

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS  
ESCUELA DE DERECHO  
CENTRO DE INVESTIGACIONES PENALES Y CRIMINOLÓGICAS  
“HECTOR FEBRES CORDERO” CENIPEC

*ESTUDIO DE UN CASO EN PARTICULAR EN MATERIA DE DROGAS.  
A propósito del análisis de la normativa vigente  
en Venezuela y las situaciones límites*

Prof. Mireya Bolaños González\*

Mérida- Venezuela

---

\* Profesora Agregada de Derecho Penal General y Especial de la facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Andes. Investigadora de Planta del CENIPEC-ULA

## HIPÓTESIS DE PROBLEMATIZACIÓN

A una persona se le decomisan 5 gramos de una sustancia. La experticia química nos establece lo siguiente: 0,03% de cocaína y 999,97% de azúcar. A qué sanción se hace acreedor este sujeto.

Este caso debe resolverse así:

En primer lugar lo que corresponde desde el punto de vista técnico es practicar una experticia a la sustancia incautada. De acuerdo a la naturaleza de la misma el resultado de dicha experticia será que la sustancia es totalmente inocua, no produce efectos enervantes ni trastornos en el sistema orgánico y nervioso del sujeto (excepto el caso de una persona diabética a la que sí produciría efectos nocivos la presencia de azúcar en su organismo). La sustancia sometida a estudios toxicológicos y químicos no es droga. De forma tal que partiendo de éste examen técnico, la persona a quien se le ha incautado esta sustancia no se hace acreedor a ningún tipo de pena toda vez que su comportamiento no es relevante desde el punto de vista jurídico-penal ni subsumible en ningún tipo delictivo.

En este caso la conducta del sujeto no está atacando la integridad de ningún bien jurídico (siempre que se parta del supuesto de que la sustancia es droga, pues en el caso del diabético corresponde hacer un análisis distinto); siendo así la aplicación de la pena desaparece porque no tiene sentido.

La doctrina penal venezolana y extranjera exigen para la existencia del delito como fenómeno jurídico y como hecho antisocial, la perturbación, lesión o por lo menos la puesta en peligro de un bien jurídico, es decir, de un

bien fundamental para la sociedad, que ha sido elevado a la categoría de jurídico por el legislador en virtud de su importancia vital para el funcionamiento de la misma. En el caso que nos ocupa la sustancia incautada a la persona no es capaz de agotar ninguna de estas hipótesis (perturbación, lesión o puesta en peligro) en perjuicio del bien jurídico. Esto conlleva a concluir que la comisión de hecho delictivo alguno no es posible, de igual forma corresponde señalar que en consecuencia la pena se plantea totalmente deslegitimada, por lo que su aplicación constituye un exhabrupto jurídico que no es posible considerar.

Esta afirmación adquiere mayor fortaleza si tomando textualmente la opinión expresada por el legislador en la exposición de motivos de la ley se tiene que según su señalamiento se trataría de un delito de mera acción o de peligro. Ahora bien, para que el peligro tenga relevancia en Derecho Penal éste debe traducirse en un verdadero riesgo en la integridad del bien jurídico que se tutela, esto es, deben existir elementos concretos de los cuales se desprende una alta probabilidad de daño en perjuicio de dicho bien.

De otra parte la inidoneidad del medio que se emplea para cometer el supuesto hecho delictivo, en este caso, para perjudicar el bien jurídico "Salud Pública", como una de las doctrinas desarrolladas por el Derecho Penal como hipótesis del delito imposible, ha sido violentado, toda vez que el legislador prohíbe expresamente la consideración del delito imposible, sobre la base de la no consideración del grado de pureza de las sustancias incautadas. El caso planteado agota los extremos fácticos y jurídicos de la hipótesis del delito imposible.

Tal como lo señala Elsie Rosales (14) esta prohibición es lo que explica poder evitar la intervención punitiva cuando por ausencia del objeto material o de un medio idóneo no es posible la afectación del bien jurídico. Esto demuestra abiertamente el criterio represivo que caracteriza este texto legal, el cual ha desconocido expresamente principios del Derecho Penal tendientes a enaltecer la condición humana del hombre y en consecuencia su dignidad como tal.

