UNIVERSIDAD DE CARABOBO
ÁREA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL

LA EJECUCIÓN ANTICIPADA EN LOS DELITOS DE SUSTANCIAS ILÍCITAS. EXCLUSIÓN DE LA TENTATIVA Y LA FRUSTRACIÓN.

AUTOR: Sapiaín Gutiérrez Yolanda

Trabajo presentado ante el Área de Estudios de Postgrado de la Universidad de Carabobo para optar al Titulo de Especialización en Derecho Penal

Valencia, Octubre 2003

UNIVERSIDAD DE CARABOBO
ÁREA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL

LA EJECUCIÓN ANTICIPADA EN LOS DELITOS DE SUSTANCIAS ILÍCITAS. EXCLUSIÓN DE LA TENTATIVA Y LA FRUSTRACIÓN.

AUTORA: Yolanda Sapiaín Gutiérrez
AÑO: 2003

RESUMEN

En la presente investigación, se ha pretendido comprobar si es factible, desechar por completo la posibilidad de ampliar el tipo penal de los delitos más graves previstos en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, mediante las figuras de la Tentativa y la Frustración, siendo que la legislación excluye expresamente esta posibilidad, cuidándose justamente el legislador de preverlo de esta manera, a los fines de evitar la problemática planteada en relación a determinar el momento consumativo del delito en la larga cadena de comercialización de la sustancia ilícita. A través de la investigación abordada mediante el estudio descriptivo, que contempla las técnicas de investigación documental, se deja entrever lo que la doctrina ha dicho en relación a este planteamiento, evidenciándose posturas diversas que sostienen por una parte la imposibilidad de calificar de forma inacabada los delitos más graves previstos en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, atendiendo al bien jurídico protegido y por otra parte, los que sostienen la posibilidad de admitir la tentativa, ya que algunos actos delictuosos pueden ser fraccionados en diversas etapas . Al mismo tiempo se realizó una investigación de campo, mediante el instrumento de la encuesta a una población conformada por los operadores de justicia, que en el desempeño de sus funciones tienen la inmediación de trajinar diariamente con situaciones donde, de acuerdo a las circunstancias de los hechos, se pudiera pensar en una forma inacabada del delito, pero que no les es dable aplicar, bien por la prohibición expresa del legislador, bien por la categoría de delitos de que se trata. Por lo que el Legislador de la reforma creó nuevos tipos penales, fraccionando en fases diferentes cada una de las conductas que integran la cadena de comercialización del Tráfico, quizás con propósito de responder a una sociedad que pide a gritos justicia y protección.

INTRODUCCIÓN

Con preocupación observamos que en la actualidad, han surgido una gran proliferación de leyes que recogen el sentir de una sociedad acosada ante el alto índice delictivo y ante la impunidad galopante frente a tal situación, lo que ha llevado al legislador a crear dentro de estas leyes nuevos tipos penales con la finalidad de dar respuesta a esta inquietud de la población, como quiera que comúnmente el derecho penal se concibe como un instrumento a través del cual el estado cumple con uno de sus principales fines, el mantenimiento del orden y la paz social.

En función de ello, en la Reforma realizada a la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, se excluyó en su artículo 57, la posibilidad de calificar los delitos más graves y comunes previstos en esa normativa especial de forma inacabada, en el entendido que se presentaban disyuntivas al respecto, que permitían graduar la pena, con lo que el estado no se veía plenamente satisfecho frente a la pena impuesta a delitos, en los cuales, según el entender de muchos , no es viable calificar el delito en forma inacabada , porque no es posible determinar si los actos de ejecución en orden a realizar un determinado delito, principalmente el tráfico o comercio, han sido realizados y hasta qué punto no han sido todos realizados , por lo que es imposible comprobar qué es lo que falta en la realización del acto criminoso. En el entendido que, en relación con el hecho y en base a las circunstancias de la modalidad del mismo, si no se dan los factores siguientes: propósito de cometer un determinado delito, los actos de ejecución determinados a ese propósito y actos materiales que no se llegan a comprobar, cabría considerar, entonces, que no existe delito alguno; por el contrario si estos se dan cabría delito, puesto que el propósito de ocasionar un daño a los individuos o a la colectividad ya está dado en cualesquiera de estos daños materiales, independientemente que se haga la entrega o no de la sustancia o del bolso o paquete, o que se transforme esa sustancia en otra, o que se llegue a comercializar o recibir por un tercero.

Con el trabajo de investigación que se presenta a continuación, se pretende analizar la disyuntiva existente en cuanto a la posibilidad antedicha, por una parte y la posibilidad de ampliar el tipo penal en este sentido, independientemente de la prohibición expresa del legislador, de la magnitud del daño social causado y de la imposibilidad real de determinar en algunas circunstancias, el momento consumativo del delito, en tanto que analizando el momento consumativo del delito o cuántos actos ejecutivo se produjeron hacia la comisión del hecho punible, se pudiera dar cabida a circunstancias en concreto donde se apreciaría la presencia de la forma inacabada del delito.

Las inquietudes que se reflejan a continuación estarán dirigidas al análisis de la eventualidad de un probable exceso de criminalización de los múltiples momentos el ilícito penal, que al entender de algunos realmente son constitutivos de actos ejecutivos previos a la consumación. La idea es tratar de determinar si cada uno de esos momentos de la cadena de comercialización de la sustancia ilícita forma parte del *iter criminis* del delito principal o realmente son delitos autónomos, tal como se considera por el legislador a los fines de lograr la exclusión de la Tentativa y la Frustración en esta categoría de delito.

Consciente como está la investigadora de la realidad social circundante en cuanto al auge delictivo en este tipo penal y en otros que son consecuencia de este, no se pretende, mediante el trabajo de investigación obtener una verdad pura ni tratar de imponer criterios destinados a crear ambivalencias en cuanto a la graduación de la pena, ni atenuar la responsabilidad de quienes inescrupulosamente, tienen la intención dañosa de afectar la vida y la salud de la colectividad y de originar otras conductas delictuosas, solamente se pretende sincerar la realidad en cuanto a la política criminal del estado, que ha resultado ineficaz a los efectos preventivos de la criminalidad galopante y que mediante la creación de nuevos tipos penales, aumentos de penas y de prohibiciones de este tipo, simplemente busca dar respuesta a la exigencia social de un colectivo que clama justicia y seguridad.

CAPITULO I

El PROBLEMA.

