creado por el autor y no abarcado por el riesgo permitido. En este sentido el autor plantea que hay “que comprobar que el resultado es la obra del autor”.³²⁹

³²⁸ Santiago Mir Puig.: *El Derecho Penal. Parte General*. 8ª Edición. Buenos Aires. Editorial IBdeF. Julio César Faura Editor. 2009, p. 285.

³²⁹ Hans Hirsch Joschim.: “*Acerca de la teoría de la Imputación Objetiva*”. Revista Peruana de Ciencias Penales Nº 9. p. 428.

Para determinar si la conducta del autor creó o no una lesión del bien jurídico en relación al resultado, Roxin propuso una serie de criterios normativos en los que no es posible formular el juicio de imputación objetiva:

- a. Cuando se produce una disminución del riesgo.
- b. Cuando el riesgo no es penalmente relevante.
- c. Cuando la conducta del autor no ha elevado el riesgo permitido porque su resultado se hubiera producido aunque el sujeto hubiese actuado diligentemente.
- d. Cuando el resultado no era aquel que la norma quería evitar.

Por su parte, la propuesta de Jackobs, quizás la más reconocida por todos, permite delimitar los ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito. Plantea que a objeto de facilitar los contactos sociales, el Derecho Penal debe establecer normativamente qué acontecimientos en los que el sujeto interviene le son imputados. La forma de hacerlo es considerar al sujeto no como individuo sino como portador de un rol. Por ejemplo, el de panadero que le permite ver al comprador del pan como un consumidor de esa sustancia y no como un posible envenenador, al tiempo que le permite al comprador ver al panadero como suministrador de pan y no como posible defraudador de hacienda.³³⁰

Por lo tanto se responde de lo que ordenamiento jurídico espera que el sujeto como portador del rol asignado, y no de lo que sepa y quiera el sujeto, porque lo único relevante para la imputación es la evitabilidad.

Para este autor la teoría de la imputación objetiva abarca dos niveles:

- a) La calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento, y

³³⁰ Günther Jakob.s: *La imputación objetiva en Derecho Penal*. (traducción. Manuel Cancio Meliá).Universidad Externado de Colombia. Santafé de Bogotá. 1994, p 20.

- b) La constatación de que el resultado producido queda explicado por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado).³³¹

Jakobs plantea que autor del delito no es quien domina el hecho, lo es quien ha sido colocado por el ordenamiento jurídico ante el deber de evitar la lesión del bien jurídico.³³² De ahí que sea el autor del delito medioambiental el ingeniero que no evitó el vertido de aguas contaminadas y no lo sea el obrero que abrió la compuerta aún sabiendo el estado de aguas vertidas.

Las críticas a esta doctrina han venido del propio finalismo. Kaufmann cuestiona que el injusto se pueda configurar de manera puramente objetiva, sin tener los conocimientos generales y especiales del autor, que serían decisivos y resolverían muchas veces los problemas que quiere resolver la doctrina en sede del tipo objetivo.³³³

Según Frisch, el Derecho Penal no puede prohibir la más remota puesta en peligro de bienes jurídicos, porque podría restringir excesivamente la libertad. Sólo determinados riesgos graves acotados formal o informalmente conforme a los principios del Derecho Penal y al propio derecho constitucional, que por ejemplo autoriza a la presunta víctima a asumir riesgos que no deben cargarse en la cuenta del autor si se materializan, son los que trata de prevenir el Derecho Penal.³³⁴

Se trata de no considerar ni siquiera típico el comportamiento que no crea un riesgo relevante, con lo que se vacía de contenido generalmente asumido del “ámbito de protección de la norma” y su correlato de la “concreción de ese riesgo en resultado”.³³⁵

³³¹ Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá: *El sistema funcionalista del Derecho Penal*. 1ª edición. Lima. Editorial Grijley. 2000. p 23.

³³² Günther Jakobs.: *Injerencia y dominio del hecho*. (traducción de Manuel Cancio Meliá). Madrid. Marcial Pons. 2001, pp 66-70.

³³³ Armin Kauffman: *¿Atribución objetiva en el delito doloso?* (traducción de Manuel Cuello Contreras). Anuario de Derecho y Ciencias Penales. 1985, pp.807 y ss.

³³⁴ Wolfgang Frisch: *Comportamiento típico e imputación del resultado*, (traducción de Joaquín Cuello Contreras - José Luis Serrano González de Murillo). Madrid- Barcelona. Marcial Pons. 2004, pp.84 y ss.

³³⁵ *Ibidem*, p 82.

Esta postura ha sido objetada por los propios finalistas y desde la imputación objetiva. Así, Roxin afirma que la teoría es inviable porque la doctrina se dirige a recortar la imputación del resultado pero no el de la acción, debido a que el efectivo peligro o ausencia de la acción emprendida es sólo verificable ex post. Con lo cual muchos supuestos de imputación objetiva se convertirían en supuestos de ausencia de acción típica.

3.3.4 El Principio de la confianza

En el campo de los delitos imprudentes un aspecto importante de la imputación objetiva del resultado es determinar por un lado los límites del deber de cuidado, y por otro, es la infracción de ese deber. Conforme a ello se abre paso en la doctrina el denominado principio de confianza, según el cual no viola el deber de cuidado la acción del sujeto que confía en que el otro se comportará correctamente, mientras no tenga razón suficiente para dudar o creer lo contrario.

Este principio desarrollado en el campo del derecho de tránsito o de circulación, se ha extendido por la doctrina a otras actividades que dependen de una participación conjunta de dos o más personas como es el caso del principio de división del trabajo, ejemplo de ello serían los deberes de diligencia del cirujano respecto de sus colaboradores como enfermeras, o anestesiólogo, e inclusive respecto de delitos dolosos de otros.

Este principio reviste especial importancia porque constituye un criterio delimitador del cuidado debido, en el sentido de que no se responde por la falta de cuidado ajeno, ya que el Derecho autoriza a confiar en que los terceros o la propia víctima cumplirán con sus deberes de cuidado, vale decir, que esos terceros no obrarán ni culposa, ni dolosamente.

En este sentido, Jakobs manifiesta que las garantías normativas que el Derecho establece no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles –si así fuese se produciría una paralización

inmediata de la vida social-, sino que adscriben a determinadas personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción- y no a todas las personas- determinados cometidos, es decir, aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos.³³⁶

En la imprudencia el principio de la confianza excluye la imputación objetiva del resultado porque el que obra conforme a Derecho amparado por la confianza que los demás lo harían, y como producto de su conducta confiada se produjo un resultado típico, se excluye de responsabilidad.

Sin embargo, para este principio resulta problemático delimitar la cuestión de hasta que límite es tolerado confiar en el comportamiento cuidadoso de otros. En este sentido, la doctrina distingue una serie de supuestos en los que este principio encuentra sus límites, como por ejemplo en la división de trabajo, en donde no existirá exoneración de responsabilidad del garante primario, cuando la delegación de las posiciones iniciales ostentadas por el sujeto y de los correspondientes deberes de cuidado, son transferidos a personas carentes de las cualificaciones necesarias para desarrollarlas, o no se les haya dotado de los medios necesarios para el cumplimiento de la función de seguridad recibida.

En cualquiera de los supuestos el delegante es responsable del resultado lesivo que derive de la actuación del delegado, porque su delegación no ha sido eficaz, al contrario, la delegación con los requisitos de eficacia produce la traslación de la responsabilidad al delegado por haber asumido el deber de garantía, y la obligación de evitar un resultado lesivo del cual liberó al garante cedente.

Sin embargo, ello no significa que el delegante se encuentra liberado por completo de sus deberes de vigilancia; en este sentido, Frisch citado por Choclán plantea que a través de la delegación de las funciones de vigilancia el delegante se descarga de deberes, pero no queda totalmente

³³⁶ J. Choclán M.: *Deber de cuidado y delito imprudente...op, cit.,*pp.105 y ss.

liberado, pues en virtud la titularidad primaria que ostenta sobre dicho deber de vigilancia, está obligado, por ejemplo, a delegar su deber únicamente en personas que estén capacitadas.

En conclusión José Antonio Choclán argumenta que “el principio de confianza concluye cuando el reparto de trabajo pierde su sentido, especialmente cuando verse que la otra parte no hace, o no ha hecho, justicia a la confianza de que complementará las exigencias de su rol”.³³⁷

Otras de las limitaciones con las cuales se encuentra el principio de la confianza ocurre cuando determinadas circunstancias hacen probable en el caso concreto la lesión del deber de cuidado por parte de otro, tales como por ejemplo, distracción, ebriedad, ancianidad, o impedimento físico. Otro límite lo constituye el principio de defensa el cual alude a que la posibilidad de confianza decae cuando el competente carezca de conocimiento de las reglas o la posibilidad de seguirlas. En estos casos se habla de una inversión del principio de confianza porque el sujeto debe desconfiar del comportamiento correcto de los demás para evitar el resultado lesivo.

Finalmente, resulta necesario para cualquier análisis del delito culposo, optar por una de las dos tesis que han sido expuestas a través del sistema dogmático sobre el delito imprudente a saber: la tradicional o causalista y la finalista, cada una de ellas con sus diversos desarrollos.

Aun cuando no existe un saldo favorable en la doctrina actual respecto al principio de culpabilidad y sus diversas construcciones exento de contradicciones, la concepción de culpabilidad concebida como un juicio de exigibilidad normativo, basada en la noción personal del injusto (fundamentado en la infracción del deber de cuidado), se ajusta más a los fines de la investigación basado en las siguientes premisas: a) Este sistema permite eliminar las conductas penalmente irrelevantes en una primera fase de aplicación del Derecho. 2) El resultado es un elemento

³³⁷ Ibidem, 115 y ss.

integrante del tipo de injusto. 3) Los límites del injusto típico en el delito culposo los señala la infracción del deber individual de cuidado, que será determinada por el Juez en relación a una determinada situación de hecho. 4) Este juicio podría ofrecer no desbordar los postulados inspiradores que deben existir en un Estado social y democrático de Derecho para la aplicación del ius puniendi.

3.4 La noción de culpa grave y su graduación en la jurisprudencia venezolana

El Código Penal venezolano, no ofrece definición ni dato alguno sobre lo que hay que entenderse por culpa o imprudencia o imputación a título de culpa, ni siquiera hace referencia a algunos sus signos distintivos o a su estructura. Por lo tanto, determinar el contenido y requisitos del tipo imprudente, se convierten en temas centrales a desarrollar por la jurisprudencia y la teoría jurídica del delito.

En efecto, la legislación penal venezolana no cuenta con una definición de culpa, menos aún con una definición de culpa grave. La única referencia a la noción de culpa se deduce de la norma contenida en el Código Penal, en el artículo 61, el cual establece una excepción a la regla general de responsabilidad a título de dolo, cuando se da la intención del hecho, al decirse: *"excepto cuando la ley se le atribuye como consecuencia de su acción y omisión."*

Esta norma alude al delito culposo o imprudente (como le ha denominado la Doctrina) en el cual la finalidad del autor no está dirigida a realizar un tipo penal, sino que éste se realiza en función del accionar negligente de su autor, y que a la luz del último aparte de la norma citada, se le imputa al autor porque se presume voluntaria: ... "La acción u omisión penada por la ley se presumirá voluntaria a no ser que conste lo contrario."

En la doctrina existen diversas posiciones respecto del alcance del citado artículo. El legislador venezolano al referirse al dolo en el encabezamiento del artículo 61 lo define como intención, pero luego como leemos más

adelante en ese mismo artículo, respecto a la supuesta presunción de dolo, no utiliza la expresión intención, sino que establece expresamente que la acción u omisión se presumirán voluntarias.

Jiménez de Asúa, interpreta la expresión voluntaria como dolosa, sin embargo, para otros autores como Alberto Arteaga Sánchez no puede hablarse de presunción de dolo en el Código sustantivo, tampoco de presunción de voluntariedad de resultado; pero sí de presunción de voluntariedad de la causa. El dolo y la intención no se presumen en el Código Penal Venezolano.³³⁸

Para José Luis Modolell “el encabezado del artículo 61 del Código Penal exige como condición para la responsabilidad del autor que este haya tenido la intención de causar el hecho (principio de responsabilidad por dolo). En cuanto a los delitos culposos, del mismo artículo 61 se deriva que estos pueden ser sancionados sólo cuando expresamente lo establezca la ley (sistema del numerus clausus), cuestión que queda reflejada en la frase “excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión”. Además, la fórmula que ha utilizado el legislador para referirse a los delitos culposos alude a que la conducta se realice por “imprudencia, negligencia, impericia en su profesión, arte o industria, o por inobservancia de las órdenes o instrucciones”.³³⁹

Para Alberto Arteaga Sánchez citado en la sentencia del Juzgado Primero de Primera Instancia en función de juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas de fecha 22 de septiembre de 2008 (Expediente N° :1J-477-07) en relación a la “presunción de dolo” en el sistema penal venezolano:³⁴⁰ expone:

“El dolo genérico, se dice, tendría lugar cuando basta que se haya querido el hecho que se encuentra descrito en la norma penal, esto es, cuando

³³⁸ <http://controversiasjuris.blogspot.com/2011/04/culpabilidad-dolo-culpa-e.html>.

³³⁹ José Luis Modolell González: “Informes Nacionales. Venezuela”.
<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2230/18.pdf>.

³⁴⁰ <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/septiembre/1794-22-1J-477-08-1J-447-08.html>.

basta la simple conciencia y voluntad del hecho... ahora bien, en el encabezamiento del Artículo 61 de nuestro Código, como ya lo señalamos, se hace referencia a la regla general de la responsabilidad a título de dolo y como excepción, aunque el legislador no lo haya consignado expresamente a la responsabilidad a título de culpa, preterintención o a cualquier otra forma en los casos en que la ley atribuye el hecho a su autor como consecuencia de su acción u omisión”...

Nuestro máximo tribunal en la Sala de Casación Penal en sentencia del 23 de febrero de 1954 al efectuar la interpretación del artículo 61 del Código Penal denunciado por el recurrente como infringido, expresó lo siguiente:

“El Código Penal venezolano presume la voluntariedad de la acción punible desde el primer estatuto que se promulgó en 1863 (que no tuvo vigencia en la práctica) y el de 1873, al igual que sus primitivos modelos, los Códigos Penales españoles; y hasta 1915 el dolo consistía en esa voluntariedad, o sea, en la voluntad intencional o maliciosa de la doctrina y jurisprudencia española. Desde el Código de 1915, en el que se injertó el concepto de intención, necesariamente el de voluntad tuvo que modificarse, restringiéndose su significado, y desde entonces, despojado de aquél (ambos integrantes del dolo), sólo significa: volición, libre determinación”.³⁴¹

Referencias a la noción de delito imprudente como problema de deber de cuidado y su clasificación lo encontramos en la doctrina, y de manera especial en la alemana y la española. Así por ejemplo, el Código Penal español consagra la imprudencia como un concepto graduable, pues distingue entre imprudencia grave e imprudencia leve, aunque no ofrece criterios con base a los cuales hacer esta diferenciación.³⁴²

³⁴¹ Sentencia de la Sala Constitucional de Corte Suprema de Justicia (ahora Tribunal Supremo de Justicia) del 23 de febrero de 1954.

³⁴² S. Mir. P.: *Derecho Penal...* op., cit., p. 270. “Mayor importancia que la distinción de culpa consciente y culpa inconsciente tiene en nuestro Derecho la de imprudencia grave e imprudencia leve, porque es la que se halla en la base de la regulación del Código Penal”.

En la literatura científica-jurídica es constante la equiparación entre imprudencia grave y temeridad, posición criticada por Quintano por considerarla arriesgada.³⁴³ A partir de lo cual se han propuesto algunas definiciones. En este sentido, se expresa Jescheck para quien la imprudencia temeraria responde a la imprudencia grave del Derecho Civil y concurre, consecuentemente, cuando se ha infringido “en medida inusualmente alta” el cuidado requerido o cuando el autor no ha prestado atención a “lo que en el caso dado debió ser evidente para cualquiera”.³⁴⁴

Sin embargo, también se plantea que el criterio de “grave” tampoco aporta una mayor concreción que el de temeridad y será en definitiva la jurisprudencia la que acabe perfilándola en cada caso concreto.

Mir Puig afirma que la imprudencia grave es la única que puede dar lugar a delitos, no a faltas, y señala que Silvela la definió como aquel cuidado y diligencia, aquella atención que puede exigírsele al menos cuidadoso atento o diligente. La imprudencia leve (antes llamada simple) no puede dar lugar a delitos sino a faltas, y supone la infracción de normas de cuidado no tan elementales como las vulneradas por la imprudencia grave, normas que respetaría no ya el ciudadano menos diligente sino uno cuidadoso.³⁴⁵

Para diferenciar los grados de imprudencia (leve y grave) se han propuesto en la doctrina varios criterios, el mayoritario distingue en atención a la entidad de la infracción del deber de cuidado, es decir, esa distinción atiende al desvalor de la acción, a la medida que la acción se ha distanciado del riesgo permitido.