Así mismo, a los efectos de la solución del presente caso debe considerarse lo señalado por Zagrebelsky en relación a la interpretación de las leyes, dice este autor que cuando el resultado interpretativo violenta las exigencias del caso o de las pretensiones de las reglas jurídicas, se ponen de manifiesto las diferencias entre la concepción actual del Derecho y la dominante en la época del Estado decimonónico. “Allí era la ley la que contrastaba con las exigencias de regulación y nada podía impedir su aplicación. Operaba la máxima “*dura lex sed lex*”, que es la quintaesencia del positivismo acrítico... Las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y pueden invalidarla. Debiendo elegir entre sacrificar las exigencias del caso o las de la ley, son éstas últimas las que sucumben en el juicio de constitucionalidad al que la propia ley viene sometida”. (15)

Continúa acotando este autor (16) “el caso para el juez y para la ciencia jurídica es esencialmente un acontecimiento problemático que plantea la cuestión de cómo responder al mismo, de cómo resolverlo en términos jurídicos... Como sucede con todos los problemas, también los problemas jurídicos deben ser comprendidos... la comprensión del caso presupone que se entienda su sentido y que se le de un valor, a través de las

categorías de sentido y de valor de que disponga el intérprete. La categorización del caso a la luz de las mismas indicará así en qué direcciones y en vista de qué resultados deberá buscarse en el ordenamiento la regla idónea para ser aplicada. Por sentido debe entenderse aquí la conexión entre una acción y su resultado social. La comprensión del sentido de una acción, es decir, de su lógica social, sólo se alcanza poniéndola en relación con los efectos que se considera que puede producir... Los textos de derecho positivo no pueden atribuirse la capacidad de imponer una determinada comprensión de sentido porque esto está notoriamente por encima no sólo de las posibilidades del derecho positivo, sino de cualquier cosa que sea positiva, en el sentido de establecida. El Derecho positivo presupone, pero no puede imponer una comprensión de sentido.

A esto que Zagrebelsky llama sentido social o comprensión del caso, ha denominado la doctrina jurídico-penal como antijuridicidad material, concepto que adquiere relevancia en el análisis de este caso. A criterio de Gómez Pavajeau la Antijuridicidad Material parte del principio cardinal que afirma que la misión del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, idea ésta que se materializa en la teoría de la naturaleza trascendental del bien jurídico la cual se corresponde a su vez con un Derecho Penal de acto, el único que se compagina con un Estado Democrático y Social de Derecho en el cual no sólo el individuo tiene obligaciones frente al Estado, sino también, y en forma correspondiente, el Estado para con el individuo. (17)

Según Muñoz Conde (18) la esencia de la antijuridicidad es por consiguiente la ofensa a un bien jurídico protegido con la norma que se infringe con la realización de la acción. En la medida en que no se dé esa

ofensa al bien jurídico no podrá hablarse de Antijuridicidad, por más que aparente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción.

En el mismo orden de ideas Luis Carlos Pérez señala que la Antijuridicidad tiene carácter formal por cuanto indica oposición a una ley del Estado y material por cuanto desconoce intereses protegidos por dicha ley,

En el caso que nos ocupa, al no existir lesión o peligro de lesión en contra de ningún bien jurídico se pone en evidencia el Principio de Antijuridicidad material ampliamente reconocido y acogido tanto por la doctrina nacional como por la extranjera. La Antijuridicidad Material implica una valoración que corresponde al juez a fin de examinar el carácter antijurídico del hecho (antijuridicidad del hecho como elemento estructural del delito) en función del daño, lesión o en todo caso la puesta en peligro que haya ocasionado al bien jurídico tutelado. De acuerdo a lo anteriormente expuesto ninguna de las hipótesis acá expuesta quedan agotadas.

Esta función de valoración del juez exige criterios amplios en los que se manejen nociones conceptuales desarrolladas en la dogmática jurídico-penal a través de las cuales se llenen las expectativas del caso en particular así como las de las reglas jurídicas, al decir de Zagrebelsky.

La noción de Antijuridicidad Material pretende trascender a la función del juez que se limita a un simple cotejo mecánico entre la realidad del caso en concreto y el ordenamiento jurídico en su totalidad, dándole contenido a lo que Zagrebelsky llama comprensión o sentido social del caso.

En los casos de la vida real en los que la Antijuridicidad Material rebasa los límites formales y rígidos de la comparación que implica la Antijuridicidad Formal (tal como el caso que se analiza) la aplicación de la pena pierde su sentido y razón de ser, por lo que el supuesto negado de la aplicación de una pena inútil implica la degradación total de los principios rectores del Derecho Penal Liberal.