1.1 PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.

La Ley de Reforma Parcial de la ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, prevé en su artículo 57 que los delitos previstos en los artículos 34, 35, 356, 37 y 47, ejusdem no admiten la figura de los delitos inacabados, es decir Tentativa y la Frustración. Esto es en el entendido, que los delitos a los que se refieren estos artículos, talen como el Tráfico, la Distribución, el Almacenamiento, Ocultamiento, entre otros, son delitos que atentan contra la salud y la vida del colectivo social. En consecuencia, son catalogados como de ejecución anticipada, esto es que basta con que se realice el primer acto tendente a su ejecución para que el mismo quede consumado como tal.

Existen circunstancias, en las que obviamente es imposible determinar la imperfección del delito, tal como lo expresáramos anteriormente, pero además existen otros supuestos en los cuales se pude dar cabida a considerar que el delito es inacabado o no se perfeccionó. Sin embargo como producto de esta prohibición general de la admisión de tentativa y frustración en esta categoría de delitos, impide que los mismos puedan ser calificados como tal.

Obviamente todo dependerá de la posibilidad de fraccionamiento de la conducta, de modo tal que la observación del recorrido criminal desde el primer momento de su exteriorización mediante actos preparatorios hasta su definitiva consumación, den lugar a una sucesión de eventos capaces de ser divididos. En tal sentido el estudio del asunto partirá del tipo básico de tráfico de estupefacientes y abordará el resto de las acciones como especies derivadas de la conducta genérica de comerciar.

Ahora bien, dentro de la descripción típica de los artículos que conforman el delito de Tráfico, aparecen acciones que originan en la cadena de producción y

comercialización: siembra, cosecha, fabricación, transporte, ocultamiento distribución, figuras que forman parte de la cadena de producción y comercialización de drogas; sin embargo se les erige como fórmulas autónomas aún cuando esto implique la innecesaria repetición de conductas afines.

En tal sentido se visualiza como conductas que configuran distintos momentos fase o etapas de conducta básica de traficar, al dar lugar a una configuración autónoma pueden conducir a preguntarse si cada una de ellas permite o no la tentativa, toda vez que dan lugar a pequeños Iter Criminis dentro de la cadena general. Esto reconduce a las reglas rectoras en materia de delito imperfecto y a la posibilidad real de fraccionamiento ante conductas concretas.

No obstante no solamente el proceso general de comercialización puede alcanzar su destino, ser obstaculizado o frustrado sino que cada acción particular podría desarrollarse en actos que no demostrarían su total realización, vale decir cuando se está en presencia de comportamientos no conclusivos debido a que el agente no realizó todo lo necesario o hubo la intervención de imponderables no previstos por el sujeto activo que causan la interrupción de la ejecución. Esta situación pudo operar con total independencia de que se esté en presencia de un delito considerado como de peligro, porque aún siendo de daño esta distinción alude a la lesión del bien jurídico y no afecta la posibilidad de admitir o no la forma imperfecta. En consecuencia, según esto, hay quienes piensan que las variantes del delito imperfecto se incorporan al elenco delictual y por ende la tentativa o la frustración deben tomarse en cuenta a los fines de la calificación del delito y la cuantificación de la pena que se imponga.

Las dificultades para admitir o no la tentativa en ciertos delitos ha dependido de la calificación de los delitos que haya acogido determinada postura teórica. Según Maggiore no será admisible la pena imperfecta, entre otros, en los siguientes supuestos:

- Delitos de ejecución simple o unisubsistentes, en los cuales la ejecución no admite

fraccionamiento.

- Delitos de atentado, de pura tentativa o de consumación anticipada.
- Delitos formales (de mera conducta)que por oposición a los delitos materiales o de resultado, se perfeccionan con una simple acción u omisión, pero no por carecer de resultado material sino porque únicamente producen un resultado o efecto jurídico. Maggiore insiste en que en tales supuestos la tentativa se excluye cuando se trata de delitos unisubsistentes y por ende no fraccionables.

Por último, este autor deja entre dudas la posibilidad de admitir las tentativas en los delitos de peligro, aún cuando argumenta que hoy día la admite siempre que la actuación sea fraccionable.

A pesar de todo ello, Maggiore reconoce, que el único criterio sano para resolver lo referente a la posibilidad e tentativa no puede hallarse en las clasificaciones de los delitos, que en muchos casos cobran linderos difusos y ponen en tela de juicio su claridad y firmeza, sino más bien en el fraccionamiento de la actuación criminal.

Semejantes divergencias son parecidas a las que han dominado en materia de los delitos de sustancias ilícitas donde cualquiera de las conductas tipo, previstas en los artículos mencionados consuma el delito porque son tipos de mera conducta de los llamados de consumación anticipada.

La crítica a esta posición se centra en que además de identificar a los delitos de mera conducta y los de consumación anticipada, distinguidos por Maggiore, en su exposición antes presentada se cae en la trampa de creer que todo delito formal por el solo hecho de entrar en esta clasificación, no acepta ejecución imperfecta, cuando lo correcto es dejar depender la admisibilidad de la tentativa de la posibilidad o no de admitir el fraccionamiento.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Actualmente, la Doctrina y la Jurisprudencia, tanto del Derecho interno, como del derecho internacional, son contestes en afirmar que los delitos referidos a

Sustancias ilícitas, son *de Lesa Humanidad y de Leso Derecho***,** porque atentan contra la salud y la vida pública, siendo que, además constituyen el origen de otros delitos graves.

Este criterio es acogido por la legislación venezolana cuando establece en la normativa que rige la materia, cuando establece que en la tipología Penal prevista en los artículos 34, 35, 36, 37 y 47, no admiten la calificación del delito en forma inacabada.

Es por las razones expuestas, que se consideran estos delitos de Ejecución anticipada, habida cuenta que se penaliza el hecho de poner en peligro la salud y la vida de la colectividad, por lo cual se entiende el delito consumado aún cuando existiere la duda con relación al momento de su perfeccionamiento.

Sin embargo, antes de que se negara absolutamente la posibilidad del delito imperfecto en nuestra legislación especial, una gran parte dela doctrina afirmaba, tal como lo expusiéramos anteriormente, que las premisas de las cuales se debe partir para considerar la posibilidad de admitir la tentativa, sostienen que algunos actos delictuosos pueden ser fraccionados en diversas etapas y en consecuencia de no ejecutarse todo lo necesario para consumar la acción, se deben aplicar los correctivos de la responsabilidad para graduar la pena de acuerdo al alcance del acto realizado. Tal posibilidad se da cuando se está en presencia de delitos plurisubsistentes. Lo característico es que no basta con un solo acto para consumar la acción, sino que se realiza en varias etapas. Por el contrario la unisubsistencia de la conducta hace que la acción típica se perfecciona en un momento con una única acción. Esta situación puede acontecer tanto en delitos de peligro como de daño.