Para otros autores, el concepto de temeridad se ha reducido a actitud interna del sujeto. En estos términos se expresa Bacigalupo cuando plantea que la caracterización de la gravedad de la imprudencia debe

³⁴³ A. Quintano R.: *Derecho Penal de la culpa*. op. cit., p.502.

³⁴⁴ H. H. Jescheck.: *Tratado de Derecho Penal...op. cit.*, p. 517.

³⁴⁵ S. Mir. P.: *Derecho Penal...* op. cit., pp.271.

darse a partir del grado de desinterés revelado por el autor respecto de los bienes ajenos.³⁴⁶

Por su parte, Roxin plantea una concepción mixta para apreciar la temeridad en la imprudencia, por ello propone tomar en cuenta tanto circunstancias relativas al injusto (acción especialmente peligrosa) como a la culpabilidad (actitud interna censurable).³⁴⁷

Inicialmente, la doctrina clásica contemplaba la imprudencia como una forma menos grave de culpabilidad al lado del dolo. Esta postura fue evolucionando porque la infracción al deber de cuidado se incorpora al tipo, abandonándose su tratamiento como un problema de culpabilidad, lo cual se ha extendido de manera unánime en la doctrina.

Partiendo de esas premisas doctrinales, y dado que el Código Penal venezolano ni la Ley Orgánica de Telecomunicaciones definen lo que es culpa, ni sus grados, se hace necesario recurrir a la jurisprudencia patria a fin de deducir su concepto, y determinar cuál es la posición que adopta para explicar la estructura jurídica de los delitos culposos o imprudentes, en especial a los cometidos en el sector de las telecomunicaciones, vale decir, si se trata de un elemento del tipo, o si es simplemente una forma de culpabilidad que se encuadra dentro del estudio de lo que en el sistema causalista.

Para ello, analizamos un muestreo representativo de decisiones emanadas del Tribunal Supremo de Justicia publicadas en su portal web, utilizando para ello en el motor de búsqueda, las palabras: telecomunicaciones, delitos culposos y culpa grave, con el objeto de realizar un rastreo más exhaustivo sobre la existencia de un concepto de culpa grave en cualquiera de las categorías indicadas.

Con la palabra telecomunicaciones se encontraron 1324 documentos de los cuales fueron analizados 140 de ellos, arrojando como resultado que

³⁴⁶ E. Bacigalupo.: *Principios de Derecho Penal...* op. cit., p. 249.

³⁴⁷ C. Roxin.: *Derecho Penal...* op. cit., pp. 24/80 y ss.

ninguna de esas decisiones aluden al concepto de culpa grave, o delitos culposos o imprudentes cometidos en el sector de las telecomunicaciones, o referidas a la aplicación del artículo 188 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Las decisiones adoptadas por el Tribunal se refieren en gran parte a diversos recursos en su mayoría de nulidad, de abstención y carencia interpuestos por empresas del sector de telecomunicaciones y por particulares, contra actos administrativos emanados de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), Ministerio del Poder Popular de Telecomunicaciones e Informática, Ministerio de Infraestructura, Ministerio del Poder Popular para Transporte y Comunicaciones, y algunos Juzgados.

Así mismo, se encuentran otro tipo de decisiones relativas a interposición de recursos de amparo, perención de la instancia, constitucionalidad de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones entre otros.

Con la palabra delitos culposos encontramos 49 sentencias las cuales fueron analizadas en su totalidad, encontrándose que ninguna de ellas se encuentra referida a la aplicación de la sanción prevista para el tipo culposo que recoge el artículo 188 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Las sentencias recurridas recogen decisiones basadas en otros tipos penales tales como: homicidio culposo, lesiones culposas, aprovechamiento fraudulento de fondos públicos, lesiones personales gravísimas, usura en operaciones de financiamiento, etc.

De estas sentencias se tomaron diversos extractos para conocer el tratamiento que le concede el máximo tribunal al concepto de culpa, y sus graduaciones.

De la búsqueda efectuada con la palabra culpa grave se encontraron 59 decisiones, de su análisis se desprenden los siguientes resultados:

- a) De ese universo, sólo una sentencia está basada en la aplicación del artículo 188 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.
- b) En el resto de las sentencias analizadas se menciona el concepto de culpa grave pero se encuentran referidas a otras categorías de delitos como homicidios culposos, accidentes laborales, delito de contaminación culposa por fugas o descargas y un gran número de ellas alude a recursos contenciosos administrativos.

La única sentencia referida al delito objeto de la presente investigación corresponde a la causa de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, Nº 2405 del 08 de octubre de 2004, con ponencia del Magistrado Doctor Antonio José García García, número de expediente 04-0565.³⁴⁸

El 11 de marzo de 2004, la Secretaría de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, admite la acción de amparo constitucional contra la decisión dictada por la Corte de Apelaciones del Circuito Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta en fecha 22 de octubre de 2003, que declaró sin lugar la apelación que interpuso la defensa técnica del quejoso y confirmó la sentencia dictada, el 29 de julio de 2003, por el Tribunal Segundo de Juicio del mismo Circuito Judicial Penal, el cual condenó al ciudadano Igor Aranzazu Pérez a 4 meses de prisión por la comisión del delito de interrupción parcial de la prestación de un servicio de telecomunicaciones, previsto en el artículo 188 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

La acción de amparo constitucional estuvo basada en que a su patrocinado le cercenaron los derechos al debido proceso, a la defensa y a obtener una tutela judicial efectiva, bajo los siguientes alegatos:

...“Que la citada la Corte de Apelaciones convalidó, en su decisión, unos vicios acaecidos en el proceso penal, ocasionando nuevas violaciones que no fueron objeto de juzgamiento.

La primera denuncia, apunta a que el recurso de apelación intentado contra la sentencia dictada por el Tribunal Segundo, tuvo como fundamento que ese Tribunal no se pronunció en relación a un requerimiento para que no se valorara, en la sentencia definitiva, unas

³⁴⁸ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia Nº 2405 del 08 de octubre de 2004, (Igor Aranzazu Pérez), Tribunal Supremo de Justicia.

testimoniales que fueron llevadas al proceso y practicadas en el juicio oral y público, con usurpación de la función del Ministerio Público. Éstas fueron por una parte, el testimonio de la ciudadana Argelia Haydee Ramos Machín, quien dejó constancia de haber grabado una cadena presidencial, incorporando al proceso un video cassette, cuya reproducción de la cinta se hizo a espaldas de la defensa y del Ministerio Público, y por la otra, que los ciudadanos Erika José González Escalona y Sandy del Valle Guánchez Orta comparecieron a la sede del juzgado a declarar, por conducto de una autoridad usurpada, al ser llamados por la radio y la prensa, cuando ello le correspondía al Ministerio Público, por lo que concluyeron los abogados accionantes, en ese sentido, que esos órganos de prueba fueron llevados al proceso de forma ilegal y tomados en cuenta para condenar a su patrocinado.

Como segunda denuncia, alegaron que la Corte de Apelaciones utilizó, como fundamento principal de la condena, la declaración del ciudadano Igor Aranzazu Pérez, cuando su efecto era de servir como mecanismo de defensa”...

En ese sentido, señalaron que se utilizó la declaración del acusado en una confesión en forma acomodaticia, siendo ésta una figura que no se encontraba regulada en el texto penal adjetivo, por lo que no se podía asumir la declaración del ciudadano Igor Aranzazu Pérez como una confesión.

Solicitan que a través del amparo se anule la decisión dictada por la mencionada Corte de Apelaciones, y que se decrete como medida cautelar la suspensión del proceso penal que se encuentra en etapa de ejecución, ante un Tribunal de Ejecución del mismo Circuito Judicial Penal. El Tribunal Supremo de Justicia le acuerda la suspensión de los efectos de ese pronunciamiento judicial, mientras se resuelva el fondo de la controversia.

El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, declara:

PRIMERO.- Se ADMITE la acción de amparo constitucional interpuesta por los defensores privados del ciudadano Igor Aranzazu Pérez, contra la decisión dictada, el 22 de octubre de 2003, por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta.

SEGUNDO.- Se ORDENA la notificación del Presidente de la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, o quien haga sus veces, para que comparezca ante la Secretaría de esta Sala”...

Posteriormente, mediante sentencia N° 3201 del 15 de diciembre de 2004, con ponencia del Magistrado Doctor Antonio José García García, número de expediente 04-0565,³⁴⁹ referida al delito objeto de la presente investigación, y llegada la oportunidad para que se realice la audiencia, se constituyó la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y decidió:

“PRIMERO.- SIN LUGAR la acción de amparo constitucional interpuesta por los defensores privados del ciudadano Igor Aranzazu Pérez, contra la decisión dictada, el 22 de octubre de 2003, por la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta.

SEGUNDO.- Se DEJA SIN EFECTO, la medida cautelar referida a la suspensión de los efectos de la decisión dictada, el 22 de octubre de 2003, por la referida Corte de Apelaciones, adversada en el amparo”.

Para ahondar sobre la definición y los elementos que determinan la graduación del concepto de culpa grave se analizó la sentencia correspondiente a la Corte de Apelaciones del Circuito Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, con ponencia de la Dra. DelValle M. Cerrone Morales, número de expediente 2120. Esta sentencia refiere en primer lugar los hechos:

“ Los hechos consistieron en que en fecha 23 de Enero de 2.003, funcionarios adscritos al Escuadrón de Vigilancia y Control N° 42, del Comando de Operaciones de la Defensa Aérea, y al comando Regional N° 07, Destacamento N° 76, de la Guardia Nacional, practicaron la detención flagrante del acusado IGOR ARANZAZU PEREZ, en las instalaciones de la estación repetidora de televisión abierta propiedad de la Corporación Venezolana de Televisión C.A. (Venevisión), ubicada en el Parque Nacional Cerro Copey, Sector Las Antenas, La Asunción, Municipio Arismendi del Estado Nueva Esparta, quien por imprudencia y sin ser el Operador de Transmisiones designado por la empresa, manipuló el panel de conexiones de audio y conectó el aparato marca Sony, Modelo BWV-50, portable video Cassett Recorder, Sistema BETACAN, serial 13320, el cual contenía un video cinta marca Maxell Profesional, formato BETACAN SP, con una etiqueta donde se puede leer lo siguiente: “08-01-03, bodega, Entrevistas Fedecamaras, Negocios Cerrados, Despedida en Cámara y Off de la Noticia”, produciendo una interferencia perjudicial que interrumpió parcialmente el audio de la alocución del presidente de la República la cual se transmitía en Cadena Nacional de Televisión; reproduciendo el contenido de la cinta de video en donde se escucharon voces cantando el Himno Nacional, ruidos semejantes al ruido que se produce cuando se golpea unas cacerolas, las consignas “URGENTE NUEVO PRESIDENTE”, “HUGO CHAVEZ EL PUEBLO TE ESTA BOTANDO”, “LIBERTAD”, “DEMOCRACIA”, “NI UN PASO ATRÁS” y la voz de un corresponsal de la Corporación Venezolana de Televisión C.A (Venevisión), donde indicaba las actividades que la Coordinadora

³⁴⁹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 3201 del 15 de diciembre de 2004, (Igor Aranzazu Pérez), Tribunal Supremo de Justicia.

Democrática tendría para el próximo fin de semana en la Isla de Margarita, interrumpiendo así parcialmente la prestación del Servicio de Telecomunicaciones por un tiempo aproximado de ocho minutos con cuarenta y cinco segundos, transmitida por la Corporación Venezolana de Televisión (Venevisión), en los Estados Nueva Esparta y Sucre.

Por ese hecho fue detenido como autor el ciudadano IGOR ARANZAZU PEREZ, a quien el Juzgado de Control N° 04 de este Circuito Judicial Penal, decretó medida privativa de libertad, en fecha 26-01-2.003. Luego fue acusado por la Fiscal Segundo del Ministerio Público, actuante en esta causa, quien le imputó la comisión del delito de INTERRUPCION PARCIAL DE LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES, calificándolo como previstos en el artículo 188 Ordinal 2° de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”.

La defensa alegó:

“... el hecho no reviste carácter penal, es decir que la acción desplegada por el ciudadano IGOR ARANZAZU PEREZ no constituye delito y esto es objeto de una excepción...

...es decir la conducta desplegada por el ciudadano IGOR ARANZAZU PEREZ, el día en que se ocurrieron los hechos no se circunscriben a los postulados consagrados en el artículo 188 ordinal 2 de la Ley Orgánica de telecomunicaciones, y ello lo inferimos de lo establecido en el reglamento de la unión internacional de telecomunicaciones que define perfectamente que debe entenderse por una interrupción perjudicial del servicio, y que es de obligatoria remisión de conformidad con el artículo 10 de esta Ley Orgánica de telecomunicaciones, establece que se entiende por interrupción perjudicial aquella interrupción que dañe gravemente, interrumpa repetidamente o impida la prestación de un servicio de telecomunicación, cuando observamos los postulados del artículo 188 ordinal 2, vemos que esto no se circunscribe a la definición dada por este reglamento”...

EL Ministerio Público argumentó:

...” en el artículo 188 ordinal 2°, de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, tal artículo se encuentra compuesto por varias definiciones tales como culpa lata, la culpa como forma de responsabilidad penal, se debe desarrollar una conducta negligente, imprudente o con impericia, acusando el Ministerio Público en razón de una conducta imprudente, con falta de cuidado, el legislador califica la culpa como grave porque el interés que está en juego deja de lado todo lo que serían errores, circunscribiéndose a la conducta de la persona que no va a rayar en su normal devenir.

Fuera de la confesión del imputado, la cual a tenor de lo establecido en el artículo 49 ordinal 5 de la Constitución Nacional, es realizada sin coacción de ninguna naturaleza, aceptando el acusado la acción imputada por el Ministerio Público, realizando actuaciones no inherentes a él, sin ser instruido por el Técnico responsable realizando un mal pacheo, que es aquí donde está la culpa grave, teniendo la identificación del patch panel desatendiendo las especificaciones utilizó una clavija que se encontraba en el extremo izquierdo que le correspondía al transmisor, interfiriendo la señal que venía de la ciudad de Caracas y transmitía una cadena presidencial versando solo sobre el audio.

La culpa grave es que desatendió normas elementales básicas para esa transmisión, que no era de su competencia, por mandato expreso del artículo 10 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones nos referimos a los tratados Internacionales y específicamente la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT, la cual establece varias opciones, entre ellas la interferencia perjudicial, entendiéndose por ella

la que degrade gravemente, interrumpa repetidamente o impida un servicio de radiocomunicación, como lo es la Televisión, interrupción está dada sólo en el Estado Nueva Esparta y en la zona costera de los Estados Sucre y Anzoátegui.

El bien jurídico protegido por la norma no es solamente el interés de la empresa, la ley establece el interés de los usuarios del servicio de telecomunicaciones, garantizando el acceso al mismo así como a una prestación del servicio de calidad, así como a recibir un servicio de calidad e ininterrumpido.

La interferencia fue dañosa ya que se afectó el servicio en el sentido de que los usuarios fueron afectados, ya que cuando a una persona le interesa su país, le afecta y se debe respetar los intereses de cada quien en una circunstancia determinada, estando en una democracia nadie puede imponerle a nadie una forma de pensar e IGOR ARANZAZU no es quien para interferir un mensaje a una serie de personas que estaban interesadas en ese mensaje.

A continuación extractos de la sentencia de la Corte de Apelaciones del Circuito Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta:

...” En efecto, en el caso in concreto, por ser **la culpabilidad el elemento subjetivo del ilícito penal – delito – y la culpa uno de sus componentes**, es condición sine qua non analizar en primer lugar la declaración rendida por el acusado en el debate oral y público, para determinar con certeza, si la conducta o comportamiento asumido por él, configura la perpetración del hecho punible imputado y por consiguiente, es acreedor de la sanción penal impuesta”...

...” En ese sentido, destacó que, indefectiblemente, se evidenciaba que el acusado ejecutó una acción voluntaria y libre, sin la intención de producir un resultado lesivo, constitutivo de la comisión de un hecho punible, **que venía determinada por el elemento culpa como componente del aspecto subjetivo del delito, que era calificada por el legislador venezolano de grave, no obstante, reconocida por el propio acusado y por el testigo-experto como “error y mala suerte” y que se trasladaba al campo penal como la culpa grave**, a tenor de lo expresamente establecido en el numeral 2 del artículo 188 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”... (subrayado nuestro).

...” Además, que se descartaba la noción del dolo, entre otras razones, porque la imputación fiscal estaba referida concretamente a la comisión del delito por parte de quien, con culpa grave, produjera interferencias perjudiciales que interrumpiesen parcialmente un servicio de telecomunicaciones.”

...” en este orden de ideas, especial mención requiere la noción de culpa grave, denominada también culpa inexcusable, definida por Pothier como aquella que “consiste en no aportar a los negocios propios el cuidado que las personas menos cuidadosas y más estúpidas no dejan de aportar a sus negocios.”