Analizando el caso planteado a la luz de los principios rectores de la ley penal se tiene que con la solución anteriormente expuesta resalta los siguientes principios:

EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD: Al decir de Molina Arrubla este principio constituye una limitante al ejercicio del ius puniendi cuyo titular es el Estado. Con este principio rector de la ley penal se pretende garantizar la no existencia de hechos punibles sin una amenaza real o potencial para un bien jurídico tutelado. Todo hecho punible debe tener como esencia o fundamento la existencia de un bien jurídico protegido que se resguarda y vigila mediante la conformación de un tipo penal que lo exalta a la categoría de jurídico, habida cuenta que dichos bienes son merecedores de una especial protección en la medida en que en su existencia y pervivencia está interesada y comprendida la existencia y pervivencia del núcleo social y estatal, en cuanto tal (19).

Tal como lo plantea Muñoz Conde la norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos. Para cumplir esta función eleva a la categoría de delitos, por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que

más gravemente lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos... Todo tipo de delito está orientado hacia la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico (20).

Dicho esto, corresponde señalar que en el caso que nos ocupa, la Salud Pública, como bien jurídico que se pretende resguardar en los delitos de droga, no sufre ningún atentado, lesión o puesta en peligro en su integridad, toda vez que no estamos en presencia de la comisión de ningún delito puesto que la sustancia que le ha sido incautada a la persona no es droga. Bajo estos dos supuestos quedan eliminadas las hipótesis de lesión o puesto en peligro del bien jurídico protegido.

Otro tanto puede señalarse en relación con el PRINCIPIO DE CULPABILIDAD, el cual implica entre otras cosas que no hay pena sin culpabilidad, esto es, no puede deducirse el juicio de reproche propio de la culpabilidad por el mero resultado de la conducta observada (21). En el caso que nos ocupa, tal como quedó asentado anteriormente, la aplicación de la pena es totalmente inútil, al sujeto que le fue incautada la sustancia no le corresponde purgar ninguna pena, toda vez que no ha incurrido en la comisión de ningún hecho delictivo, esto, en concordancia con el principio de culpabilidad el cual establece que no debe existir pena en aquellos casos en los que la culpabilidad del sujeto no ha sido expresamente establecida en el estudio del hecho en concreto. Siendo que no estamos en presencia de un hecho delictivo, no puede entonces establecerse tal juicio de culpabilidad y en consecuencia no corresponde aplicar ninguna pena. De allí se desprende directamente la preservación del principio del carácter teleológico de la sanción penal en función del cual el Estado debe aplicar penas que logren la

readaptación, resocialización y reeducación del delincuente de manera tal que éste pueda reinsertarse al medio social en condiciones de adaptabilidad (22).

La pena tiene una función retributiva, entendida en el sentido del mal por el mal, que tiende al restablecimiento del orden jurídico de la sociedad reafirmando el poder y la autoridad del Estado. En este sentido la pena es represiva porque implica una reacción estatal con motivo de la acción delictuosa en la medida en que el delito significa la producción de un mal que ha afectado el derecho ajeno, que ha producido un daño moral y social. En el caso objeto de estudio el Estado no puede estar reaccionando con motivo de una acción delictuosa porque ésta no existe, siendo así no se ha producido ningún mal, daño moral y social que se entiende van implícitas la producción del hecho delictivo.

Además la pena también tiene una función preventiva la cual vista desde la perspectiva general implica una amenaza dirigida a los coasociados para que abstengan de cometer nuevos hechos punibles; vista desde la perspectiva especial se orienta en relación con el mismo individuo para advertirle la sanción que le será impuesta en el evento de volver a materializar el mismo comportamiento delictual (23). En este caso, también la función preventiva de la pena queda viciada, toda vez que la prevención opera en función de la comisión de un delito, que en nuestra hipótesis esta ausente. En el supuesto negado en que llegara a considerarse la comisión de un delito por parte de este sujeto y en consecuencia se le aplicara una pena, ésta desde el momento mismo de su aplicación habría perdido su esencia preventiva, toda vez que en la esencia fáctica del hecho en cuestión toda

apunta a la inexistencia del delito. De manera que no puede prevenirse especialmente al sujeto en función de lo que no ha cometido. En todo caso opera la función de prevención general de que están dotadas las penas desde el momento de su aparición en el tipo penal y a partir del momento en que son del conocimiento público de sus destinatarios, sin embargo desde la perspectiva especial es necesario que medie la producción de un hecho punible, que es justamente lo que está ausente en este caso en particular.