Por otra parte en el campo judicial, también persiste la duda, así como en la doctrina extranjera que sostiene que tanto el Tráfico, así como el resto de las especies que de los derivan, son formulas de mera conducta o formales, lo cual se vincula a la posibilidad de admitir o no la forma imperfecta en estos delitos.

A tal efecto, se insiste en que por el sólo hecho de tratarse de delitos

formales y no de resultado, no significa que se trate de injustos realizables en un solo instante (unisubsistencia), puesto que la distinción entre uniexistencia y pluriexistencia atiende a al posibilidad de fraccionamiento de la conducta concreta cuya determinación únicamente puede realizarse frente al caso individual ya ejecutado.

Quienes piensan de esta manera sostienen que si se traspolan estas nociones al campo del comercio de drogas y especialmente al supuesto del transporte, se tendrá que tanto desde el punto de vista semántico como desde el óntico-ontológico, se tiene que la acción de transportar admite división toda vez que puede ser separada en una secuencia de actos tales como: (cargar la mercancía, llevarla, llegar al destino, descargarla, entre otros.

No obstante, se considera que una de las herramientas más importante de la evolución judicial, que permiten determinar de cuál acción se trata y cuál ha sido la fase del recorrido criminal alcanzado es la contribución subjetiva, de suerte tal que el encuadre en uno u otro supuesto va a depender de la intención específica del agente. Al mismo tiempo la finalidad contenida en dicho ánimo aportará su cuota en la determinación de la fase efectiva inconclusa.-

En contraste con lo expuesto, actualmente se sostiene que el momento consumativo del Tráfico o comercio de sustancias ilícitas, se materializa cuando se ha realizado un acto de comercio o bien cuando se está en posesión de sustancias estupefacientes para comerciar con ellas, hecho que la ley presume, lo que pudiera dar lugar a pensar a los partidarios de la otra doctrina que con esta posición se desvirtúa la arquitectura de la teoría del delito, por cuanto la ley en modo alguno, puede presumir lo que en puridad no se desprenda de la actividad e intención del agente.

FORMULACION DEL PROBLEMA.

-En relación con el hecho y sobre la base de las circunstancias de la modalidad del

mismo, si no se dan los factores siguientes: el propósito de cometer un determinado delito, los actos de ejecución determinados a ese propósito y actos materiales que no se llegan a comprobar, Cabría considerar, entonces ¿Será que no existe delito alguno?

-¿Impide, realmente, la ejecución anticipada en los delitos más graves de los referidos a sustancias ilícitas, que se presenten las figuras del delito inacabado en éstos?

-¿Puede considerarse, que el propósito de causar un daño a los individuos o a la colectividad es consumativo del delito, independientemente que se llegue a comercializar, vender, transportar, entre otros actos, la sustancia ilícita?

-¿Existe la posibilidad de esta calificación de atenuante para cualesquiera otros delitos previstos en esta Ley, una vez determinado el propósito y la ejecución de alguno de los actos materiales, para lograr el fin criminoso?

OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

1.4.1 OBJETIVO GENERAL.

Contrastar las figuras inacabadas de la Tentativa y la Frustración, cuya aplicación se prohíbe expresamente en la normativa legal prevista en el artículo 57 de la Ley de reforma Parcial de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, con la realidad venezolana en la cual se encuentran supuestos que permiten determinar que se está frente a una de estas dos figuras atenuantes del delito.

1.4.2 OBJETIVO ESPECÍFICO

-Ofrecer supuestos específicos de delitos, en las cuales se suceden las figuras inacabadas.

-Estudiar la Fundamentación social que recogió el legislador, cundo se reformó la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, para excluir las figuras inacabadas en los delitos más graves previstos en esta normativa.

-Analizar la teoría de la Ejecución Anticipada, como basamento legal fundamental de la exclusión de los delitos imperfectos en esta tipología penal.

-Verificar, a la luz del derecho penal sustantivo, los elementos necesarios que conforman las figuras de los delitos imperfectos.

-Examinar la aplicabilidad efectiva de la atenuación de la pena, previstos en el Código Penal Venezolano vigente cuando se trata de las figuras de la Tentativa y/o Frustración

JUSTIFICACIÓN

Ante la presencia de supuestos en los cuales se presenten serias dudas con relación al perfeccionamiento del delito, sin embargo están presentes factores como el propósito de cometer el hecho delictivo, los actos de ejecución determinados a ese propósito y actos materiales que no se llegan a comprobar. Así nos encontramos frente a un delito consumado, puesto que la intención dañosa ya existe. Es en estos casos donde es factible aplicar la teoría de la ejecución anticipada.

Excepcionalmente, se presentan casos, en las que las circunstancias de imperfección de este tipo delictivo quedan plenamente al descubierto y se pueden apreciar que el delito no quedó totalmente consumado, siendo factible aplicar la calificación atenuante de tentativa y/o frustración.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

CONTEXTO DOCTRINARIO

2.1.1 EL ITER CRIMINIS Y LA TENTATIVA

El Iter Criminis supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación al agotamiento. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta el agotamiento del delito, esto es todo lo que pasa desde que la idea entra en él hasta que consigue el logro de sus afanes. Y tiene dos formas fundamentales: interna y externa.

La fase interna sólo existe mientras el delito, encerrado en la mente del autor, no se ha manifestado exteriormente.

La externa ya se manifiesta. Sale a la luz por actos, incluso de preparación. La Fase interna conlleva Ideación, deliberación, y resolución. Surge primero, es lo que los escolásticos llamaban la tentación. La idea de delinquir aparece en la mente del sujeto éste puede rechazarla o no. Y en el primer caso la idea puede volver: El sujeto ya delibera pero puede determinar una resolución criminal que aún no manifestada exteriormente es capaz de sufrir dos procesos. Uno quedar anulada en el agente. Otro salir de él; con esto ha quedado agotado el proceso interno y se entra en los actos externos. Así tenemos que la fase externa Iniciase con los actos preparatorios. (Frías Caballero, 1996, p. 130**).**

2.1.2 LA TENTATIVA Y LA CONSUMACIÓN

Como toda conducta humana, muévase la acción criminal dentro de lo temporal y espacial, los actos soldando eslabones, forjan la cadena de la conducta, pero esta conducta no siempre realiza toda la curva. Cuando ello ocurre surgen formas anormales de conducta delictuosa. La tentativa es en este sentido el punto donde al realizarse la curva del delito se ha detenido este sin llegar a constituir el sistema complejo e integral que normalmente realiza desde la concepción hasta el modificarse el mundo externo.