En el caso bajo análisis, ciertamente, la aptitud asumida por el acusado denota torpeza, falta de prudencia, diligencia, destreza, habilidad y propiedad en el oficio desempeñado, **lo cual evidentemente, constituye la modalidad de culpa profesional o mejor conocida como impericia, que a su vez configura una forma de imprudencia calificada**, porque a pesar que no ostenta la cualidad de Técnico de Transmisiones sino de Asistente de Grupo, el acusado declaró que, “...la máquina Betacam es la máquina que manejamos nosotros a diario....”, “...es la primera vez que subo a una antena de transmisiones....”. Sin embargo, actuó sin cautela y con ligereza en su

manipulación, a pesar de afirmar que lo hace a diario y máxime cuando asevera que es la primera vez que subía a una antena de transmisiones”...

“...**Destacó que el elemento subjetivo del delito se infería de la declaración rendida personalmente por el propio acusado, en su debida oportunidad legal,** ante el tribunal de juicio, con estricta sujeción a las formas procesales de tiempo, modo y lugar, sin coacción de naturaleza alguna, sobre hechos personales que revestían carácter penal y cuyo efecto jurídico le era desfavorable, adverso o perjudicial, que devenía en una confesión expresa, consciente, oral, espontánea y sería”³⁵⁰.

...” No comparte esta opinión dada por este experto, ya que si bien es cierto que **ni nuestro legislador ni la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) establecen ni definen las formas y las maneras como deben producirse las interferencias,** este Juzgador deduce de la definición del término o concepto de Interferencia Perjudicial, que esta interferencia puede ser Interna, es decir, producto de una maniobra dentro del mismo servicio de telecomunicación; o puede ser externa”.

“ Es indudable que el argumento del ciudadano IGOR ARANZAZU PEREZ, de que el audio que él estaba escuchando se le coló en la transmisión, quedó desvirtuado en el debate, cuando a la pregunta realizada por el Tribunal a los ciudadanos PEDRO GONZALEZ, LEONEL RODRÍGUEZ, RENNY RIVAS MEDINA y SANDRO CONSTANTINI, quienes son expertos y técnicos en la materia, de si existía la posibilidad fáctica o cierta de que estando debidamente conectado el equipo Betacam al panel de control de la Estación para realizar las labores de chequeo de material, se pudiera colar el audio a la transmisión ordinaria del Canal? Todos ellos fueron contestes en afirmar que era imposible, con lo cual quedó desvirtuado dicho argumento.

Ahora bien, no siendo posible ello, tomando en consideración lo declarado por el acusado IGOR ARANZAZU PEREZ, considera el Tribunal que el mismo incurrió en culpa grave al efectuar tal operación o conexión, ya que según su propio dicho él confió en su suerte la maniobra que ejecutaba, por cuanto en el debate afirmó que por mala suerte se coló el audio en la transmisión.

La experiencia común le indica a este Juzgador que cuando una persona endilga, atribuye o asigna la mala suerte a determinado acto de la vida real, es porque esa persona a ejecutado o desplegado dicho acto contando con el margen de posibilidades que le ofrece el azar o la suerte, **lo cual es indicativo de que esa persona en ese momento no está ejecutando o desplegando el acto de la vida real con el cuidado necesario,** sino que esta confiando única y exclusivamente en el azar, sin toman en cuenta ningún deber de cuidado al respecto, **lo cual es indicativo que la persona que actúa así, actúa con culpa con representación,** ya que perfectamente en estas circunstancias la persona se representa el resultado de su comportamiento y confiando en que lo pueden evitar confía en su suerte para poderlo evitar, pero el resultado se produce no como él lo esperaba sino como se lo representó, por lo cual se lo endosa a su mala suerte.

Habiendo afirmado el ciudadano Igor Aranzazu Pérez, que el audio se le coló en la transmisión por mala suerte, y tomando en consideración este Juzgador que dicho ciudadano estaba acostumbrado a realizar este tipo de labores por cuanto estaba manejando equipos que siempre maneja dentro de sus labores en Caracas, es innegable que dicho ciudadano actuó con imprudencia, ya que el mismo obró sin la cautela que según su experiencia en dicho trabajo debía emplear en la realización del paneo en el patchin de audio del panel de control de la Estación

Pensar lo contrario sería establecer que el mismo actuó con impericia, ya que si no conocía el manejo de dicho equipo, mal pudo ponerse a manipularlos si no tenía la suficiente aptitud para el ejercicio de dicho

³⁵⁰ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 3201 del 15 de diciembre de 2004, (Igor Aranzazu Pérez), Tribunal Supremo de Justicia. Con la causa N° 2405 del 08 de diciembre de 2004 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia admite el recurso de amparo interpuesto.

oficio o arte, ya que el mismo adolecería de aquella habilidad que requieren dichas funciones o trabajo.

En consideración de todo lo antes expuesto, considera el Tribunal que el resultado que produjo el Ciudadano IGOR ARANZAZU PEREZ, **podía ser previsto por cualquier técnico de dicho canal que tenga a su cargo la ejecución de tales labores, por lo cual este juzgador establece que la conducta desplegada por dicho ciudadano es a título de culpa grave**, dando así por demostrado el elemento subjetivo del tipo penal contenido en el artículo 188 Ordinal 2º de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones”.

La declaración del testigo SANDRO CONSTANTINI, este tribunal la aprecia parcialmente como prueba en contra del Ciudadano IGOR ARANZAZU PEREZ Afirmó además que el error de Igor había sido que en vez de poner el punto de la salida al sitio al sitio donde se chequea un punto especial de monitoreo, se lo puso al transmisor, esto por una parte, y por la otra, porque manifestó que no existía posibilidad fáctica de que estando bien instalado el equipo Betacam al panel de conexiones de la Estación, para realizar el trabajo de revisión de material de trabajo diario, se colase el audio a la transmisión ordinaria del canal, con todo lo cual se demuestra la imprudencia del acusado en el hecho y se desvirtúa el argumento del ciudadano Igor Aranzazu Perez, de que se le coló el audio. Este Juzgador hace tal valoración, en razón de la verosimilitud de lo afirmado por dicho testigo con lo afirmado por el ciudadano IGOR ARANZAZU PEREZ.

Por todos los razonamientos anteriormente expuestos DECLARA:

PRIMERO: SIN LUGAR EL RECURSO DE APELACION interpuesto por los representantes de la Defensa Privada del acusado, Abogados José Parra Saluzzo y Oscar Borges Prim, fundado en los 2º y 4º del artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal, contra la decisión judicial (Sentencia) dictada por el Tribunal de Primera Instancia Unipersonal en Función de Juicio N° 2 del Circuito Judicial Penal del Estado Nueva Esparta, en fecha Primero (1º) de Julio del año dos mil tres (2003) y publicada en fecha veintinueve (29) de Julio 2003.

SEGUNDO: CONFIRMA LA DECISION JUDICIAL (Sentencia) dictada por el Tribunal Unipersonal de Primera Instancia en Función de Juicio N° 2 del Circuito Judicial Penal del Estado Nueva Esparta, en fecha Primero (1º) de Julio del año dos mil tres (2003) y publicada en fecha veintinueve (29) de Julio del mismo año (2003) mediante la cual declara culpable y condena al acusado Ciudadano Igor Aranzazu Pérez, identificado ut supra, a cumplir la Pena de cuatro (4) meses de Prisión, más las accesorias de Ley”.

Obsérvese que esta sentencia, no define el concepto de culpa grave, sólo hace mención a la noción de culpa ampliamente debatida en la doctrina, por ser ésta un aspecto subjetivo del delito (alude a la voluntariedad de la acción realizada, pero a la involuntariedad del resultado producido).

La calificación de grave que le da el intérprete, está basada en la frase “error y mala suerte”, producto de la confesión del imputado y la declaración del testigo-experto, así como de la interpretación que realiza el Juez sobre la manera de cómo deben producirse las interferencias para ser catalogadas de perjudiciales, a pesar de admitir expresamente que el legislador ni la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT)

establecen ni definen las formas y las maneras en deben producirse las interferencias.

Para ahondar en la búsqueda del concepto de culpa grave realizamos un análisis de las otras sentencias (aunque referidas a otros tipos de delitos), a objeto de investigar si en ellas se precisaba el concepto, y conocer los criterios del legislador para establecer la graduación de la culpa, y consecuentemente la pena.

Para mayor abundamiento, los siguientes extractos de sentencias correspondientes a conductas constitutivas de delitos culposos las cuales explican tales tendencias:

“...Del análisis del antes citado artículo se autoriza legalmente al capitán del buque a desatender la (sic) indicaciones del piloto oficial cuando se considere indispensable para evitar accidentes, en beneficio de la seguridad del buque o en resguardo de su responsabilidad, por lo que al inobservar esta norma de conducta expresa responde penalmente a título de culpa, pues en el delito culposo (hoy día la doctrina lo llama delito imprudente) el sujeto quiere cometer el hecho previsto en el tipo, pero lo realiza por infracción de la norma de cuidado, es decir, por inobservar el cuidado debido, ya que la esencia de la culpa radica en la voluntaria inobservancia de todas las normas de conducta (expresas o derivadas de la practica común).

En el presente caso, el capitán del buque “Nissos Amorgos” era el ciudadano Konstadinos Nicolaos Spiropulos, quien con su conducta infringió el objetivo deber de cuidado al actuar negligentemente pues no realizó (sic) los actos a que estaba obligado por mandato del artículo 13 de la ley de pilotaje (sic), esto es, desatender las indicaciones del piloto oficial ciudadano Antero Trompiz, comprometiendo su responsabilidad penal a título de culpa, en la comisión del delito de contaminación por fugas o descargas culposas, previsto y sancionado en el artículo 38 de (sic) Ambiente, en concordancia con el artículo 9 eiusdem, en perjuicio del Estado Venezolano, cometido en las circunstancias de tiempo, lugar y modo que han sido descritas en esta sentencia. Y así se declara”.³⁵¹

(...)Ahora bien, ¿es que posiblemente ese comportamiento, declarado imprudente por el a quo, no es grave? (...) “Lo que constituye el eje de la impugnación que nos ocupa es el quantum de la pena; más tal graduación de la pena no está sometida a baremo alguno por parte de la norma sustantiva penal; pues ésta deja al prudente arbitrio del Juez, estimar motivadamente, como es el presente caso, la culpa del acusado (...). Como puede apreciarse de todo lo anteriormente señalado, el A Quo, se insiste, si bien no dijo que la culpa del agente fue grave, gravísima o leve, en el acontecimiento, dejó plenamente establecido que fue debido a su imprudencia al manejar a mas de cien kilómetros por hora en zona poblada, sobre un pavimento húmedo y pasando por encima de reductores de velocidad, cuya existencia éste debió conocer por ser usuario de esa carretera, tal como así lo admito”.³⁵²

³⁵¹ Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 583 del 30 de marzo de 2004, (Konstadinos Spiropulos) Magistrado Ponente: Doctor Francisco Antonio Carrasquero López, expediente N°: 06-1577, Tribunal Supremo de Justicia.

³⁵² Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 334 del 18 de julio de 2006, (Robins Alberto González) Magistrado Ponente Doctor Eladio Ramón Aponte Aponte, expediente N°: AA30-P-2006-00162, Tribunal Supremo de Justicia.

En esta causa la Magistrado Blanca Rosa Mármol de León salva su voto debido a que: “La sentencia aprobada por mayoría de esta Sala declaró sin lugar el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado de autos. En su fundamentación expresó ciertas argumentaciones de las cuales discrepo: en primer lugar, la Sala dejó sentado lo siguiente:

“...no asiste la razón al recurrente, al apreciarse que la inferencia realizada por la Corte de Apelaciones en su decisión del 20 de enero de 2006, no es un hecho nuevo...puesto que el grado de culpabilidad del agente en la referida decisión de primera instancia, en la presente causa, es culpa grave, en razón del monto de la pena impuesta...”³⁵³

“Evidencia que el sentenciador a-quo no precisó el grado de culpabilidad atribuible al imputado, toda vez que existe distintos grados de culpa, que deben ser establecidos por el juzgador de manera motivada; es decir, el juzgador debe expresar por qué considera que existe culpa grave, leve o levisima, y no limitarse a la aplicación de la pena en su límite máximo debido al "grado de culpabilidad del agente”.³⁵⁴

“Si bien es cierto que esta Sala ha dicho de manera reiterativa que los jueces de instancia son soberanos en la apreciación de la gravedad de la culpa en la comisión del homicidio culposo, conforme al artículo 411 del Código Penal, y que tal apreciación es incensurable en casación, no es menos cierto que en la aplicación de la pena los jueces están autorizados a evaluar la culpa del agente como grave, leve o levisima, en un proceso que debe ser transparente y deducible de lo establecido en el fallo, de igual modo, al dar por comprobado el cuerpo del delito de homicidio culposo, y la responsabilidad del procesado, el juez debe especificar en el fallo los hechos constitutivos de la culpa atribuida al agente, es decir, debe expresar las razones que lo condujeron a concluir que el agente actuó con imprudencia, negligencia, impericia, o por inobservancia de los reglamentos, órdenes o instrucciones.”³⁵⁵

Con base a la información analizada, podemos concluir que el criterio dominante en la jurisprudencia patria para la definición y tratamiento que reciben los delitos culposos o imprudentes, y en consecuencia extendido también al campo de las telecomunicaciones es el siguiente:

1. Los delitos culposos o imprudentes son tratados como un problema de culpabilidad porque ésta es un elemento subjetivo del ilícito penal, a diferencia de las posiciones doctrinarias más

³⁵³ Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 334 del 18 de julio de 2006, (Robins Alberto González) Magistrado Ponente Doctor Eladio Ramón Aponte Aponte, expediente N°: AA30-P-2006-00162, Tribunal Supremo de Justicia.

³⁵⁴ Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 377 del 30 de marzo de 2000, (Carlos Enrique Mata Salazar) Magistrado Ponente Doctor Rafael Pérez Perdomo, expediente N°: C-99/0181, Tribunal Supremo de Justicia.

³⁵⁵ Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 377 del 30 de marzo de 2000, (Carlos Enrique Mata Salazar) Magistrado Ponente: Doctor Rafael Pérez Perdomo, expediente N°: C99-0181, Tribunal Supremo de Justicia.

extendidas que sugieren el examen de la imprudencia debe ser analizada en sede de tipicidad.

2. La culpa es un componente de la culpabilidad
3. La culpa es la voluntaria inobservancia de todas las normas de conducta, (expresas o derivadas de la práctica común).
4. La sanción de los delitos culposos se produce por inobservancia del cuidado debido, y éste forma parte de la culpa.
5. La culpa posee diversos grados, y es el Juez quien a su prudente arbitrio determinará motivadamente su grado, es decir, si la culpa es grave, leve o levísima.
6. El quantum de la pena se determinará en función de la culpa del agente, y para su determinación el Juez no está sometido a ningún baremo, queda al arbitrio del Juez.
7. El delito culposo o imprudente es aquel comportamiento desplegado por el sujeto sin intención de cometer el hecho previsto en el tipo, pero lo realiza por infracción de la norma de cuidado debido, y al inobservar esta norma de conducta expresa responde penalmente a título de culpa.

Con base a los criterios que motivaron la única sentencia relativa a la aplicación del artículo 188 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se podría inferir el siguiente concepto de culpa grave:

“ La culpa grave es una conducta desarrollada con falta de cuidado, prudencia, diligencia, destreza, habilidad y propiedad en el oficio desempeñado, desatendiendo las normas elementales técnicas que producen una interferencia perjudicial, definida por la Unión Internacional de Telecomunicaciones UIT, como la que degrade gravemente, interrumpa repetidamente o impida un servicio de radiocomunicación. Esta interferencia es catalogada como dañosa por que afecta a los usuarios, y es entendida como culpa lata e inexcusable que genera responsabilidad penal”.

De este análisis se derivan tres observaciones y sus respectivas reflexiones.

- A. En las sentencias revisadas no resulta evidente la distinción entre la gravedad de la imprudencia (como gravedad del injusto) y la gravedad de la culpabilidad en sentido estricto.

Consideramos que sólo estableciéndose esta distinción se podrá, por una parte, depurar el concepto y por la otra, establecer un límite a la punibilidad, a fin de evitar que sean sancionados como delitos comportamientos de escasa relevancia desde el punto de vista del orden ético-social.

- B. La calificación de la gravedad de la imprudencia y el quantum de la pena queda al prudente arbitrio del juez.

Resulta altamente inquietante desde los ángulos constitucionales y del Derecho Penal que la imposición de una pena privativa de libertad esté supeditada a las valoraciones personales que realice el juez, quien, más aún si entendemos que los conceptos de imprudencia se entremezclan con el de culpabilidad.