Así mismo la pena cumple una función resocializadora en cuanto se puede realizar el ideal futuro de rehabilitar socialmente a los autores de hechos punibles (24). Retomando una vez mas el caso que nos ocupa, si aplicáramos una pena a una persona que no ha cometido ningún delito, mal podríamos plantearnos la resocialización que dicha pena implica, toda vez, que ésta función de la pena, al igual que la función preventiva, opera en tanto y en cuanto se haya producido un delito. Sólo pueden someterse a resocialización aquellas personas que de algún modo, a través de la comisión de un delito han demostrado su desaptación, su exclusión de los patrones de vida social previamente establecidos en función de hacer posible la vida en comunidad. Muy por el contrario la persona que sin cometer ningún delito es sometido al castigo que implica la aplicación de una pena de carácter penal, reacciona desfavorablemente frente a tal hecho, rechazando cualquier plan de reeducación, trabajo o disciplina formativa que procure su rescate como persona apta para convivir en sociedad. Esto significa que, en función de criterios lógicos la aplicación de la pena debe ir precedida del juicio de culpabilidad, pues, una vez establecida ella, la aplicación de la pena debe por sí misma responder a sus propias expectativas. Esto no sucede en vasos en los que por no existir la comisión

de hechos delictivos, no es posible establecer juicios de culpabilidad que recaigan sobre persona alguna, tal es el caso planteado a partir del cual se han generado las reflexiones aca expuestas-

- 9.- LEY ORGANICA SOBRE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS. Op. Cit., p. 17.
- 10.- ZAGREBELSKY, Gustavo. "El Derecho dúctil. Ley, Derechos y Justicia". Editorial Trolla. Madrid. España. 1995., p. 135.
- 11.- ROSSELL SEHENN, Jorge y Otros. "La droga frente a la ley. Un nuevo enfoque". Colegio de Abogados del Estado Lara. Barquisimeto. 1995., p. 139.
- 12.- ZAGREBELSKY, Gustavo. "El Derecho dúctil. Ley. Derechos y Justicia". Op. Cit., p.p. 132-133-
- 13.- CODIGO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, Gaceta Oficial No. 748. Extraordinario. 3-Febrero. 1962. Editorial. Mobil-Libros. Caracas. Venezuela., p.p. 50-92-130-
- 14.- ROSSELL SEHENN, Jorge y Otros. "La droga frente a la ley. Un nuevo enfoque". Op. Cit., p. 130.
- 15.- ZAGREBELSKY, Gustavo. "El Derecho dúctil. Ley, Derechos y Justicia". Op. Cit., p. 134
- 16.- Idem., p.p. 136, 137, 138.

- 17.- GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. "El principio de la Antijuridicidad Material". Ediciones Jurídicas Radar. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1993., p. p. 70-71.
- 18.- MUÑOZ CONDE, Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. "El Principio de la Antijuridicidad Material". Op. Cit., p. 74.
- 19.- MOLINA ARRUBLA, Carlos M. "Principios rectores de la ley Penal Colombiana". Biblioteca Jurídica Dike. Primera Edición. 1995. Medellín Colombia., p. P. 69-70
- 20.- MUÑOZ CONDE, Francisco. Cfr. Carlos Molina Arrubla. "Principios rectores de la Ley Penal Colombiana". Op. Cit., p. 72.
- 21.- MOLINA ARRUBLA, Carlos M. "Principios rectores de la Ley Penal Colombiana". Op. Cit., p. 83
- 22.- Idem., p. 171
- 23.- Idem., p. 181
- 24.- Idem., p. 182

#### BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ARTEAGA SANCHEZ, Alberto. "Derecho Penal Venezolano". Paredes Editores. Caracas. Venezuela. 1994.

CODIGO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. Gaceta Oficial No. 748. Extraordinario. 3 febrero 1962. Editorial Móvil-Libros. Caracas. Venezuela., p. P. 189.

CURY URZUA, Enrique. "Derecho Penal. Parte General". Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Tomo I. 1992.

GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. "El Principio de la Antijuridicidad Material". Ediciones Jurídicas Radar. Santa fé de Bogotá. Colombia. 1993., p. P. 135.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. "Tratado de Derecho Penal". Editorial Losada. S.A. T. III. Buenos Aires. Argentina. 1965.

LEY ORGANICA SOBRE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS, EXPOSICION DE MOTIVOS. Gaceta Oficial de la República de Venezuela. No. 4636. Extraordinaria. Septiembre. 1993.

MOLINA ARRUBLA, Carlos M. "Principios rectores de la Ley Penal Colombiana". Biblioteca Jurídica Dike. Primera Edición. Medellín. Colombia. 1995., p.p. 183

OSMAN MALDONADO, Pedro. "Drogas. Procedimiento penal Especial y Delitos". Caracas. Venezuela. 1994.

ROSEL SEHENN, Jorge y otros. "La droga frente a la ley. Un nuevo enfoque". Colegio de Abogados del Estado Lara. Barquisimeto. 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. "El Derecho dúctil. Ley, Derechos y Justicia". Editorial Trolla. Madrid. España. 1995., p.p. 173.