A medida que la idea criminal se realiza, los actos que la corporifican se van acercando a la violación del bien protegido por el derecho, llegaremos así en determinado momento a una zona gris, fronteriza entre lo que constituye actuar aun lícito o jurídicamente irrelevante y actuar ilícito en sentido penal, jurídicamente relevante.

Se concibe a la Tentativa como una conducta típica y punible por extensión o por ampliación y que además para acarrear responsabilidad criminal deberá ser

antijurídica, imputable y culpable **(**FRIAS Caballero, 1996**)**

2.1.3 DESLINDE ENTRE EL COMIENZO DEL PROCESO EJECUTIVO Y EL ACTO O ACTOS PREPARATORIOS DEL DELITO. DISTINCIÓN ENTRE TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

- APORTES TEÓRICOS

La univocidad. La teoría de la tentativa en la obra de Carrara.

a) Las fuerzas del delito

> El delito como ente jurídico requiere, para no violar los principios inmutables y absolutos de la justicia ser a la vez producto de la conjunción de dos impulsos: La fuerza moral y la fuerza física, que derivan respectivamente de la intención y del acto externo perjudicial. Sin ellos no es posible reprochar a nadie el hecho como delito.
>
> La fuerza física del delito consiste, subjetivamente en su causa, en el acto corporal: nace del movimiento que el alma imprime a los miembros para hacerlos servir, según su designio a la ejecución del hecho delictivo.
>
> Considerada en su resultado, u objetivamente, es el daño causado a otro con la acción, consiste en la violación efectiva de la ley que acarrea el llamado daño inmediato. Si falta la fuerza moral o la fuerza física el daño no existe en el caso concreto. No obstante puede ocurrir que haya una degradación en la fuerza física del delito sin desaparecer ella misma en su totalidad. Existe peligro temido en aquel riesgo que nunca ha presentado un estado de hecho que haga inminente la violación del derecho. Es en cambio peligro corrido el que nace de un estado de hecho, que hace inminente en un momento dado, aquella violación.

El elemento subjetivo, la llamada fuerza moral el delito, es sustancialmente la misma en el delito en grado de consumación que en grado de tentativa. Carrara expresa que la intención ha de ser directa y perfecta.

El acto peligroso que caracteriza la tentativa no puede consistir en un acto externo. Como acto externo debe tomar la forma de acto de ejecución. Mientras no existe acto externo, de la clase de aquellos que por la naturaleza del hecho representan un momento físico de la acción, no puede hablarse de comienzo de ejecución, necesario a la Tentativa. De aquí resulta necesario sentar dos principios: es indispensable a la tentativa un acto externo de ejecución: este acto externo debe contener la posibilidad de alcanzar el fin criminal.

No constituyen, en consecuencia, los actos preparatorios la tentativa, que si bien pueden ser un comienzo de ejecución para el agente, no lo son frente a la exigencia legal. Tampoco los actos externo inidóneos, sea subjetiva, sea objetivamente, ni aquellos en los que hay un obstáculo jurídico que imposibilita el delito querido, dando lugar al caso llamado de delito imposible por causa legal.

No existiendo acto externo de ejecución o no conteniendo éste la posibilidad de alcanzar el resultado, cesa el peligro real que pudo correr el derecho de ser violado y desaparece por consiguiente la fuerza física o elemento material del conato. Esto ocurre en los casos estudiados, pero también puede acontecer que este desaparezca en razón del exceso de la misma. En dos formas puede presentarse el exceso: 1- o constituyen los actos de violación completa del mismo derecho que se quería violar con el acto final, de modo que esa efectiva violación, unida a la posibilidad del daño material, supla a la no realizada efectividad de éste, o, 2.- son una violación completa de una ley o derecho más importante.

Lo primero ocurre en los que Carrara llama delitos de daño inmediato universal, en los que la Tentativa lesiona el derecho general convirtiéndose en delito perfecto aunque se malogre el propósito del agente, tales son los delitos en que la ley pena sólo el peligro en los que el principio de ejecución constituye ya la perfección del delito.

Todas las acciones humanas son cadenas de medios a fines, pero es

preciso**,** en el área jurídica distinguir entre el fin que se propone el delincuente y la perfección del delito**:** la efectiva violación de la ley que en general no coincide con aquél.

b) Distinción sobre la base de la univocidad de los actos ejecutivos

Con relación a la univocidad**,** Carrara, no ha dado una explicación explícita, aunque existe la noción de cuanto expone en diversas partes de su obra. Cuando el delito está en marcha y comienzan los actos materiales a soldar cadena del desarrollo causal que constituye la conducta antijurídica, cabe discernir una serie de actos cuya dirección es indeterminada a los cuales subsiguen otros que expresan una dirección cierta hacia el delito. En otras palabras hay actos externos conducentes tanto al delito cuanto a una acción inocente, y actos cuya dirección tiende exclusivamente al delito. Esta tendencia en la dirección es la univocidad.

Desde su punto de vista, cuando expresa la dirección cierta, manifiesta, indudable del acto o actos externos hacia un determinado delito. La univocidad viene a ser de este modo atributo del acto ejecutivo. Cuando todos los actos realizados sólo pueden llevar a un resultado criminal, su vinculación con el delito, el peligro corrido es evidente, la imputación a titulo de tentativa se impone. El comienzo de ejecución se ha realizado con actos evidentemente dirigidos hacia un determinado acto constitutivo de un hecho punible. (CARRARA, 1907**).**

- LA CONSUMACIÓN.

El deslinde entre tentativa y delito consumado sólo es posible a partir de la determinación del momento consumativo, todo lo que lo que no siendo consumación ha penetrado en el ámbito del proceso ejecutivo y avanzado más allá del simple comienzo de ejecución, es aún tentativa.