Esta consideración se orienta a evitar que el juez, en la aplicación de sanciones a los delitos llamados de culpa, actúe arbitrariamente, en forma subjetiva y por consiguiente en ocasiones injusta y veleidosa; y obligarlo, en lo posible, a que la sanción que imponga responda más a elementos objetivos, externos, evidentes que a su prudente arbitrio.

- C. Aún cuando la jurisprudencia trata este delito en sede de culpabilidad, el precepto contenido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones pareciera atender más al resultado que a la intensidad intrínseca de la culpa, habida cuenta de que para que el juez pueda calificar como graves "los actos u omisiones imprudenciales, forzoso es que "se cause daños a equipos terminales." En este sentido, pareciera absurdo crear e introducir

en la ley un delito de culpa, punible más por el resultado que por la gravedad de aquella.

Capítulo IV: Discusión relativa sobre la Ley Orgánica de Telecomunicaciones

4.1 La tutela de las telecomunicaciones y la regulación de los delitos culposos en el Derecho Comparado

En el Derecho Comparado, las telecomunicaciones como bien jurídico tutelado, son objeto de protección mediante la aplicación de diversos tipos de sanciones recogidas en la ley que regula ese sector.

Países como Brasil, México, Colombia, Nicaragua, El Salvador, Bolivia, Guatemala, España, Chile y Argentina disponen en sus leyes especiales de un capítulo relativo a las infracciones y sus respectivas sanciones, las cuales en su mayoría son de carácter administrativo, y se encuentran clasificadas en graves, muy graves y leves. Su graduación está determinada por la gravedad de la infracción y abarca amonestaciones, multas, suspensión de transmisiones, revocatoria de la concesión o permiso, y en algunos, casos como en Brasil, se prevé también prisión.

De las legislaciones de esos países, sólo Brasil dispone en su Ley de Telecomunicaciones de un Capítulo (Cap. II), relativo a las sanciones penales. El artículo 183 establece pena de prisión de 2 a 4 años y multa de 10.000 reales, para quien realice actividades clandestinas de telecomunicaciones, entendida ésta como las actividades realizadas sin la correspondiente concesión o autorización de servicio y uso de radiofrecuencia.³⁵⁶

³⁵⁶ Ley de Telecomunicaciones de Brasil. Ley Nº 9472 del 16 de julio de 1997. Art. 183: "Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação: Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime. Art. 184. São efeitos da condenação penal transitada em julgado; I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda, em favor da Agência, ressalvado o direito do lesado ou de terceiros de boa-fé, dos bens empregados na atividade clandestina, sem prejuízo de sua apreensão cautelar. Parágrafo único. Considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite. Art. 185. O crime definido nesta Lei é de ação penal pública, incondicionada, cabendo ao Ministério Público promovê-la". http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm.

Apreciaremos más adelante que las legislaciones que regulan el sector de las telecomunicaciones de esos países, incluida la de Brasil, no prevén la aplicación de sanciones penales por la comisión de conductas culposas o imprudentes, ni dejan a criterio del intérprete de la norma la graduación de la culpa, a diferencia de lo que ocurre en Venezuela, y en muchas de ellas no se consagran sanciones penales sino únicamente sanciones administrativas.

Así por ejemplo la Ley Federal de Telecomunicaciones de México, en su artículo 72 del Capítulo XI, establece como sanciones únicamente multas para las infracciones a la Ley, que van desde 2.000 a 100.000 salarios mínimos. Para la Interrupción sin causa justificada o sin autorización de la Secretaría, de la prestación total de servicios en poblaciones en que el concesionario sea el único prestador de ellos, establece multas que van desde 4.000 a 40.000 salarios mínimos. Estas sanciones podrían aplicarse sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que resulte de conformidad con lo previsto en el artículo 73.³⁵⁷

La ley General de Telecomunicaciones de Chile en su artículo 36 prevé sanciones según la gravedad de la infracción, las cuales pueden ser amonestación, multa no inferior a 5 ni superior a 100 unidades tributarias, suspensión de transmisiones hasta un plazo de 20 días y caducidad de la concesión o permiso. El artículo 36 B establece:

“Comete delito de acción pública:

...b) El que maliciosamente interfiera, intercepte o interrumpa un servicio de telecomunicaciones, sufrirá la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y el comiso de los equipos e instalaciones.

c) El que intercepte o capte maliciosamente o grabe sin la debida autorización, cualquier tipo de señal que se emita a través de un

³⁵⁷ Ley Federal de Telecomunicaciones de México de 1995. Artículo 72 “Las personas que presten servicios de telecomunicaciones sin contar con la concesión o el permiso a que se refieren los artículos 11 y 31 de esta Ley, o que por cualquier otro medio invadan u obstruyan las vías generales de comunicación respectivas, perderán en beneficio de la Nación los bienes, instalaciones y equipos empleados en la comisión de dichas infracciones”. Artículo 73: “Las sanciones que se señalan en este capítulo se aplicarán sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que resulte o de que, cuando proceda, la Secretaría revoque la concesión o permiso respectivos.” Artículo 74:” Para declarar la revocación de las concesiones y permisos; la imposición de las sanciones previstas en esta Ley, así como para la interposición del recurso administrativo de revisión, se estará a lo previsto por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.” http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cntv/l_mx_tv_1995.html.

servicio público de telecomunicaciones, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de 50 a 5.000 UTM".³⁵⁸

La ley de Telecomunicaciones Nicaragüense en su Título I, artículo 81, hace una distinción de las infracciones, y las clasifica en muy graves, graves, y leves. El artículo 82 consagra como infracciones muy graves:

..." 3) Interferir o interceptar intencionalmente los servicios de telecomunicaciones, afectar su funcionamiento e incumplir intencionalmente las leyes, reglamentos, tratados, convenios o acuerdos internacionales de telecomunicaciones en los cuales Nicaragua es parte, siempre y cuando se compruebe dolo manifiesto,

4) Utilizar en forma fraudulenta o ilegal los servicios de telecomunicaciones, en perjuicio de las responsabilidades civiles y penales correspondientes.

8) Utilizar fraudulentamente los servicios de telecomunicaciones, para evadir el pago por su utilización".

Por su parte, el artículo 84 cataloga como infracciones leves:

"1) La producción no intencional de interferencias perjudiciales por primera vez".

En cualquiera de las infracciones anteriores la ley sanciona con multas, y la prisión sólo se aplica a los delitos dolosos. En este sentido, se expresan los artículos 85 y 95. El artículo 85 prevé:

"En el caso de los servicios de interés general y particular, las infracciones muy graves serán sancionadas con multa que oscilará entre los diez y veinte mil córdobas. Si se trata de infracciones graves se impondrán multas entre cinco mil y diez mil córdobas. Las infracciones leves se impondrán multas que oscilarán entre cinco mil y un mil córdobas".

Por su parte el artículo 95 establece:

"Quienes intercepten o interfieran intencionalmente los servicios de telecomunicaciones, o destruyan o dañen intencionalmente sistemas,

³⁵⁸ Ley General de Telecomunicaciones de Chile. Ley N° 19.277 de 20 de enero de 1994. Esta ley modifica a la Ley N° 18.168 del 20 de octubre de 1982. "Artículo 36.- Las infracciones a las normas de la presente ley, a sus reglamentos, planes técnicos fundamentales y normas técnicas, serán sancionadas por el Ministro en conformidad a las disposiciones de esta ley. Las sanciones sólo se materializarán una vez ejecutoriada la resolución que las imponga. A falta de sanción expresa y según la gravedad de la infracción, se aplicará alguna de las siguientes sanciones: 1.- Amonestación. 2.- Multa no inferior a 5 ni superior a 100 unidades tributarias mensuales, tratándose de concesiones de radiodifusión de libre recepción. En los demás casos, la multa fluctuará entre 5 y 1.000 unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia en un mismo tipo de infracción, se podrá triplicar el máximo de la multa."... Artículo 36A: "Antes de aplicarse sanción alguna, se deberá notificar previamente al infractor del o de los cargos que se formulan en su contra... Si fuese de conocimiento de la Corte Suprema, se regirá por las normas del recurso de amparo." 18. Agréguese, a continuación de la letra b) del artículo 36, que pasó a ser 36B, las siguientes letras c) y d), nuevas: "c) El que intercepte o capte maliciosamente o grave sin la debida autorización, cualquier tipo de señal que se emita a través de un servicio público de telecomunicaciones, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de 50 a 5.000 UTM; d) La difusión pública o privada de cualquier comunicación obtenida con infracción a lo establecido en la letra precedente, será sancionada con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 100 a 5.000 UTM". <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30644>.

aparatos y equipos, serán acreedores a las sanciones que establece el Código Penal para los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y de comunicación”.³⁵⁹

La Ley de Telecomunicaciones de El Salvador en su Capítulo I, clasifica las infracciones en menos graves, graves y muy graves. El causar a los usuarios interferencias o intervenciones en sus comunicaciones por razones técnicas es considerada de acuerdo al artículo 32 ordinal a) como una infracción menos grave.³⁶⁰

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 se considera una infracción grave:

...”g) Causar interferencias perjudiciales en la explotación del espectro radioeléctrico”... Como infracciones muy graves están: ...”d) Causar mediante la interconexión, daño o mal funcionamiento en los equipos de otro operador de telecomunicaciones, por negligencia o dolo. e) Desconectar sin causa justificada la interconexión de un operador”...

Para estas infracciones la ley sólo se prevén multas que van desde 10.000 a 100.00 colones para las menos graves, y 400.000 a 500.000 colones por cada día de infracción y 5.000 colones adicionales por cada día en que la infracción continúe (artículos 36 al 38).³⁶¹

³⁵⁹ Ley General de Telecomunicaciones y Servicios Postales de Nicaragua. Ley 200 del 08 de agosto de 1995. Artículo 81: “Las infracciones a la presente Ley se clasifican en muy graves, graves y leves.” Artículo 82:” Se consideran infracciones muy graves: ...3) Interferir o interceptar intencionalmente los servicios de telecomunicaciones, afectar su funcionamiento e incumplir intencionalmente las leyes, reglamentos, tratados, convenios o acuerdos internacionales de telecomunicaciones en los cuales Nicaragua es parte, siempre y cuando se compruebe dolo manifiesto.4) Utilizar en forma fraudulenta o ilegal los servicios de telecomunicaciones, en perjuicio de las responsabilidades civiles y penales correspondientes. 8) Utilizar fraudulentamente los servicios de telecomunicaciones, para evadir el pago por su utilización. 9) Cometer en el plazo de un (1) año, dos o más infracciones graves.”Artículo 83: “Se consideran infracciones graves: 1) Negarse a facilitar datos técnicos requeridos por el organismo previsto en esta Ley, así como el suministro de información falsa o tendenciosa. 2) La reincidencia en la producción no intencional de interferencias perjudiciales. 3) Negarse a interconectar u obstruir a otras redes y equipos terminales de usuarios aprobados por TELCOR. 4) Otras que se especifiquen en las concesiones, licencias, autorizaciones, permisos y en los contratos respectivos. Artículo 84:” Se consideran infracciones leves: 1) La producción no intencional de interferencias perjudiciales por primera vez. 2) Cualquier otra infracción a la normativa de la presente Ley no prevista, siempre que suponga un incumplimiento de las obligaciones de los operadores o usuarios de los servicios de telecomunicaciones y en los contratos respectivos.” http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cntv/l_ni_0200_1995.html.

³⁶⁰ Ley de Telecomunicaciones de El Salvador. Decreto 0142 de 21 de noviembre de 1997. Artículo 32: “Son infracciones menos graves: a) Causar a los usuarios interferencias o intervenciones en sus comunicaciones por razones técnicas; b) No permitir a los usuarios el conectar en los puntos de terminación de la red, cualquier equipo o aparato de su propiedad u obtenido a cualquier título; c) Desconectar arbitrariamente el servicio público de telefonía prestado al usuario; d) No especificar claramente en el contrato de servicio de telefonía respectivo, los términos y condiciones bajo los cuales se prestará el servicio, especialmente en lo referente a calidad, cobertura, tarifas y continuidad del mismo; e) No incluir en el Directorio Telefónico respectivo, los datos pertinentes de más de mil usuarios, con excepción de aquellos que hayan solicitado su exclusión de éste; y, f) No informar de las tarifas cobradas por los servicios públicos de telefonía; así como no informar con anticipación de los cortes de estos servicios para efectuar tareas de mantenimiento, o del tiempo de duración estimado de los mismos”. http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cntv/d_sa_0142_1997_pr001.html

³⁶¹ *Ibidem*, Artículo 33: “Son infracciones graves: a) Cometer tres o más infracciones tipificadas como menos graves en el lapso de un mes, o doce en el lapso de un año: f) Utilizar sin la debida concesión o autorización

Como medida extrema y debido al incumplimiento consecutivo de tres o más resoluciones sancionatorias por infracciones calificadas como graves y muy graves en un lapso de cinco años, el artículo 42 consagra la posibilidad de declarar la suspensión provisional de la concesión por un plazo máximo de dos meses, previa audiencia al concesionario.

En Bolivia, la Ley de Telecomunicaciones regula en su Título VI intitulado De las Infracciones y Sanciones, artículo 26 lo siguiente:

“Sin perjuicio de las sanciones establecidas por el Código Penal, el Superintendente de Telecomunicaciones aplicará a los infractores, las sanciones de apercibimiento, secuestro o embargo de equipos y material, multas e inhabilitación temporal para ejercer las actividades de su giro por un plazo máximo de un año. La graduación de las sanciones se establecerá en el reglamento y los montos y forma de pago en los respectivos contratos de concesión. El monto proveniente de esas multas se depositará en la cuenta bancaria del Fondo Nacional de Desarrollo Regional para los propósitos establecidos en el Art. 28º de la presente ley”.³⁶²

En Guatemala la Ley de Telecomunicaciones en su Título VII, relativo a las infracciones y sanciones prevé multas por infracciones a la ley, pero no regula los mismos supuestos previstos en el artículo 188 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de Venezuela. Por otra parte, la ley establece en su artículo 81 que la aplicación de cualquier sanción económica establecida se hará sin perjuicio de deducir las responsabilidades penales y civiles que pudieran corresponder.³⁶³

las frecuencias radioeléctricas en el espectro de uso regulado u oficial; g) Causar interferencias perjudiciales en la explotación del espectro radioeléctrico; h) Utilizar el espectro radioeléctrico sin respetar las normas y condiciones técnicas establecidas en el CNAF; i) No cumplir con lo establecido en el Plan de Numeración.” Artículo 34: “Son infracciones muy graves: a) Violar el secreto de las comunicaciones mediante la interferencia o intervención intencional de la misma; d) Causar mediante la interconexión, daño o mal funcionamiento en los equipos de otro operador de telecomunicaciones, por negligencia o dolo; e) Desconectar sin causa justificada la interconexión de un operador; f) Negarse a cumplir con las resoluciones que emita la SIGET, de acuerdo a los procedimientos establecidos en esta Ley, incluyendo lo referente a las prácticas anticompetitivas”. Artículo 35: “Las infracciones menos graves y graves prescribirán a los seis meses y las infracciones muy graves prescribirán al año, si antes de vencer dichos plazos no se ha notificado al supuesto infractor la iniciación del respectivo procedimiento”...Artículo 36: “Las infracciones menos graves serán sancionadas con una multa de diez mil a cien mil colones por cada infracción, además de una multa de quinientos colones por cada día en que la infracción continúe. Artículo 37: Las infracciones graves serán sancionadas con una multa de cien mil a doscientos mil colones por cada infracción, además de una multa de dos mil colones por cada día en que la infracción continúe. Artículo 38: Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 42 de esta Ley, las infracciones muy graves serán sancionadas con una multa de cuatrocientos mil a quinientos mil colones por cada infracción, además de una multa de cinco mil colones por cada día en que la infracción a las concesiones para la explotación del espectro radioeléctrico.
http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cntv/d_sa_0142_1997_pr001.html.

³⁶² Ley de Telecomunicaciones de Bolivia. Ley 1632 del 5 de julio de 1995. Artículo 26. http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cntv/l_bo_1632_1995.html.

³⁶³ Ley General de Telecomunicaciones de Guatemala. Decreto 94-96 de 1998. “Artículo 81: “Infracciones y multas. Se establecen las infracciones y multas siguientes: 1. Multa de 1000 a 10000 UMAs por: a) Usar las bandas de frecuencias para radioaficionados en contra de lo estipulado en esta ley. b) Causar interferencias comprobadas. c) Desconectar ilegalmente a otro operador. d) No realizar el registro en cualquiera de los casos establecidos por la ley. 2. Multa de 10001 a 100000 UMAs por: a) No permitir el acceso a los recursos

La responsabilidad por las infracciones en materia de telecomunicaciones en la Ley de Telecomunicaciones de España es clasificada como responsabilidad administrativa y distingue entre infracciones muy graves, graves y leves, (artículos 51 y 52). El artículo 53 numeral regula como infracciones muy graves entre otras:

...“e) La producción deliberada de interferencias definidas como perjudiciales en esta ley, incluidas las causadas por estaciones radioeléctricas que estén instaladas o en funcionamiento a bordo de un buque, de una aeronave o de cualquier otro objeto flotante o aerotransportado que transmita emisiones desde fuera del territorio español para su posible recepción total o parcial en éste.

h) La instalación, puesta en servicio o utilización de terminales o de equipos conectados a las redes públicas de comunicaciones electrónicas que no hayan evaluado su conformidad, conforme al Título IV de esta ley, si se producen daños muy graves a aquéllas.

Infracciones Graves: h) Efectuar emisiones radioeléctricas que incumplan los límites de exposición establecidos en la normativa de desarrollo del artículo 44 de esta ley e incumplir las demás medidas de seguridad establecidas en ella, incluidas las obligaciones de señalización o vallado de las instalaciones radioeléctricas.

i) La instalación, puesta en servicio o utilización de terminales o de equipos conectados a las redes públicas de comunicaciones electrónicas que no hayan evaluado su conformidad, conforme al Título IV de esta ley, salvo que deba ser considerado como infracción muy grave”.

El artículo 55 considera como infracción leve:

...“b) La mera producción de interferencias cuando no deba ser considerada como infracción grave o muy grave”.

Para cualquiera de las infracciones cometidas se prevén multas que varían en función del supuesto y de la gravedad de la infracción; así por ejemplo el artículo 56 regula:

“ b) Por la comisión de las demás infracciones muy graves se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no

esenciales de acuerdo a esta ley. b) Utilizar las bandas de frecuencias reguladas o reservadas sin la obtención previa del derecho de usufructo o del derecho de uso, respectivamente. c) Cometer cualquiera de las infracciones establecidas en el numeral 1 reincidente o habitualmente. d) Interconectarse a una red de telecomunicaciones, sin la autorización o el consentimiento del operador de la red. e) Alterar los datos necesarios para cobrar debidamente el acceso a recursos esenciales. 3. La reincidencia en cualquiera de las infracciones establecidas en el numeral 2, será sancionada con la multa máxima establecida. La aplicación de cualquier sanción económica establecida en esta ley se hará sin perjuicio de deducir las responsabilidades penales y civiles que pudieran corresponder.” Artículo 84:”Pago. Las multas deberán pagarse dentro de un plazo de cinco (5) días contados a partir del día siguiente de la fecha en que se le notifique la resolución sancionatoria al infractor. Por cada día que el infractor deje transcurrir del plazo fijado sin pagar, deberá pagar un interés moratorio equivalente a la tasa de interés promedio ponderado para operaciones activas que rija en el mercado bancario guatemalteco. El infractor también pagará intereses moratorios de conformidad con el párrafo anterior si, habiendo impugnado la resolución y habiendo planteado la correspondiente acción ante los tribunales, estos fallan en su contra.” http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cntv/d_gu_9496_1998.html.

resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros.

Las infracciones muy graves, en función de sus circunstancias, podrán dar lugar a la inhabilitación hasta de cinco años del operador para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas”.

d) Por la comisión de infracciones leves se impondrá al infractor una multa por importe de hasta 30.000 euros. Las infracciones leves, en función de sus circunstancias, podrán llevar aparejada una amonestación privada”.³⁶⁴

Finalmente la Ley de Telecomunicaciones de Colombia no consagra un capítulo relativo a las infracciones y sanciones. Únicamente los artículos 9 y 10 refieren a este campo; el artículo 9 dispone que sanciones legales y contractuales por incumplimiento de sus obligaciones, las impondrá el Ministerio de Comunicaciones, salvo que esté asignada por ley o reglamento a otra entidad pública.

El artículo 10 prevé: “Cualquier servicio de telecomunicaciones que opere sin previa autorización del Gobierno es considerado clandestino y el Ministerio de Comunicaciones y las autoridades Militares y de Policía procederán a suspenderlo y a decomisar los equipos, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones de orden administrativo o penal a que hubiere

³⁶⁴ Ley General de Telecomunicaciones de España. Ley 32/2003 del 3 de noviembre. Artículo 56: 1. El Ministerio de Ciencia y Tecnología o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones impondrán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las siguientes sanciones: a) Por la comisión de infracciones muy graves tipificadas en los párrafos q) y r) del artículo 53 se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quintuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio o que de su aplicación resultara una cantidad inferior a la mayor de las que a continuación se indican, esta última constituirá el límite del importe de la sanción pecuniaria. A estos efectos, se considerarán las siguientes cantidades: el uno por ciento de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio en la rama de actividad afectada o, en caso de inexistencia de éstos, en el ejercicio actual: el cinco por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 20 millones de euros. b) Por la comisión de las demás infracciones muy graves se impondrá al infractor multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quintuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En caso de que no resulte posible aplicar este criterio, el límite máximo de la sanción será de dos millones de euros. Las infracciones muy graves, en función de sus circunstancias, podrán dar lugar a la inhabilitación hasta de cinco años del operador para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. c) Por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor multa por importe de hasta el duplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones que constituyan aquéllas o, en caso de que no resulte aplicable este criterio, el límite máximo de la sanción será de 500.000 euros. Las infracciones graves, en función de sus circunstancias, podrán llevar aparejada amonestación pública, con publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y en dos periódicos de difusión nacional, una vez que la resolución sancionadora tenga carácter firme. d) Por la comisión de infracciones leves se impondrá al infractor una multa por importe de hasta 30.000 euros. Las infracciones leves, en función de sus circunstancias, podrán llevar aparejada una amonestación privada. 2. En todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta, además de lo previsto en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo siguiente: a) La gravedad de las infracciones cometidas anteriormente por el sujeto al que se sanciona. b) La repercusión social de las infracciones. c) El beneficio que haya reportado al infractor el hecho objeto de la infracción. d) El daño causado”...<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/L32-03.htm>.

lugar conforme a las normas legales y reglamentarias vigentes. Los equipos decomisados serán depositados en el Ministerio de Comunicaciones, el cual les dará la aplicación y destino que fijen las normas pertinentes”.³⁶⁵

Esa legislación se complementa con el Decreto 1900, que consagra en el artículo 52:

“Constituyen infracciones específicas al ordenamiento de las telecomunicaciones las siguientes: 7. La conducta dolosa o negligente que ocasione daños, interferencias o perturbaciones en la red de telecomunicaciones del Estado en cualquiera de sus elementos o en su funcionamiento”.

Para las infracciones dolosas o negligentes que se cometan en materia de telecomunicaciones el artículo 53 prevé multas:

“La persona natural o jurídica que incurra en cualquiera de las infracciones señaladas en el artículo anterior será sancionada con multa hasta por el equivalente a un mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales, suspensión de la actividad hasta por dos meses, revocación del permiso, caducidad del contrato o cancelación de la licencia o autorización, según la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión”.

El artículo 54 regula los límites de la responsabilidad por infracciones por la que no sólo responde el autor por acción u omisión sino además el titular de la concesión o permiso o autorización.³⁶⁶

4.2 El tratamiento de la noción de culpa grave en otras leyes venezolanas

³⁶⁵ Ley de Telecomunicaciones de Colombia. Ley 72 de 1989. Artículos 9: “El Ministerio de Comunicaciones impondrá a los concesionarios de los servicios de telecomunicaciones, las sanciones legales y contractuales por incumplimiento de sus obligaciones, salvo cuando esta facultad sancionatoria esté asignada por ley o reglamento a otra entidad pública.”http://www.movimientos.org/foro_comunicacion/show_text.php3?key=14073.

³⁶⁶ Decreto 1900 del 19 de agosto de 1990 "Por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines". Artículos 52: "Infracciones. Sin perjuicio de las infracciones y sanciones previstas en otros estatutos, constituyen infracciones específicas al ordenamiento de las telecomunicaciones las siguientes: 7. La conducta dolosa o negligente que ocasione daños, interferencias o perturbaciones en la red de telecomunicaciones del Estado en cualquiera de sus elementos o en su funcionamiento." Artículo 53: "Multas. La persona natural o jurídica que incurra en cualquiera de las infracciones señaladas en el artículo anterior será sancionada con multa hasta por el equivalente a un mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales, suspensión de la actividad hasta por dos meses, revocación del permiso, caducidad del contrato o cancelación de la licencia o autorización, según la gravedad de la falta, el daño producido y la reincidencia en su comisión. Artículo 54: "Responsables". Por las infracciones que se cometan en materia de telecomunicaciones, además del autor de las mismas, responderá el titular de la concesión, permiso o autorización del respectivo servicio o actividad, por acción u omisión en relación con aquellas. Artículo 55: Procedimiento para la Imposición de Sanciones. El procedimiento aplicable para la imposición la sanción será el previsto en el Libro Primero del Código Contencioso Administrativo." http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/decretoslinea/1990/agosto/19/dec1900191990.pdf

Además de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, en el ordenamiento jurídico venezolano encontramos otras referencias a la noción de culpa grave. Quizás la más antigua, aparece en la derogada Ley de Sistema de Ahorro y Préstamo en su artículo 83 que consagraba:

“Cuando se compruebe que los actos a que se refieren los artículos 100 y 104 ocurrieren por culpa grave de funcionarios de la correspondiente entidad, la misma será sancionada con 1% de su capacidad pagada, o en el caso de las entidades que mantengan la forma de sociedad civil de sus reservas netas”.³⁶⁷

Esta la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras establece en el artículo 364 (*Negativa de suministrar información o acatar las medidas impuestas*) tal expresión:

“Cuando se compruebe que los actos a que se refieren los artículos 371 y 375 de esta Ley, ocurrieren por culpa grave de directores, administradores, apoderados, o gerentes de áreas del banco, entidad de ahorro y préstamo u otra institución financiera o casa de cambio u otro ente sometido al control de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, el ente será sancionado con multa desde el cero coma cinco por ciento (0,5%) hasta el uno por ciento (1%) de su capital pagado”.

“Cuando se compruebe que los actos a que se refieren los artículos 424 y 428 de este Decreto Ley, ocurrieren por culpa grave de directores, administradores, apoderados, o gerentes de áreas del banco, entidad de ahorro y préstamo u otra institución financiera o casa de cambio u otro ente sometido al control de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, el ente será sancionado con multa desde el cero coma cinco por ciento (0,5%) hasta el uno por ciento (1%) de su capital pagado”.

Así mismo el artículo 288 numeral 2 referente a las causales de remoción del Presidente del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria y los Directores, alude a la frase “negligencia manifiesta”:

“El perjuicio material grave causado intencionalmente o por negligencia manifiesta al patrimonio del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria o de la República”.³⁶⁸

El Código Orgánico Tributario en su artículo 29:

³⁶⁷ Ley del Sistema de Ahorro y Préstamo. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.650 Extraordinario del 25 de noviembre 1993. <http://docs.venezuela.justia.com/federales/leyes/ley-del-sistema-nacional-de-ahorro-y-prestamo.pdf>.

³⁶⁸ Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.947 Extraordinaria del 23 de diciembre de 2009. <http://www.fogade.gov.ve/leyesvzla/leybancos.pdf>. El artículo 364 contiene la misma redacción que en anterior artículo 417 del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.555 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001. http://www.mpd.gob.ve/decretos_leyes/Leyes/ley_general_de_bancos_y_otras_instituciones_financieras.pdf. Esta ley fue posteriormente modificada por y reforma parcial a la ley según Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.491, de fecha jueves 19 de agosto de 2010 en su artículo 2. <http://www.gobiernoonlinea.ve/docMgr/sharedfiles/252.pdf>.

“Son responsables solidarios los adquirentes de fondos de comercio así como los adquirentes del activo y pasivo de las empresas o entes colectivos con personalidad jurídica o sin ella. La responsabilidad en este artículo estará limitada al valor de los bienes que se adquieran, a menos que los adquirentes hubiesen actuado con dolo o culpa grave. Durante el lapso de un (1) año contado a partir de comunicada la operación a la Administración Tributaria respectiva, ésta podrá requerir el pago de las cantidades por concepto de tributos, multas y accesorios determinados, o solicitar la constitución de garantías respecto de las cantidades en proceso de fiscalización y determinación”.³⁶⁹

La ley de Comercio Marítimo en su artículo 51 también acuña esta expresión:

“Cuando se dirija una pretensión contra el capitán o los miembros de la tripulación, éstos podrán limitar su responsabilidad aún cuando el hecho que origine la acción haya sido causado por su culpa, excepto si se prueba que el daño resulta de un acto u omisión realizado con dolo o culpa grave. Cuando el Capitán o un miembro de la tripulación es al mismo tiempo propietario, copropietario, porteador, fletante, armador u operador, solamente podrá ampararse en la limitación cuando haya incurrido en culpa, como Capitán o miembro de la tripulación”.³⁷⁰

Asimilando la expresión de culpa a la connotación de la jurisprudencia venezolana de imprudencia, negligencia o impericia, encontramos en la Ley Orgánica del Trabajo en sus artículos 102 y 103 utiliza la expresión “negligencia grave”.³⁷¹

La Ley del Contrato de Seguro en su artículo 40 hace referencia a una posible deducción de la indemnización que le corresponda al tomador, asegurado o beneficiario de una póliza, en función de los grados de culpa. Por su parte el artículo 44 exonera de responsabilidad a la empresa de seguros en relación al pago de la indemnización por los siniestros ocasionados por culpa grave, o dolo del tomador o asegurado. El artículo 45 regula el pago por dolo o culpa grave de las personas de cuyos hechos debe responder el asegurado o tomador.³⁷²

³⁶⁹ Código Orgánico Tributario. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 37.305 del 17 de octubre de 2001. <http://fpantin.tripod.com/index-6.html>.

³⁷⁰ Ley de Comercio Marítimo. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.551 Extraordinario del 09 de noviembre de 2001. <http://web.laoriental.com/leyes/L039N/L039NT7Cap7.htm>.

³⁷¹ Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.152 Extraordinario del 19 de junio de 1997. Artículo 102: “Serán causas justificadas de despido los siguientes hechos del trabajador: ... d) Hecho intencional o negligencia grave que afecte a la seguridad o higiene del trabajo; e) Omisiones o imprudencias que afecten gravemente a la seguridad o higiene del trabajo”. Artículo 103: “Serán causas justificadas de retiro, los siguientes hechos del patrono, sus representantes o familiares que vivan con él: d) Injuria o falta grave al respeto y consideración debidos al trabajador o a miembros de su familia que vivan con él; e) Omisiones o imprudencias que afecten gravemente a la seguridad o higiene del trabajo”, <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/lot.html>.

³⁷² Decreto con fuerza de Ley del Contrato de Seguro. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.322 Ordinaria de fecha 12 de noviembre de 2001. Artículo 40: “El tomador, el asegurado o el beneficiario debe emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro. El incumplimiento de este deber dará derecho a la empresa de seguros a reducir la indemnización en la proporción correspondiente, teniendo en cuenta la importancia de los daños derivados del mismo y el grado de culpa del tomador, el

La Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro hace mención a esa noción en su artículo 39:

“Los miembros de los Consejos de Administración o de Vigilancia en el ejercicio de sus funciones, son solidariamente responsables del daño patrimonial causado a la asociación por actuaciones u omisiones que deriven de una conducta dolosa o culpa grave sin perjuicio de las acciones legales a que hubiere lugar. Se exceptúan de esta responsabilidad aquellos miembros que dejen constancia expresa en acta de su voto negativo”.³⁷³

La ley de la Actividad Aseguradora en su artículo 98 relativo a la responsabilidad solidaria establece que:

“Los accionistas de las empresas de seguros y de reaseguros, las sociedades de corretaje de seguros y de reaseguros y las financiadoras de primas, serán solidariamente responsables con su patrimonio por el total de las obligaciones de esas empresas, en proporción a su participación en el capital accionario y en los términos establecidos en la presente Ley, en materia de responsabilidad de los accionistas y directores o directoras.

Los integrantes de la junta directiva de estas empresas serán responsables cuando por dolo o por culpa grave transgredan disposiciones legales ocasionando daños a terceros”.³⁷⁴

Escapa al objeto de esta investigación realizar un análisis exhaustivo de la inclusión de la noción de culpa grave en el marco jurídico venezolano. Sin embargo, es de interés hacer esta referencia, pues permite evidenciar que las leyes que hacen mención a esta frase, establecen la responsabilidad del agente y sus correspondientes sanciones dentro del campo del Derecho Administrativo y no en el campo del Derecho Penal, lo cual marca una profunda diferencia respecto del tratamiento que recibe en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Observamos que el término culpa grave (a excepción de la referencia del año 1993) fue acuñado de manera reiterada en otras leyes, cuya

asegurado o el beneficiario” Si este incumplimiento se produjera con la manifiesta intención de perjudicar o engañar a la empresa de seguros, ésta quedará liberada de toda prestación derivada del siniestro”... Artículo 44: “La empresa de seguros no estará obligada al pago de la indemnización por los siniestros ocasionados por culpa grave, salvo pacto en contrario, o dolo del tomador, del asegurado o del beneficiario, pero sí de los ocasionados en cumplimiento de deberes legales de socorro o en tutela de intereses comunes con la empresa de seguros en lo que respecta a la póliza de seguro”. Artículo 45: “La empresa de seguros deberá pagar la indemnización cuando los siniestros hayan sido ocasionados por dolo o culpa grave de las personas de cuyos hechos debe responder el tomador, el asegurado o el beneficiario, de conformidad con lo previsto en la póliza”.
http://www.mpd.gob.ve/decretos_leyes/decre_leyes.htm.