Franz Von Listz, expresa que la consumación supone que se hayan dado todos los caracteres del hecho particular constitutivo del delito y que, especialmente se haya producido el resultado exigido por la ley en la

definición. La misma se determina, por tanto, en cada delito por el derecho vigente.

Jiménez de Asúa y Antón Noquea, consideran la tentativa como " la ejecución incompleta del delito". (JIMÉNEZ de Asúa, 1928, p. 63)

Santelli y Romano de Falco, expresan que hay delito consumado cuando por efecto de la actividad criminal del culpable, se verifique el resultado en que el delito consiste. (Romano, 1931)

Se puede decir en términos generales que hay delito consumado cuando determinada conducta, surgida en la realidad externa, ha realizado totalmente el tipo en todos sus elementos. Dentro de estos términos, cuya flexibilidad no permite excepciones, se halla comprendido el resultado propio de cada delito.

- EL MOMENTO CONSUMATIVO EN LOS LLAMADOS DELITOS FORMALES.

En la terminología jurídica se usan a menudo las palabras: delitos formales y delitos materiales para designar dos grupos de delitos distintos y cuyas diferencias se han interpretado de diferente modo.

La distinción ha sido puesta en tela de juicio y controvertida en la doctrina, las críticas que se han venido haciendo a tal modo de dividir los hechos delictuosos han dado origen a otras divisiones, variando muchas veces el punto de partida de la división misma.

Así se ha sustituido la oposición delito formal - material, por la de delitos de simple actividad o meros delitos de acción y delitos de lesión, o de peligro y de lesión, o delitos de peligro y de daño o resultado. Las distinciones así propuestas no siempre coinciden con la oposición originaria ni con su punto de partida.

Tan pronto como se dé a la palabra resultado un sentido restricto, habrá que concluir que no hay delito sin resultado, que consiste en el acaecer

efectivo de la actividad que en cada caso agota el tipo y no puede lógicamente faltar en ningún delito.

En conclusión, los delitos formales, de peligro o de mera actividad, se tendrán también por consumados cuando se realiza su resultado propio. Lo que ocurre es que en los mal llamados delitos formales o de simple actividad**,** esos dos momentos coinciden en el tiempo y se sueldan íntimamente.

- LA TENTATIVA EN LOS DELITOS FORMALES.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se acostumbra afirmar como principio la imposibilidad de la tentativa en los delitos formales, sin aducir otra razón que no sea precisamente la de ser formales.

El concepto es fundamentalmente equivocado, como se ha señalado por muchos tratadistas. A fin de evitar este y otros equívocos es que se ha propuesto suprimir la división entre delitos formales y materiales sustituyéndola por otras.

Según ALIMENA no es verdad que:

> los delitos materiales sólo por serlo admiten tentativa y los formales por la misma razón no la admiten. Los primeros son susceptibles de tentativa no porque estén constituidos por la lesión real y efectiva de un bien jurídico sino porque para ello es menester hacer cierto camino. Los formales, aunque estén constituidos por un peligro actual y un daño potencial para el bien jurídico, admiten o no tentativa según que entre la intención y el peligro y daño, haya o no que recorrer cierto camino. (Alimena, 1936 p. 438)

Según algunos, hay delito formal siempre que la ley en un delito determinado prescinda de la realización del intento propuesto por el agente. Otros fundan la decisión en la verificación o no de un resultado. Si este debe producirse hay delito material, si requiere una simple acción es formal.

Battaglini, se ha ocupado especialmente del tema, luego de criticar la

distinción sobre ambas base propone sustituirla por otra.

La vieja categoría de delitos formales y materiales, expresa, sólo sirve prácticamente en materia de tentativa, como surge por otra parte, de la doctrina tradicional. Ella puede, en consecuencia suprimirse evitando las dificultades y confusiones que origina, si se encuentra otro criterio que conduzca a la solución que se ha querido obtener con aquella. A tal fin propone la división en delitos unisubsistentes y delitos de ejecución compuesta. La Tentativa no es posible en los primeros, sí es en los segundos, aunque se trate de delitos formales según la vieja terminología.

Los delitos unisubsistentes son aquellos en los que basta un acto único para perfeccionarse. Los de ejecución compuesta, en cambio, son aquellos que presentan una objetividad material constituida de actos temporalmente separables**.**

Desde el punto de vista del momento consumativo pueden fijarse cuatro categorías de delitos, incluyendo los delitos permanentes y continuos:

a- delitos en los que un acto único puede consumarlos: unisubsistentes;

b- delitos en que el momento consumativo puede alcanzarse gradualmente (recorriendo un camino) desde el primer acto ejecutivo hasta el verificarse de la lesión jurídica: de ejecución compuesta,

c- delitos en que según la norma la consumación es momentánea: instantáneos,

d- delitos en los que la actividad criminal, constitutiva de la consumación, es susceptible de continuar ininterrumpidamente por cierto tiempo: permanentes.

En los delitos llamados formales, habrá o no tentativa según se trate en cada caso de delitos de ejecución compuesta o de delitos unisubsistentes.

Lo mismo ocurrirá en los llamados delitos de peligro que son susceptibles de tentativa según sean de una u otra especie. (Battaglini, 1937)

EL DESLINDE.

EL TIPO.

El deslinde con la Tentativa del delito consumado, se ha de obtener a partir de

la determinación, caso por caso, del momento consumativo, de conformidad con el tipo legal correspondiente.

La relatividad de los conceptos de ejecución (en sentido amplio) y de consumación queda así puesta de manifiesto. En este como en los otros casos habrá que realizar el cotejo entre los hechos surgidos en el mundo de la vida real y el tipo especial. En este segundo problema será particularmente útil la regla ya enunciada: siempre que sin llegar a la consumación se haya superado el simple comienzo de ejecución, habrá aún tentativa.

Con relación a los delitos materiales la aplicación de este criterio la fijación del momento consumativo es realizada por el tipo describiendo un resultado especial.

2.1.4-IMPORTANCIA DE LA FIJACIÓN DEL MOMENTO CONSUMATIVO PARA LA DETERMINACIÓN FINAL DE LA TENTATIVA (TENTATIVA ACABADA) EN ALGUNOS DELITOS.

El procedimiento que acabamos de exponer, en el cual el punto de partida está constituido por la determinación, caso por caso de la consumación, de conformidad al tipo especial correspondiente, tiene una especial importancia en algunos delitos.