³⁷³ Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.286 del 04 de octubre de 2005.
<http://www.capaupelib.net/Documentos/Blegales/leycajasdeahorro.pdf>

³⁷⁴ La ley de la Actividad Aseguradora. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.990 Extraordinario del 29 de julio de 2010.
http://www.noticierolegal.com/index.php?option=com_content&view=article&id=3162:publicada-en-gaceta-oficial-la-ley-de-la-actividad-aseguradora&catid=42:asamblea-nacional&Itemid=41.

promulgación fue posterior al año 2000, fecha en la que se promulgó la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, pero con una directriz distinta porque las sanciones reguladas para la comisión de conductas culposas o imprudentes aún catalogadas de graves en esas leyes, limitan la responsabilidad del agente en el ámbito pecuniario, mediante la imposición de multas y en algunos casos aparejan la exoneración de responsabilidad.

Si adminiculamos estas premisas con el análisis de Derecho Comparado realizado sobre las leyes de ese sector, resulta importante conocer qué antecedentes legislativos existieron antes de la promulgación de la ley para llevar al legislador a incluir este concepto y concederle un tratamiento distinto al regulado en la Ley de Telecomunicaciones de 1940, y en otras leyes que integran el marco legal venezolano.

4.3 Proceso de elaboración de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones

Para abordar el proceso de elaboración de la citada ley, y los antecedentes de inclusión de la noción de culpa grave, realizamos un arqueo de fuentes a fin de conocer las iniciativas legislativas que fueron propuestas para el sector de las telecomunicaciones.

Ese proceso se documentó con los diversos proyectos promovidos por ente regulador del sector Consejo Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), antes de la promulgación de la ley del 2000, y se complementó con la información contenida en el Diario de Debates frente a las discusiones realizadas por los parlamentarios al último proyecto de Ley Orgánica de Telecomunicaciones aprobado por la Asamblea Nacional.

Como ya mencionamos en el capítulo I, el 17 de mayo de 1991, fue aprobado en primera discusión el proyecto normativo denominado Proyecto Marco Legal Regulatorio e Institucional, dirigido por el abogado

José Araujo Juárez,³⁷⁵ pero no prosperó por visiones contrapuestas al convencimiento de que la privatización de la empresa CANTV podía lograrse con el marco legal existente.

Consta en la Biblioteca de CONATEL, un expediente que compila diversos proyectos y versiones de ley de telecomunicaciones:

- Un primer proyecto titulado “Anteproyecto de Ley de Telecomunicaciones” de fecha 09 de febrero de 1998, (con la participación del Dr. Natan Zaidman) que constaba con un total de 78 artículos. Las sanciones penales estaban previstas de los artículos 66 al 73. En ellos no figuraba el delito culposos previsto en el artículo 188 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.
- Luego consta un segundo proyecto con un total de 85 artículos. Éste consagraba una única sanción penal en su artículo 71: ...“Personas que intencionalmente destruyan o dañen intencionalmente sistemas aparatos o equipos será castigado con prisión de 3 a 12 meses”.
- Le sigue en orden correlativo, un tercer papel de trabajo denominado Reforma Ley versión Queijeiro, de fecha 03 de marzo de 1999, que contiene un total de 63 artículos. El Capítulo II consagra las sanciones penales en los artículos 55 al 59 en la que se incluye por primera vez este tipo de delitos y la noción de culpa grave (sin ninguna justificación).
- Consta en el expediente una serie de versiones y observaciones al articulado del proyecto efectuado por el Abogado Martínez. En ellos se amplía el número de artículos y se cambia el orden, pero no se plantean observaciones respecto a las sanciones penales. La norma relativa a las sanciones penales establecía “para la imposición de las sanciones penales tipificadas en esta ley conocerán los órganos jurisdiccionales competentes en materia penal”. La observación formulada sugiere complementar la frase de

³⁷⁵ J. Araujo S.: *Derecho de las Telecomunicaciones*..... op. cit., pp. 263-286.

la siguiente manera: “conforme a lo dispuesto en el Código Penal y el Código Orgánico Procesal Penal”.

- Constan cuatro versiones adicionales a las referidas, que únicamente reflejan modificaciones a la numeración del articulado relativo a las sanciones penales.

En el diario de debates de la Asamblea Nacional no se evidencian observaciones formuladas por los parlamentarios a las sanciones penales previstas en el proyecto de Ley de Reforma Parcial de Telecomunicaciones, para las dos discusiones celebradas durante el primer trimestre del año 2000 y a finales del mes de mayo, respectivamente.

La información recabada permite constatar por una parte, que no existe ningún desarrollo doctrinario o análisis de Derecho Comparado que sugiera la inclusión de esta noción y de las sanciones penales; y por el otro, que todas las iniciativas legislativas promovidas para el sector telecomunicaciones contrastan, con las etapas de elaboración pre legislativa, legislativa y post legislativa que una ley debe considerar.

En la etapa pre legislativa, el legislador debe apuntar sus esfuerzos a dotar a las normas de legitimidad normativa y de legitimidad empírica. Esos dos niveles de legitimidad se alcanzan: a) Seleccionando un sistema de valores (y priorizarlo), que servirá de base para la justificación de la corrección normativa, y b) atendiendo a la construcción de una voluntad política común que permita definir la función de la ley (ello dependerá de la capacidad negociadora de los legisladores, concesiones racionales recíprocas, publicidad etc).³⁷⁶

En esta etapa con base a la información recabada, el legislador consideró como valores sociales que la ley intentaba alcanzar los siguientes:

- a) Establecer una legislación que ofrezca seguridad jurídica que defina responsabilidades y funciones del sector público y privado.

³⁷⁶ Julia Barragán: *Como se hacen las leyes*. Caracas. Editorial Planeta Venezolana, S.A., 1994, pp. 133-146.

- b) Adecuar la legislación al desarrollo tecnológico habido en el sector en los últimos 60 años así como a los principios recogidos en la Constitución aprobada en el año 1999.
- c) Ponerle un coto a dispersión e imprecisión normativa que ha evitado el desarrollo de los servicios y la prestación de otros nuevos.
- d) Actualizar el régimen sancionatorio.

Sin embargo, ese sistema de valores seleccionado por el legislador no produjo un acuerdo acerca de la función que se perseguía con la ley, dotándola de una importante base de sustentación política, porque a juicio de personalidades del sector, la misma no contó con los procesos de consulta y negociación adecuados, por lo que el proyecto de ley desde sus inicios fue objeto de fuertes críticas.

Así por ejemplo, por lo que respecta al régimen sancionatorio, éste fue un tema muy debatido y polémico ya que la ley reservaba sanciones administrativas leves a los concesionarios, pero creaba pesadas y hasta grotescas sanciones penales para el personal local.

En este sentido se expresa el Sr. Antonio Pascuali en su intervención en el Evento Visionarios 98:

“Una observación final que pareciera de detalle y no lo es: el capítulo “Sanciones” del actual anteproyecto es un bodrio, por no llamarlo otra cosa: prevé meras sanciones administrativas para el concesionario que viole la ley, y pesadísimas sanciones penales para subalternos felones: mil unidades tributarias de multa al concesionario que impida inspecciones a equipos y contabilidad, pero hasta cuatro años de cárcel (¡y de cárcel venezolana!) al empleadito que altere los códigos de un celular. Eso huele a neo-colonismo estilo AMI de la OCDE, y con un poco de mal humor, incluso a discriminación clasista, con el perdón de quien le duela. La nueva ley habrá de revisar a fondo este aspecto”.³⁷⁷

Una segunda etapa, la legislativa, tiene que ver con la elaboración formal de la ley, dotándola de normas de corrección formal y lingüística, tanto en su estructura normativa como lógica, a fin de evitar que los jueces tengan

³⁷⁷ Intervención de Pascuali, Antonio, ante la mesa del Tema 3.: “Entorno Regulatorio”, del Evento Visionarios '98 organizado por la Red Académica de Centros de Investigación y Universidades Nacionales (REACCIUN) y el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICIT); en el Hotel Caracas Hilton, 23 de abril de 1998.

que suplir al momento de su aplicación las diferencias relativas al proceso de producción tales como ambigüedades o vaguedades, que generan no sólo graves problemas de interpretación y sobrecargan la labor del intérprete, sino que, podrían servir de base a falacias que permiten llegar a conclusiones cuya validez es sólo aparente.³⁷⁸

Finalmente, la etapa post legislativa que representa la culminación del recorrido de elaboración de las leyes, se relaciona con el seguimiento y control de la norma. Se analiza la congruencia de la norma con el sistema previo y el nivel de eficacia práctica de ésta, lo cual servirá de base no sólo para nuevas reformas sino también para eventuales correcciones.³⁷⁹

Con base a las anteriores premisas concluimos que:

- I. En la etapa prelegislativa el legislador no logró construir una voluntad unitaria que expresara claramente lo que se aspiraba de la ley, debido a que se definieron sus valores sociales pero la voluntad política común estuvo ausente desde sus inicios. Así lo sugiere no sólo el tiempo que tomó aprobar una nueva ley, sino el destino del proyecto de ley de 1991, que no fue considerado para segunda discusión, y el contundente rechazo por parte de diversos sectores de la sociedad del proyecto de ley propuesto en 1999.
- II. Por lo que respecta a la etapa legislativa el legislador no alcanzó el fin de esta etapa. La aplicación de la norma prevista en el artículo 188 remite necesariamente para su interpretación a conceptos técnicos definidos en otras leyes y tratados internacionales de los cuales Venezuela es parte, (por ejemplo: el concepto de equipos terminales), así como a desarrollos doctrinarios (la legislación penal venezolana no define la culpa) que definen no solo qué es la culpa sino que regula los grados de ésta, lo cual no facilita la tarea del intérprete.
- III. El seguimiento y evaluación constante de la ley en la etapa post legislativa no fue abordada por el legislador. Evidencia de ello lo

³⁷⁸ J. Barragán.: *Cómo se hacen las leyes ...* op. cit., pp. 178-183.

³⁷⁹ *Ididem.* pp.222-235.

encontramos no sólo en el poco nivel de aceptación que tuvo la ley en su momento, sino en el bajo nivel de eficacia práctica de las sanciones penales previstas, que se refleja en el análisis jurisprudencial realizado (Tan sólo una sentencia condenatoria en aplicación del artículo 188 de un universo de 56 sentencias).

Capítulo V: Análisis de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

5.1 Efectividad de la norma de culpa grave contenida en el artículo 188 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones

A primera vista, el concepto “Ley”, puede resultar sencillo, pero cuando al analizarlo a profundidad se hace evidente que cuando se crea y se sanciona una ley, el legislador está haciendo mucho más que redactar un documento lingüístico que logra su validez a partir de un acto formal; él está dotando a la sociedad de una herramienta fundamental para su convivencia, para la resolución de sus conflictos y para la construcción del tejido colectivo. En tal sentido es muy importante que dicha herramienta, además de poseer la validez formal desde el punto de vista normativo, posea también la eficacia empírica necesaria para cumplir con las funciones que tiene atribuidas”.³⁸⁰

Con relación a este aspecto, consideramos como falso supuesto la fundamentación establecida en exposición de motivos como justificante para el desarrollo de sanciones penales en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones ... “Ejemplo claro de la inadecuación de la ley de 1940 a la actualidad lo constituye el régimen sancionatorio ... se prevé que las violaciones graves a las disposiciones de la presente ley ... que no estén penados especialmente, se castigarán con la suspensión temporal o definitiva de los permisos concedidos. Las demás infracciones se penarán con multas de 50 a 4.000 bolívares o arresto proporcional según la gravedad de la falta”.³⁸¹

La adecuación de la ley a los cambios tecnológicos desarrollados desde la promulgación de la Ley de Telecomunicaciones de 1940, así como la actualización de las sanciones penales, no requiere de la tipificación de normas francamente punitivas antes que preventivas u orientadoras; lo cual se contradice con los principios rectores recogidos en la Constitución

³⁸⁰ J. Barragán: *Cómo se hacen las leyes...op., cit.* p 13.

³⁸¹ Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Gaceta Oficial N° 36.970 del 12 de junio de 2000. Exposición de Motivos.

de la República Bolivariana de Venezuela y en el Código Orgánico Procesal Penal, así como de la función simbólica del Derecho Penal y los efectos de la pena.

Si a ello le agregamos, que:

- 1) El Código Penal venezolano no dispone de una norma específica que defina la culpa, señale sus elementos y clasificación., -tan sólo una referencia prevista en el artículo 61..."excepto cuando la ley se le atribuye como consecuencia de su acción y omisión", y en otras disposiciones que describen hipótesis de delitos culposos haciéndose alusión a las formas de la imprudencia, negligencia, impericia, inobservancia de reglamentos, ordenes, e instrucciones.
- 2) No se distingue entre la gravedad del deber de cuidado y el grado de culpabilidad.
- 3) La calificación de la gravedad de la imprudencia prevista en el artículo 188 de la ley queda al prudente arbitrio del juez (basados en postulados doctrinales y tendencias jurisprudenciales reiteradas).
- 4) La jurisprudencia patria evidencia un bajo nivel de sentencias mediante las cuales se procese este tipo de delito culposos

Podemos inferir que la sanción de delitos culposos (con culpa grave) en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones no aporta nada nuevo a la regulación administrativa ya existente, salvo la amenaza de la pena privativa de libertad que puede imponerse, en este caso, pena de prisión de cuatro a doce meses.

La amenaza de la pena privativa de libertad sería un ejemplo del Derecho Penal simbólico, pues en la práctica forense de los Tribunales, observamos (a través del número de sentencias analizadas) que su aplicación judicial es escasa, lo que constituye un claro ejemplo de ineficacia de la norma penal y de la utilización de la misma con fines exclusivamente simbólicos.

En relación a esta finalidad simbólica se expresa Diego Manuel Luzón:

“A mi juicio debe rechazarse en efecto la utilización de las normas penales con finalidad exclusivamente simbólica porque a la larga será ineficaz, e incluso contraproducente, para la función protectora de bienes jurídicos a través de la prevención general de delitos (en su faceta de intimidación general, pero también en la de reafirmación del Derecho y confianza de los ciudadanos en el mismo, que presupone la efectiva aplicación de éste); y igualmente será ineficaz y contraproducente desde la perspectiva de la retribución”.³⁸²

La inclusión de estas conductas como delito en la citada ley se justificó quizás por las modificaciones operadas en el orden económico y social, pero se opondría a los principios de última ratio e intervención mínima, que inspiraron los principios rectores de nuestra Carta Magna y Código Orgánico Procesal Penal. Por ello consideramos su regulación como una extralimitación del Derecho Penal, que sólo cumple con la función instrumental de protección de bienes jurídicos; por lo que deberían sancionarse exclusivamente en el Derecho sancionador administrativo, el cual persigue la ordenación de la actividad de determinados sectores de la vida social, que se manifiesta en diferentes ámbitos y que afectan a la organización administrativa estatal.

Así, Diego Manuel Luzón plantea:

“Cuando por las circunstancias concurrentes en una materia objeto de regulación sea previsible que las sanciones penales, van a ser inaplicadas o totalmente ineficaces, es preferible, también a efectos simbólicos, la regulación extrapenal de la misma estableciendo con claridad lo prohibido, lo permitido y previendo, cuando sea posible, otras sanciones o consecuencias extrapenales con posibilidades reales de aplicación”.³⁸³

³⁸² Diego-Manuel Luzón Peña.: “*Función Simbólica del derecho Penal y delitos relativos a la manipulación genética*”. Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología”. Congreso Internacional Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000. Diego-Manuel Luzón Peña. UNED. 1ra ed. Madrid. 2001, especialmente p. 134.

³⁸³ *Ibidem*, p. 134.

Reafirmando esta posición se expresa Claus Roxin quien propone: ...”la pena privativa de libertad de hasta dos años hay que sustituirla por penas pecuniarias por carecer de referente empírico externo y porque de admitirse como válida y comprobada la tesis de que las penas privativas de libertad destruyen la personalidad por el síndrome de la prisionalización y de la despersonalización, o que produce la pérdida de identidad en el penado, implica admitir que no podría aplicársele a nadie por período alguno, so pena de afectar los derechos humanos”.³⁸⁴

De cara al futuro, y a fin de corregir esas deficiencias legislativas e ineficacia de normas, resulta necesario definir los criterios político - criminales para la protección de los bienes jurídicos e intereses de contenido económico, donde los estudios de Derecho comparado resultan de vital importancia para su consecución.

Así mismo, el Derecho Penal como ciencia y ordenamiento sancionador de la conducta de los hombres debe revisarse permanentemente para asegurar la vigencia de sus principios y la eficacia social de su observancia y aplicación.

5.2 Carácter restrictivo/punitivo de la ley para la expansión del sector telecomunicaciones (sin incentivos)

Uno de los principales debates dogmáticos y político-criminales en todos los países versa sobre a la introducción de nuevos tipos penales en sus legislaciones; lo que la doctrina ha denominado "la expansión del Derecho Penal", que ha originado la creación de nuevos bienes jurídico-penales, la ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de los principios político-criminales de garantía.

³⁸⁴ Javier Villa Stein: “Las penas privativas de libertad de corta duración. Fundamento empírico de su justificación”. *Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. Congreso Internacional Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000. Javier Villa Stein. UNED. 1ra ed. Madrid. 2001, especialmente p. 201.

Sin embargo, paralelamente a este debate, se reconoce a nivel mundial los efectos positivos que el acceso generalizado de las telecomunicaciones y de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) generan para el desarrollo económico, social, cultural mundial y para la creación de la sociedad de la información mundial; a la vez que ofrecen importantes oportunidades para mejorar la prestación de servicios públicos y gubernamentales, como la sanidad y la educación.³⁸⁵

De igual manera se recoge en la declaración de Hyderabad que:

...“los legisladores y reguladores seguirán fomentando el acceso asequible y generalizado a las telecomunicaciones/TIC dentro de entornos reglamentarios y jurídicos propicios, justos, transparentes, estables, predecibles y no discriminatorios que promuevan la competencia y fomenten la constante innovación de la tecnología y los servicios e incentiven la inversión”...³⁸⁶

En relación con lo expuesto en apartados anteriores, un importante número de países y corrientes doctrinales han manifestado inquietud por el resultado perjudicial que pueden tener las sanciones que pretenden regular algunos sectores trascendentales de la sociedad, como por ejemplo las telecomunicaciones.

En este sentido, se hace imperante delimitar dentro de los múltiples riesgos aparejados a esa nueva sociedad emergente, los límites y los niveles sancionatorios en que debe participar el Derecho Penal, especialmente en el ámbito de los delitos culposos o imprudentes.

La protección de bienes jurídicos a través del delito imprudente, forma parte de una interesante polémica suscitada entre aquellos que postulan un Derecho Penal mínimo, y aquellos que, por el contrario, manifiestan que el Derecho Penal debe proteger nuevos bienes jurídicos, o bien nuevos ataques a bienes jurídicos penales ya existentes.

Creemos que la crítica a la expansión del Derecho Penal para ese tipo de delitos, debe dirigirse especialmente a las actuales técnicas de tipificación

³⁸⁵ Conferencia Mundial de Desarrollo de las Telecomunicaciones (CDMT-10). Hyderabad, India 24 de mayo-4 de junio de 2010. www-iut.int.

³⁸⁶ *Ibidem*,

contra nuevas formas de criminalidad, como por ejemplo en el campo de las telecomunicaciones, el crimen organizado, manipulación genética etc; que han criminalizado conductas que, desde el concepto material del delito y la ratio legis de los diferentes delitos, así como de las tendencias que se oponen al empleo simbólico del Derecho Penal, deberían quedar al margen del poder punitivo del Estado.

Los procesos de los gobiernos no son siempre capaces de caminar al mismo paso que los cambios tecnológicos, por lo que los riesgos regulatorios son de naturaleza variada. Si no se realiza un análisis objetivo y completo de la situación, se puede incurrir en regulaciones perjudiciales, que se oponen a alentar la inversión privada, tanto nacional como internacional y al desarrollo, a limitar la expansión y el fortalecimiento del sector, así como la explotación de nuevos servicios.

Por esas razones, consideramos que dicha regulación es perjudicial para el sector por las siguientes razones:

- a. Este tipo de normas limitan el desarrollo del sector. Ya los gobiernos no están en condiciones de financiar la tremenda inversión requerida para la expansión de la infraestructura de la red de telecomunicaciones y este tipo de normas desalientan las posibles inversiones.
- b. Porque constituye un claro ejemplo de la extralimitación del Derecho Penal. A través de esta norma se castigan conductas que, conforme con los principios de subsidiaridad, ultima ratio y de intervención mínima, deberían sancionarse exclusivamente en el Derecho sancionador administrativo.

Por estas razones, consideramos que con los instrumentos que proporcionan las normas administrativas y la dureza de sus sanciones serían suficientes para mantener la disciplina del mercado, respecto de este tipo de conductas culposas o imprudentes que pudieran generarse en este sector.

De igual manera, abogamos por la revisión y modernización del Derecho punitivo condensado y expresado en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones para asegurar la correspondencia de sus normas con la realidad al desarrollo del sector y con las circunstancias sociales que lo nutren y a las que regula.

Ahora bien, esta tarea supone, entre otras acciones, revisar la validez de los motivos por los cuales se imponen las sanciones; determinar la debida elección de los destinatarios de las sanciones; determinar si se deben aplicar las sanciones contra los objetos o contra bienes pertinentes; y sobre todo, determinar si son eficaces las sanciones previstas.

Un factor crucial para desarrollo del sector de las telecomunicaciones es establecer un mercado competitivo, lo que a su vez se convierte en un gran desafío para un ente regulador. Las sociedades requieren de un sistema de redes de amplia cobertura y capacidad para atender los requerimientos del aparato productivo, el sistema educativo, la defensa nacional, la seguridad ciudadana y las complejas necesidades de los consumidores. Para alcanzar esta transformación se requiere visión, procedimientos imparciales y abiertos, decisiones basadas en principios, pero sobre todo de una profunda reflexión sobre la conveniencia de ciertas reformas legales que podrían generar mayor consenso social y jurídico y facilitar la aplicación de esas normas.

CONCLUSIONES

1. En la dogmática, por amplio consenso, se le atribuye a los romanos la creación de la doctrina de la culpa aplicada al campo del Derecho civil, así como su clasificación en grados, dividiéndola en culpa lata, leve, y levísima.
2. No existe una posición pacífica en la doctrina, respecto del desarrollo de la noción de culpa en el campo penal, sosteniéndose diversas tesis: unas que reconocen en Roma la noción de culpa en el homicidio, otras postulan la falta de certeza sobre si existió la concepción de delito sin culpa, y las más radicales sostienen que el Derecho Romano no valuó la culpa en el Derecho penal.
3. Diversos autores que van desde Jiménez de Asúa hasta Roxin sostienen que la escala diferenciada de grados en la culpa tomada del Derecho Civil, es poco fructífero e irrelevante para el Derecho Penal, porque es imposible hallar una línea divisoria entre la culpa grave y leve, ya que sus límites son tenues y acentuadamente acusados.
4. La legislación penal venezolana no cuenta con una definición de culpa, menos aún con una definición de culpa grave. La única referencia a la noción de culpa se deduce de la norma contenida en el Código Penal, en el artículo 61, el cual establece una excepción a la regla general de responsabilidad a título de dolo, cuando se da la intención del hecho, al decirse: *"excepto cuando la ley se le atribuye como consecuencia de su acción y omisión."*
5. El término culpa grave fue acuñado de manera reiterada en algunas leyes venezolanas a partir del año 2000, pero con un tratamiento distinto al que concede la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. En esas leyes, las conductas culposas, incluso las graves, limitan la responsabilidad del agente al ámbito pecuniario, y en algunos casos aparejan la exoneración de responsabilidad. En la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, las conductas culposas acarrearán incluso pena privativa de libertad.

6. En la jurisprudencia venezolana la calificación de la gravedad de la imprudencia, y el quantum de la pena queda al prudente arbitrio del juez, quien no está sometido a ningún baremo.
7. En la jurisprudencia patria la sanción de los delitos culposos o imprudentes es tratado como un problema de culpabilidad; éstos se producen por la inobservancia del cuidado debido, y éste forma parte de la culpa.
8. En gran parte de la doctrina ocurre lo contrario. Se ha extendido de manera unánime que en los delitos imprudentes o culposos la infracción al deber de cuidado se incorpora al tipo, abandonándose su tratamiento como un problema de culpabilidad, que contemplaba la imprudencia como una forma menos grave de culpabilidad respecto de los hechos cometidos con dolo.
9. En las sentencias analizadas no se evidencia la distinción entre la gravedad de la imprudencia (como gravedad del injusto) y la gravedad de la culpabilidad en sentido estricto.
10. Nuestra jurisprudencia patria refleja un muy bajo nivel de sentencias en las cuales se procesa el tipo de delitos culposos previstos en el Artículo 188 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.
11. El precepto contenido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones pareciera atender más al resultado que a la intensidad intrínseca de la culpa.
12. En el Derecho Comparado las legislaciones que regulan el sector de las telecomunicaciones no prevén la aplicación de sanciones penales por la comisión de conductas culposas o imprudentes, más aún muchas de ellas ni siquiera consagran sanciones penales sino sólo sanciones administrativas.
13. La norma contenida en el artículo 188 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones constituye un claro ejemplo de la extralimitación del Derecho Penal, porque se castigan conductas que, conforme con los principios de subsidiaridad, ultima ratio y de

intervención mínima, deberían sancionarse exclusivamente en el Derecho sancionador administrativo.

14. Los riesgos regulatorios son de naturaleza variada, por lo que es imprescindible una revisión y modernización del derecho punitivo a fin de evitar regulaciones perjudiciales para el sector de las telecomunicaciones, que se oponen a alentar a la inversión privada, tanto nacional como internacional y al desarrollo y explotación de nuevos servicios.

BIBLIOGRAFÍA

1. Agudelo Betancur, Nodier. Curso de Derecho Penal (Esquemas del Delito). Santafé de Bogotá. Colombia. Linotipia Bolívar y Cía. 1992.
2. Araujo Juárez, José. Derecho de las Telecomunicaciones. Caracas. Ediciones Fudena. 1997.
3. Arguello, Luis Rodolfo. Manual de Derecho Romano. Buenos Aires. Editorial Astrea. 1976
4. Arias Ramos, J- Arias Bonet, J.A. Derecho Romano. Tomo II. 17ª edición. Editorial. Revista de Derecho Privado. Editoriales de Derecho reunidas. Madrid. 1984.
5. Bacigalupo, Enrique. Principios de Derecho Penal. 4ta edición. Madrid. 1997.
6. Bacigalupo Zapater, Enrique. Derecho penal. Parte general. Presentación y anotaciones de Percy García Caverro. ARA Editores E.I.R.L. Lima. 2004.
7. Bacigalupo, Enrique. Lineamientos de la teoría del delito. 3ª edición. Buenos Aires. Hammurabi-José Luis Depalma editor. 1994.
8. Bacigalupo, Enrique. Derecho penal, parte general. Ediciones Hamurabi, 2da edición. Buenos Aires. 1999.
9. Barragán, Julia. ¿Cómo se hacen las leyes?. Editorial Planeta Venezolana S.A. Caracas. 1994.
10. Boffi Boggero, Luis María. Tratado de las obligaciones. Tomo II. Editorial. Astrea. Buenos Aires. 1981.
11. Bustos Ramírez, Juan. El delito culposo. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1995.
12. Bustos Ramírez, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte General 4ta edición. corregida y puesta al día por H. Hormazábal. Ariel. Barcelona. 1994.
13. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. Décimo Primera edición. México. Editorial Porrúa S.A. 1977.

14. Castresana Herrero, Amelia. Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca. 2001.
15. Cazeaux-Trigo Represas: Derecho de las obligaciones. LaPlata. Editora Platense. 1994.
16. Cerezo Mir, José. Curso de Derecho Penal Español, Tomo II. Madrid. Tecnos. 2000.
17. Cerezo Mir, José. Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Teoría jurídica del delito. 6ta edición. Madrid. Tecnos. 1998.
18. Cobo del Rosal Manuel y Vives Antón Tomás. Derecho Penal. Parte General. Editorial Tirant Lo Blanch. 5ta edición. Valencia. 1999.
19. Choclán Montalvo, José Antonio. Deber de cuidado y delito imprudente. 1ra edición. Barcelona. Bosch. 1998.
20. Comentarios a la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Andersen legal. Caracas. 2001.
21. Corcoy Bidasolo, Mirentxu. El delito imprudente. 2da. Edición actualizada. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina. 2008.
22. Cury Urzua, Enrique. Tentativa y delito frustrado, Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1977.
23. Díez Picazo-Antonio Gullón. Sistema de Derecho Civil. Vol II. Madrid. Tecnos. 2001.
24. Espitia Garzón, Fabio. Historia del Derecho Romano. Responsabilidad por el incumplimiento. Segunda Edición. Universidad Externado de Colombia. 2006.
25. Fernández Carrasquilla, Juan. Derecho Penal Fundamental. Vol. I, 2a edición. Santafé de Bogotá, Colombia. Editorial Temis S.A., 1993.
26. Ferrandiz Gabrie, Ramón. Prólogo a Derecho de Daños. Editorial. Bosch. Barcelona. 1999.
27. Francés, Antonio. Aló Venezuela. Apertura y Privatización de las Telecomunicaciones. Caracas. Ediciones IESA. 1994.

28. Frisch, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado, (traducción. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo). Marcial Pons. Madrid- Barcelona. 2004.
29. Graf Zu Dohna, Alexander. La Estructura de la teoría del delito (traducción de la 4ta. edición. alemana por Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1958.
30. Gimbernat Ordeig, Enrique. Introducción a la Parte General del Derecho Penal español. Madrid, 1979.
31. Gimbernat Ordeig, Enrique. La culpabilidad como criterio regulador de la pena en Revista de Ciencias Penales de Chile (CPCH), 32. Tercera Epoca. Santiago de Chile. 1973.
32. Goldschmidt, James. La concepción normativa de la culpabilidad (traducción de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Nuñez. Buenos Aires. Depalma. 1943.
33. Iglesias, Juan. Derecho Romano. Ediciones Ariel. Barcelona. 1972.
34. Iturraspe, Mosset. Seguros y responsabilidad civil, Responsabilidad civil del médico. Astrea. Buenos Aires. 1979.
35. Jakobs, Günther. La imputación objetiva en el Derecho Penal. (traducción Manuel Cancio Meliá). Universidad Externado de Colombia. Santafé de Bogotá. 1994.
36. Jakobs, Günther. Derecho Penal parte general fundamentos y teoría de la imputación (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo). 2da edición. Marcial Pons. Madrid. 1997.
37. Jakobs, Günther Jakobs y Cancio Meliá, Manuel. El sistema funcionalista del Derecho Penal. 1ra edición. Lima. Editorial Grijley. 2000.
38. Jakobs, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Lima. Palestra. 2000.
39. Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel. El sistema funcionalista del Derecho Penal. 1ra edición. Lima Editorial Grijley. 2000.
40. Jakobs, Günther. Injerencia y dominio del hecho (traducción Manuel Cancio Meliá) Marcial Pons. 2001.

41. Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. traducción Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. Vol II. Bosch. Barcelona. 1981.
42. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Brasil. Losada. 1992.
43. Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal: La ley y el Delito. Abeledo-Perrot. Editorial Sudamericana S.A. Buenos Aires. Argentina. 1958.
44. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. 2da. edición. Buenos Aires. Losada. 1963.
45. Kaufman, Armin. Teoría de las normas (fundamentos de la dogmática penal moderna) Buenos Aires. Depalma. 1977.
46. Kauffman, Armin. ¿Atribución objetiva en el delito doloso? (traducción de Joaquín Cuello Contreras). Madrid. Anuario de Derecho Penal. Depalma. 1985. Kaufmann, Armin. Teoría de las normas (fundamentos de la dogmática penal moderna) Buenos Aires. 1977.
47. Maurach, Reinhart: Derecho Penal. Parte General, actualizada por GÖSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz, Tomo 2, traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Boffil Genzsch, Editorial Astrea. Buenos Aires. 1995.
48. Mir Puig, Santiago. Adiciones de Derecho español al Tratado de Derecho Penal de Jescheck, H. H., Vol II. 3ra edición alemana. 1978.
49. Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. 5ta edición. Barcelona. Editorial Tecfoto 1998.
50. Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 8va edición, Editorial IBdeF. Julio César Faira Editor. Buenos Aires. 2009.
51. Mir Puig, Santiago. Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. Bosch. Barcelona. 1979.
52. Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) Facultad de Derecho. 2001.

53. Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. IV Edición. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000.
54. Muñoz Conde, Francisco. El principio de culpabilidad en III Jornadas de Profesores de Derecho Penal. Santiago de Compostela. Universidad Santiago de Compostela. 1975.
55. Niel Puig, Luis. Culpa- culpa grave, en "Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield". Edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba. 2000.
56. Nicolau, Noemí Lidia. Panorama de la responsabilidad civil en el derecho occidental: retrospectiva y tendencias, en "La responsabilidad. Homenaje al Prof. Dr. Isidoro Goldenberg".
57. Pavón Vasconcelos, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. S/ed. México. 1991.
58. Peña López, Francisco. La Culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual. Editorial. Comares. Granada. 2002.
59. Quintano Ripolles, Antonio. La Culpa en Derecho Penal. Barcelona. España. 1958.
60. Reyes Echandia, Alfonso. Formas de Culpabilidad. Derecho Penal, Parte General. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 1979.
61. Rodríguez Devesa, José María. Derecho Penal Español. Parte General. 8va edición. Imprenta Artes Gráficas. Carasa. Madrid 1981.
62. Roxin, Claus. Derecho Penal. Parte General (traducción de la 2da edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal) Tomo I. Madrid, Editorial Civitas S.A. Madrid. 1997.
63. Roxin, Claus. Culpabilidad y prevención en Derecho Penal. Editorial Reus S.A. 1981.
64. Roxin, Claus. La imputación al tipo objetivo. Estudios de Derecho penal. 1ra edición. Editorial Jurídica Bolivariana. 2002.

65. Roxin, Claus. La evolución de la política criminal, el Derecho y el proceso penal. (traducción Gómez Rivero y García Cantizano. Valencia. 2000.
66. Roxin, Claus. ¿Qué queda de la culpabilidad en el Derecho Penal?" (traducción de Jesús María Silva Sánchez). Cuadernos de Política Criminal (CPC) N° 30 (1986). Madrid. 1986.
67. Salerno, Marcelo. Culpa y sanción en Derecho de Daños. Segunda parte. Homenaje a Félix Trigo Represas. Editorial La Rocca.
68. Silva Sánchez, Jesús María. El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales. Barcelona. 1997.
69. Silva Sánchez, Jesús María. Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia del médico anestesista, la perspectiva del Tribunal Supremo. DS. Vol 2. 2004.
70. Soler, Sebastián .Derecho Penal Argentino. Tomo II. TEA Topografía Editorial Argentina. Buenos Aires. 1992.
71. Schipani, Sandro. El sistema romano de la responsabilidad extracontractual: el principio de la culpa y el método de la tipicidad, en la responsabilidad. Homenaje al Prof. Isidoro Goldenberg". Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1995.
72. Stratenwerth, Günther. Derecho Penal. Parte General. I. El hecho punible. Madrid. 1982.
73. Stratenwerth, Günther. Derecho Penal. Parte General. I traducción de la 2da edición alemana de Gladys Romero. Madrid. Edersa, 1982.
74. Terragni, Marco Antonio. El delito Culposo en el Tránsito y la Medicina. 1ra edición. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica. 2010.
75. Trigo Represas, Félix A. – López Mesa, Marcelo J. Tratado de la responsabilidad civil. Tomo I. Editorial La Ley. Bs. As. 2004.
76. Topasio Ferretti, Aldo. Derecho Romano Patrimonial. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Primera Edición. México. 1992.

77. Torío López, Angel. El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. T.XXVII. Fascículo I. Enero--Abril 1974.
78. Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. 2da edición. Editorial Trillas. México. 1990.
79. Von Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal. 3ra edición. Madrid. Reus S.A, s/f.
80. Weber Helmuth Von. Para la estructuración del sistema penal. (traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni), en *Nuevo Foro Penal (NFP)*. N° 13 (1982). Bogotá. 1982.
81. Welzel, Hans, K. Derecho Penal. (traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez). 2da. edición en español. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1976.
82. Yzquierdo Tolsada. Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Dykinson. Madrid. 2001.
83. Zaffaroni Eugenio, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro. Derecho Penal. Parte General. 2ª Edición. Buenos Aires. Ediar. 2005.

LEYES

1. Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 19 de junio de 1954. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 12.257 de fecha 19 de junio de 1954.
2. Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 21 de julio de 1959.
3. Constitución de la República de Venezuela de 1961. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 662 Extraordinario del 23 de enero de 1961.
4. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. Gaceta Oficial N° 5453 de 24 de marzo 2000.
5. Decreto N° 1584 de 09 de mayo de 1991. Reglamento sobre la operación de telefonía móvil celular. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.721 de 24 de mayo de 1991.

6. Decreto N° 1826 del 05 de septiembre de 1991. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.801 de 18 de septiembre de 1991. (Creación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones CONATEL).
7. Decreto N° 825 de 10 de mayo de 2000. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.955 de 22 de mayo de 2000. (El ejecutivo declara el uso y acceso de internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social, y político de la República).
8. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 26.383 de 15 de octubre de 1960. (Se crea la Comisión de Telecomunicaciones).
9. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 26.887 de 29 de junio de 1962. (Decreto de Reorganización de los Servicios de Telecomunicaciones).
10. Gaceta Oficial la República de Venezuela N° 27.781 de 8 de agosto de 1965. (Ley que Regula la Reorganización de los Servicios de Telecomunicaciones).
11. Ley de Comunicaciones Cablegráficas con el Exterior del 01 de julio de 1927.
12. Ley de Telégrafos y Teléfonos Federales de 1918. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 13.487, de fecha 27 de junio de 1918.
13. Ley de Telecomunicaciones de 1936. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 19.019 de 29 de julio de 1936.
14. Ley de Telecomunicaciones de 1940. Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela N° 20.248 de 1 de agosto de 1940.
15. Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Gaceta Oficial N° 36.970 del 12 de junio de 2000.
16. Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.081 de 7 de diciembre de 2004

17. Ley Orgánica de Administración Central. Decreto N° 369 de 14 de diciembre de 1999. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.850 de 1999.
18. Reglamento General de Telégrafos y Teléfonos Federales de 7 de diciembre de 1936.

SENTENCIAS

1. Sentencia de la Sala Constitucional de Corte Suprema de Justicia (ahora Tribunal Supremo de Justicia) del 23 de febrero de 1954.
2. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° N° 2405 del 08 de octubre de 2004, (Igor Aranzazu Pérez), Tribunal Supremo de Justicia.
3. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 3201 del 15 de diciembre de 2004, (Igor Aranzazu Pérez), Tribunal Supremo de Justicia. Con la causa N° 2405 del 08 de diciembre de 2004 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia admite el recurso de amparo interpuesto.
4. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 583 del 30 de marzo de 2004, (Konstadinos Spiropulos) Magistrado Ponente: Doctor Francisco Antonio Carrasquero López, expediente N°: 06-1577, Tribunal Supremo de Justicia.
5. Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 334 del 18 de julio de 2006, (Robins Alberto González) Magistrado Ponente Doctor Eladio Ramón Aponte Aponte, expediente N°: AA30-P-2006-00162, Tribunal Supremo de Justicia.
6. Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 334 del 18 de julio de 2006, (Robins Alberto González) Magistrado Ponente Doctor Eladio Ramón Aponte Aponte, expediente N°: AA30-P-2006-00162, Tribunal Supremo de Justicia.
7. Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 377 del 30 de marzo de 2000, (Carlos Enrique Mata

- Salazar) Magistrado Ponente Doctor Rafael Pérez Perdomo, expediente N°: C-99/0181, Tribunal Supremo de Justicia.
8. Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 377 del 30 de marzo de 2000, (Carlos Enrique Mata Salazar) Magistrado Ponente: Doctor Rafael Pérez Perdomo, expediente N°:C99-0181, Tribunal Supremo de Justicia.
 9. Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1703 del 21 de diciembre de 2000, (Robert Alexander Terán López) Magistrado Ponente: Doctor Alejandro Angulo Fontiveros, expediente N°: AA30-P-2000-0859, Tribunal Supremo de Justicia.

PONENCIAS

1. Intervención de Pasquali, Antonio, ante la mesa del Tema 3: “Entorno Regulatorio”, del Evento Visionarios '98 organizado por la Red Académica de Centros de Investigación y Universidades Nacionales (REACCIUN) y el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas (CONICIT); en el Hotel Caracas Hilton, 23 de abril de 1998.

DIARIOS

1. Diario de Caracas: La toma de Posesión. CAP se juramenta ante Venezuela. Caracas, 2 de febrero de 1989.p. 2.
2. Diario El Nacional. “Armando Loynaz”: No está planteada la privatización en la CANTV”. 18 de octubre de 1989.p. D/9.
3. Diario El Reporte. “Telcel ofreció más de 5 mil millones de Bolívares por la concesión de la Banda A de telefonía móvil”. 16 de enero de 1991. p. 2.
4. El Diario de Caracas: “Empresa Telcel ganó licitación en telefonía móvil”. 16 de enero de 1991. p 19.

5. El Diario de Caracas. "Martínez Mottola garantizó a los trabajadores la estabilidad laboral". 22 de septiembre de 1991, p.21.
6. Diario Economía Hoy. "Aprobada en primer discusión la Ley de Telecomunicaciones". 17 de mayo de 1991. p.4.

REVISTAS

1. Abrales, Sandro: "La culpabilidad en el delito imprudente". Revista de Derecho Penal 2002-1, "Delitos culposos-I", Director: Alberto Edgardo Donna. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, 2003.
2. Carrera Damas, Germán. Formulación definitiva del Proyecto Nacional: 1870-1900. Serie Cuatro Repúblicas. Cuadernos Lagoven. Caracas. Editorial Arte S.A. 1988.
3. Gil Gil, Alicia. Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva". Revista de Derecho Penal. 2002-1."Delitos culposos I", Director: Edgardo Alberto Donna. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe, 2002.
4. Joschim, Hans Hirsch. "Acerca de la teoría de la Imputación Objetiva". Revista Peruana de Ciencias Penales N° 9.
5. Urbaneja Arroyo, Diego Bautista. La idea Política de Venezuela: 1830-1870. Serie Cuatro Repúblicas. Cuadernos Lagoven. Caracas. Editorial Arte S.A. 1988.
6. Zugaldía Espinar, José Miguel. Cuadernos de Política Criminal. Núm. 11.

PÁGINAS WEB

1. <http://www.producto.com.ve/270/notas/empresas.html>
2. <http://www.producto.com.ve/183/notas/monopolio.html>
3. <http://www.a-venezuela.com/venezuela/telecom.shtml>
4. <http://www.venciclopedia.com> del 12 abril de 2010
5. <http://e-espacio.uned.es/fez/eserv>

6. <http://www.bibliotecajuridica.org/libros/3/1078/14.pdf>. Venezuela 1958-1999. El Derecho de una democracia Renqueante.
7. <http://bibliotecadigital.udo.edu.ve/revistasaber/pdf>.
8. <http://e-espacio.uned.es/fez/eserv>
9. http://www.cantv.com.ve/portales/cantv/data/CANTVIN06/06_presidentes.asp. 2007.
10. <http://www.servicios.iesa.edu.ve/portal/CasosDocentes/Telmex-cantv.pdf>.
11. http://venciclopedia.com/index.php?title=Diosdado_Cabello.
12. <http://efemeridesvenezolanas.com/html/apertura1.htm>
13. <http://efemeridesvenezolanas.com/html/apertura1.htm>. Plan Nacional de Telecomunicaciones
14. <http://www.encontrarte.aporrea.org/47/entrevista/>
15. <http://e-espacio.uned.es/fez/eserv>
16. <http://www.incipe.org/lat4.htm>
17. <http://www.portal.cenit.gob.ve/cenitcms/servelet/com.mvdcomm.cms.andocasociado?47,80>
18. http://www.tecnologiahechapalabra.com/sociedad/politica_economia/articulo.asp
19. http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticias.php?id_noticias=6374.
20. http://www.pensarenvenezuela.com/publicaciones/fernando%20spiritto/F_Spiritto_telecomunicaciones
21. <http://www.gobiernoenlinea-gob.ve/venezuela/perfil-historia4-html>
22. <http://www.guiacom.ve>.
23. <http://lema.rae.es/drae/>.
24. <http://www-iut.int>. Conferencia Mundial de Desarrollo de las Telecomunicaciones (CDMT-10). Hyderabad, India 24 de mayo-4 de junio de 2010.
25. <http://www.economiahoy.com>. Economía hoy. "Aprobada en primera discusión la Ley de Telecomunicaciones". 17 de mayo de 1991.
26. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm. Ley de Telecomunicaciones de Brasil. Ley Nº 9472 del 16 de julio de 1997.

27. http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cntv/l_mx_tv_1995.html. Ley Federal de Telecomunicaciones de México. Diario Oficial de la Federación 7 de junio 1995.
28. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30644>. Ley General de Telecomunicaciones de Chile. Ley N° 19.277 de 20 de enero de 1994.
29. http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cntv/l_ni_0200_1995.html. Ley General de Telecomunicaciones y Servicios Postales de Nicaragua. Ley 200 del 08 de agosto de 1995.
30. http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cntv/d_sa_0142_1997_pr001.html. Ley de Telecomunicaciones de El Salvador. Decreto 0142 de 21 de noviembre de 1997.
31. http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cntv/l_bo_1632_1995.html. Ley de Telecomunicaciones de Bolivia. Ley 1632 del 5 de julio de 1995.
32. http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/cntv/d_gu_9496_1998.html. Ley General de Telecomunicaciones de Guatemala. Decreto 94-96 de 1998.
33. <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/L32-03.htm>. Ley General de Telecomunicaciones de España. Ley 32/2003 del 3 de noviembre.
34. http://www.movimientos.org/foro_comunicacion/show_text.php3?key=14073. Ley de Telecomunicaciones de Colombia. Ley 72 de 1989.
35. http://www.presidencia.gov.co/prensa_new/decretoslinea/1990/agosto/19/dec1900191990.pdf. Decreto 1900 del 19 de agosto de 1990.
36. <http://docs.venezuela.justia.com/federales/leyes/ley-del-sistema-nacional-de-ahorro-y-prestamo.pdf>. Ley del Sistema de Ahorro y Préstamo. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.650 Extraordinario del 25 de noviembre 1993.
37. <http://www.fogade.gov.ve/leyesvzla/leybancos.pdf>. Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.947 Extraordinaria del 23 de diciembre de 2009.
38. Decreto con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. Gaceta Oficial de la República

- Bolivariana de Venezuela N° 5.555 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001.
39. <http://fpantin.tripod.com/index-6.html>. Código Orgánico Tributario. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 37.305 del 17 de octubre de 2001.
40. <http://web.laoriental.com/leyes/L039N/L039NT7Cap7.htm>. Ley de Comercio Marítimo. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.551 Extraordinario del 09 de noviembre de 2001.
41. <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/lot.html>. Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.152 Extraordinario del 19 de junio de 1997.
42. http://www.mpd.gob.ve/decretos_leyes/decre_leyes.htm. Decreto con fuerza de Ley del Contrato de Seguro. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.322 Ordinaria de fecha 12 de noviembre de 2001.
43. <http://www.capaupelib.net/Documentos/Blegales/leycajasdeahorro.pdf>. Ley de Cajas de Ahorro, Fondos de Ahorro y Asociaciones de Ahorro Similares. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.286 del 04 de octubre de 2005.
44. http://www.noticierolegal.com/index.php?option=com_content&view=article&id=3162:publicada-en-gaceta-oficial-la-ley-de-la-actividad-aseguradora&catid=42:asamblea-nacional&Itemid=41. La ley de la Actividad Aseguradora. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.990 Extraordinario del 29 de julio de 2010.
45. <http://controversiasjuris.blogspot.com/2011/04/culpabilidad-dolo-culpa-e.html>.
46. <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2230/18.pdf>. José Luis Modolell González: "Informes Nacionales. Venezuela".
47. <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/septiembre/1794-22-1J-477-08-1J-447-08.html>.
48. <http://www.gumilla.org/biblioteca/php/buscar.php?base=biblo&cipar=biblo.par&epilogo=&Formato=w&Opcion=detalle&Expresion=!BOficina+Central+de+Coordinaci%F3n+y+Planificaci%F3n.Oficina Central de>

Coordinación y Planificación de la Presidencia de La República (CORDIPLAN). VIII Plan de la Nación: El Gran Viraje.1990. Venezuela.
49.<http://lema.rae.es/drae/>

REVISTAS

1. Gil Gil, Alicia. Reflexiones sobre la concepción de lo injusto, la determinación de la norma de cuidado y los criterios de imputación objetiva. Revista de Derecho Penal. 2002-1."Delitos culposos I", Director: Edgardo Alberto Donna. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni Editores. 2002.
2. Hirsch Joschim, Hans. Acerca de la teoría de la Imputación Objetiva. Revista Peruana de Ciencias Penales Nº 9.

REVISTAS ELECTRÓNICAS

1. Santiago Mir Puig: Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal. <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc05-05.pdf>. Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ISSN 1695-0194. RECPC 05-05 (24 de octubre de 2003).
2. Torío López, Angel: El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos. <http://www.cienciaspenales.net>
3. De la Cuesta Aguado, Paz Mercedes. El concepto material de la culpabilidad. <http://inicio.es/de/pazenred>.
4. Torío López, Angel. El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos. <http://www.cienciaspenales.net>