Las contradictorias y a veces muy discutibles soluciones a que han arribado la doctrina y la jurisprudencia derivan del olvido de las características típicas y de su defectuosa interpretación. Es así como, de conformidad a las teorías que se han acumulado en torno a este punto, el momento de la frustración no es posible frente a textos legales que sin embargo no autorizan tal conclusión.

En conclusión la determinación del proceso ejecutivo, en toda su extensión, es un problema atinente al tipo delictivo especial y concreto.

2.1.5 EL BIEN JURÍDICO TUTELADO .

Antes de entrar en la consideración del bien jurídico en materia de drogas, y

especialmente, en lo referente al tipo genérico de trafico estupefacientes, se ha preferido exponer ciertos aspectos en torno al concepto de bien jurídico, dado que para la doctrina constituye el centro esencial del injusto (Bustos, 1982, p. 80).

La noción de bien jurídico ha sido el resultado de una serie de disertaciones para explicar y tratar de aprehender el contenido material de la antigüedad, o de la propia tipicidad según opinión de otros.

De acuerdo con Bello Rengifo, los orígenes del concepto se remontan al año 1834, cuando Birnbaum elabora esta formulación:

> ...en tanto es intención de toda prescripción que amenaza con una pena, prevenir la lesión o puesta en peligro de un valor significativo para la vida jurídica, el concepto de objeto de protección es solo aquella síntesis categoría con la cual el pensamiento jurídico intenta captar el sentido y el fin de las prescripciones penales particulares (Bello, 1984, p.182)

Luego de tal formulación vinieron cambios generados fundamentalmente por el desarrollo del nuevo pensamiento penal ocurrido durante el siglo pasado a raíz de la consolidación del ideal iluminista gestado en el siglo XVII. Para ese concepto de bien jurídico prevalece una motivación liberal y se toma como punto de partida la ordenación de las normas punitivas en torno a los fines comunes de los particulares y de la comunidad. De modo que con el tono que le da Von Lizst a este enfoque, el telón de fondo del bien jurídico se ubica mas allá de lo jurídico en su trasfondo social (Bustos, 1982, p.72; Bello , 1984, p.182).

Estos intentos por conceptuar o, por lo menos, dibujar las líneas definitorias del pilar de la estructura de la parte especial del Derecho penal y de cada uno de los tipos delictivos en particular, no había culminado conforme a las exigencias de la propia dogmática penal, a pesar del desarrollo alcanzado por otras instituciones penalisticas, tal como ha ocurrido con la teorización del resto de la parte general del derecho penal.

En una posición mas diáfana, la dogmática alemana en su ensayo alternativo luego de la segunda guerra mundial, propuso regular expresamente que la función del

Derecho penal es la protección de bienes jurídicos (Rudolphi cit. Bello,1984, p. 82).

ca a los dispositivos penales en la mira de protección de esos bienes tutelados, y por ello, la ocurrencia de la lesión constituye el norte de este postulado. Por consiguiente es claro que el bien jurídico representa ese ente, interés o valor sui generis con contenido material de sustrato o jurídicamente considerado y, apreciado de tal forma, que solo cuando se produzca el ataque se podrá atisbar un delito, pues el bien jurídico representa el aspecto esencial valorativo que le hace a la conducta victimizadora, materialmente típica y antijurídica.

Con sentido análogo Bricola propone "asumir la constitución como fundamento mismo del derecho penal ". Al extremo de sostener :"... che il costituente ha voluto delimitare I¨ambito dei fatti punibili entro limiti di stretta necesita (Fiandaca,1982. p. 49). Con ello este autor no hace mas que expresar el alcance del Derecho penal mínimo cono regla rectora de la creación y aplicación del sistema penal, reproducido por la doctrina cuando sostiene que el derecho penal es la ultima ratio (Bustos, 1982, p. 85; Fiandaca,1982, p.77)

Bricola hace su formulación partiendo del articulo 13 de la Constitución italiana de donde infiere que, únicamente es procedente la sanción penal cuando se esta frente a la violación de un bien jurídico, el cual, aunque no sea de igual entidad que el valor de libertad sacrificado tenga, por lo menos relevancia constitucional (Fiandaca, 1982, p. 49). Su planteamiento busca, mediante la derivación constitucional de la cuestión penal, darle justificación positiva a la aplicación del castigo que permita al interprete confrontar con el texto fundamental la afectación del bien y la preponderancia del objeto protegido frente al valor de la libertad.

Algo que en apariencia ha contribuido a dificultar una elaboración general y estable de la noción del bien jurídico ha sido la incomprensión de su estrecha conexión con el tejido social, que lo entrelaza con otras dimensiones de lo social, cultural,

político y económico. Por ello, recientemente Hassemer ha dicho que los bienes jurídicos no se elaboran en laboratorios sino que son productos de la experiencia social (1989, p. 283).

De allí que sea absurdo pensar que si se generan cambios en estas y otras instancias las valoraciones y conceptos sobre determinados entes queden incólumes. De hecho, como asienta Rudolphi: la noción del Estado implica inamovilidad, por el contrario, el bien jurídico ha de rastrearse en la dinámica trama de la vida social, por tanto, es variable, sujeto a cambio y evolución (Bello Rengifo, 1984, p. 187) . Así es como debe ser reconocido y puesto en funcionamiento.

Sin embargo, las formulas jurídicas que se perfilan para proteger determinados bienes jurídicos, parecieran no reproducir el aspecto dinámico del concepto. Baste con mencionar que para el caso de Venezuela han trascurrido cuatro lustros sin las reformas penales importantes a pesar de la evolución de la vida comunitaria. Además existen conductas, tan o mas dañinas que muchas de las tipificadas, que no aparecen registradas en la legislación penal siendo que afectan “bienes jurídicos” no claramente definidos, o confusos, debido a la falta de consistencia en el estudio y a la atención de las necesidades o prioridades que deben protegerse; tal es el caso del ambiente. Otro claro ejemplo se refiere al aspecto económico del país y la exigua o inexistente protección, lo cual no tiene justificación desde una opinión bien delimitada en materia de política criminal. Por el contrario, se criminalizan conductas que no afectan bienes jurídicos o que aun afligiéndolos, no requieren la protección del ámbito penal.

En la política legislativa tradicional es notable apreciar como se manipula la función del bien jurídico haciéndolo encoger y estirarse de acuerdo con criterios distintos a los expuestos. De esta manera, el dinamismo de la especie no es comprendido, sustituyéndole como excusa para un abusivo soporte “legítimante” de políticas represivas. Así furtivamente la agencia legislativa (parafraseando a Zaffaroni) en un intento poco ortodoxo en materia de creación de leyes, diseña normativas que, lejos de sembrar diafanidad con respecto al fin perseguido, lo confunden en precepto que se presentan protegiendo uno o varios objetos de tutela, varios

confusos o quizá real o preciso. Por ejemplo: el articulo 74 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio publico exhibe la conducta de la falsificación de las certificaciones medicas que contemplan el articulo 331 del Código penal, siendo que en el primer instrumento legal, la tipificación protege la cosa publica y en el segundo la fe. Se hace difícil creer que esta duplicación típica se deba al carácter pluriofensivo del delito.

En este sentido es conocido que no es el fuerte del legislador Venezolano diseñar programas legislativos bajo rigurosos estudios de Derecho, ni planificar su ejecutoria para cuando sean puesto en vigencia los instrumentos normativos. Parecieran ser otras motivaciones que conduzcan a tanta improvisación, asi ocurre con quienes quieren abarcar de un solo plumazo, todo un universo de conductas presumiblemente “dañinas o riesgosas” para la comunidad, sin que previamente se haya ponderado la necesidad y los efectos de la intervención penal.

A tal fin, la doctrina penal contemporánea propone considerar los limites de relevancia de la noción del bien jurídico como criterio de criminalización (Fiandaca, 1982, p. 73). Este postulado se entrelaza con la perspectiva del derecho penal constitucional, tratada en párrafos anteriores, según la cual la Constitución actuaría como marco del equilibrio entre la oposición ostensible entre el bien jurídico agredido y el bien jurídico sacrificado con la aflicción de la pena. Para lo cual, el contrapeso de la balanza se guiara por la supremacía de la tutela de la libertad.

Para la tesis anotada, el ámbito constitucional será el llamado a otorgarle tutelaje a determinados objetos protegidos implícita o explícitamente en su texto (Fiandaca, 1982, p. 74). Este sería el mecanismo de legitimación de la protección penal que aseguraría una racional selección de los bienes jurídicos necesitados de la máxima salvaguarda jurídica: la penal.

Este planteamiento cobra mayor precisión en la exposición de Bustos acerca del Derecho penal como ultima ratio, de donde concluye que no todo bien jurídico debe ser resguardado de la misma forma por las normas penales (1982, p. 85) . Explica que seria tan absurdo negar la existencia de un bien jurídico donde lo hay, como erigir

tipos penales a toda costa, frente a la sola presencia de un bien jurídico. Para ello, ante el caso del aborto, sostiene que nadie podría negar la presencia de un objeto de tutela: la vida- sea cual sea la disertación en cuanto a su naturaleza dependiente, incipiente o gestada, entre otras; por lo que sería equivocado apelar a la abolición del delito por inexistencia del bien jurídico. Sin embargo argumenta, que la discusión sobre el carácter punible del aborto, radica en ponderar si es conveniente la protección penal y cual debería ser el alcance de este, o si por el contrario se estarían sacrificando otros bienes de mayor valor, o simplemente se la intervención penal sería inútil, cuando no contraproducente, desde la óptica de la política criminal (1982, p. 86).

Si entrar en la disputa acerca de la criminalizacion del aborto, el modelo citado sirve para ilustrar el alcance del bien jurídico como mecanismo delimitador del ejercicio punitivo.

No escapan de esta problemática, los preceptos penales carentes de conducta donde se identifica la manera en que se produce un daño a un determinado bien jurídico – aparentemente protegido-lo que hace mas confusa la situación a la hora de evaluar la afección. Por ende, desde una perspectiva iuspenalistica, la conclusión sería descartar al tipo por falta de adecuación a la estructura de protección. Claro, esto no impide que los órganos aplicadores de la ley-entendiéndose poder judicial-muchas veces prefieran aplicar estas normas penales decapitadas, sin brújula, olvidándose que deben comprobar el impacto producido sobre el bien tutelado (Fernández, 1989; Zaffaroni, 1987).

Con suficiente razón se ha criticado la conformación de las legislaciones penales no solamente en Venezuela sino también en otras regiones de la América Latina. Una presentación del problema la advierte Zaffaroni al indicar que, cuando en el discurso jurídico penal se quieren encubrir graves fallas sociales, se provoca o capitaliza la indignación atrapando el fenómeno en una descripción típica que pretende resolverlo con base en casos particulares arbitrariamente seleccionados por el sistema penal (1990 p. 8).

Sin duda que la impresión suministrada por el autor revela la gran

incongruencia que se patentiza en casos en los cuales se han seleccionado tipos delictivos que se divorcian del fin a que deben mirar para su protección. Por ello no resulta extraño conseguir expresas menciones de aspectos casuísticos penalizados que al pasar del tiempo, sirvieron para detener a un determinado grupo de personas o no sirvieron porque no se podía y no se puede adecuar conductas distintas. Esto transforma al tipo penal en instrumento de venganza y, lejos de cumplir con los fines para los cuales fue promulgado, se pierde en un verdadero caos. Tal ha sido la situación de la ley anticorrupción inaplicada en los verdaderos casos de lesione del patrimonio publico mientras esta plagada de tipos delictivos que abarcar, inclusive, la criminalizacion de la falsa emisión de reposos médicos.

A su vez esto conlleva a que el sistema penal se halle en un estado que desdice mucho de su legitimidad, ya que no basta con que exista legalidad formal para justificar su actuación. Sobre este aspecto Zaffaroni ha dicho que la legalidad no proporciona legitimidad, precisamente por quedar pendiente un vació que solo la ficción puede llenar (1190, p. 18). De esta manera, el aspecto de la legalidad penal queda rebasado por su falta de legitimidad.

Bajo ese esquema formal seria utópico encontrar un sistema penal y a sus regulaciones legales funcionando en concordancia con la necesidad de protección de entes, intereses y valores de la sociedad, dado que el operador de justicia se conforma con la subsuncion formal en la norma y no se ocupa de indagar acerca de su función, de su ratio legis y en definitiva, de la afectación del bien jurídico.

Ahora bien, aquí se asume una posición donde lo importante es la manifestación sustancial del bien jurídico-su función tuteladora y legítimamente –para que sea considerado en la aplicación de las regulaciones penales, como autentica expresión de la ratio legis. Solo así puede ser dirigida la interpretación jurídica por los senderos de la finalidad misma del derecho penal.

En cuanto a los bienes jurídicos específicos y tradicionales, siempre se ha mencionado que entes como la vida, la libertad en sus diversas manifestaciones, la

integridad corporal, propiedad, la seguridad interior y exterior del estado, la probidad en el ejercicio de las funciones publicas, la veracidad documental, le dan fundamento a la tutela penal mediante distintas hipótesis de regulación punitiva, pero también, tales objetos dignos de tutela deben estar muy bien delimitados por el legislador (Polaino Navarrete, 1974, p. 265) y evitar la proliferación de delitos con marcado matiz eticista, limites confusos en cuanto a la protección del bien tutelado y descripciones que oculten la acción principal (Zaffaroni, 1990, p. 17).

Este planteamiento también obliga a que el legislador evalúe si determinado objeto o valor se encuentra eficientemente protegido y que excluya los casos de falsa tutela; de suyo que el bien jurídico este adactus legibus y adactus societas.

Por su parte, el aplicador cuando realiza la adecuación típica de las conductas debe ser muy cuidadoso para no causar la confusión que divorcia los dos aspectos de la legalidad penal, es decir, el bien jurídico y el tipo delictivo.

Entonces ¿cual es la noción y el alcance objetivo del concepto de bien jurídico?.

Para **Polaino** Navarrete, bien jurídico es "...el bien o valor merecedor de la máxima protección jurídica, cuyo otorgamiento es reservado a las prescripciones del derecho penal" (1974, p. 270).

Este autor llega a precisar tal concepto tras abordar alcance del contenido material de la noción del bien jurídico, señalando que se encuentra dotado de dos ordenes de igual importancia: bienes y valores. Entiende por bien, aquel objeto útil para satisfacer necesidades personales en el ámbito de la convivencia humana que exigen la máxima protección jurídica. Y, por valor a los "atributos anímicos-espirituales de especial trascendencia para la autorrealización de la persona en sociedad "(1974, p. 268). Asimismo observa que interés no significa lo mismo que bien jurídico, debido a que la noción de interés tiene una característica subjetiva mas relacionada con la posición que juega el sujeto frente al objeto de tutela. No obstante, acepta la noción de enteres equiparada a valor, en una relación de especie a genero, según la clasificación del contenido del bien jurídico en bienes y valores, consignada

arriba (1974, p. 270).

Sin embargo la afirmación de Bello resulta categórica en el análisis del tema, advirtiendo que el bien jurídico no es un “ente material”, tampoco una abstracción, ni menos un criterio metodológico. Se concibe como una unidad normativa – axiológica o mejor jurídica, donde su contenido subyacente es la materia valorada, pero esta como tal es aprehendida por la función social del Derecho (1988, p. 77).

Esta concepción es armoniosa con la noción de bien jurídico suministrada por Bustos y Hormazabal, cuando sostiene que este constituye el punto de enlace a conexión entre la relaciona social y el derecho, de manera que es el bien jurídico quien permite la adecuada relación jurídica de las conductas que serán adaptadas por el tipo penal (1980, p. 542).

Claro está que antes de arribar a esta determinación. Bustos y Hormazabal exponen su noción de conducta o acción entendida jurídicamente como algo que va más allá de la acusación de un resultado y que también excede su realidad óntico-ontologica por tratarse solo de los comportamientos manifestados en su relación social dinámica. De allí que este sea el único sentido en que las conductas tienen posibilidad de ser captadas por el tipo penal. De esta manera, el bien jurídico cobra fuerza como puente y síntesis concreta de una relación social dinámica (1980, p. 535/542).

Pero hay algo mas, con esta explicación no solo se toca lo referente a la función garantizadora del bien jurídico como razón de la protección de una determinada situación o de los fines perseguidos con cierta tutela, sino que además el bien jurídico dota de contenido material al injusto, esto es tanto a la tipicidad como a la antijuricidad (Bustos- Hormazabal, 1980, p. 549). Para ello, estos autores niegan que el contenido material de la tipicidad puede estar dado por la causalidad, ni tampoco por la teoría de la adecuación social –ambas por ser ajenas a las valoraciones empleadas en el mundo jurídico- sino que lo único que puede determinar el contenido material de la tipicidad es el principio de bien jurídico que constituye su funcionamiento (1980, p. 549).

Esto se explica porque el problema de la tipicidad es en definitiva: determinar

cuales acciones son atribuibles al tipo, lo cual sólo se puede lograr desde el punto de vista del bien jurídico, en tanto que este implica una relación social que se comunica mediante el bien jurídico con el mundo jurídico (1980, p. 551).

Como se observa, la tesis aportada por estos autores coloca como centro del injusto al bien jurídico y no a la acción, lo cual implica que para poder interpretar y aplicar correctamente la teoría de la tipicidad, el interprete debe mirar a través del bien jurídico, utilizando los criterios anteriormente anotados en relación con las reglas de la teorización del bien jurídico que permiten realizar esta labor. Así tendrán que ser considerados los principios de insignificancia, como también cierta versión corregida de la adecuación social de la conducta, utilizable únicamente a fin de restringirse la punibilidad de las conductas a la estricta necesidad de castigo (Zipt, citado por Bustos-Hormazabal, 1980, p. 552).

Con esta concepción se deja sentado que aun cuando no exista un criterio univoco en relación con la conceptuación, contenido y extensión del bien jurídico, ello no obsta a que la esfera valorativa tenga un sentido que vaya en pro de la convivencia humana y que las normas que se constituyen lleven como ultima ratio su protección (Fiandaca, 1982, p. 77). Debe partirse de la tesis según la cual, si existe una acción típica que no afecta un interés comunitario, no habrá delito. Vale decir como sostiene Bustos, que todo tipo penal requiere imprescindiblemente de un bien jurídico (1982. p.73). Esta es la regla para la interpretación y aplicación de las normas punitivas en general.

Bustos ha dado una versión del bien jurídico que, mas allá de ser una aclaratoria, dota de nuevo contenido a esta formula con el fin de hacerla mas viva y cercana a su autentica función jurídico-penal. Sostiene que la importancia del bien jurídico como “formula sintética concreta”, además de requerir la verificación de su existencia y la determinación de su carácter abstracto, mediato confuso o impreciso; conlleva a desentrañar que esos entes tutelados gozan de “las características propias de una formula sintética de la relación social” recogida y concreta en el ente jurídico general.

Esta tesis develaría el sentido del bien jurídico como unidad garantizadora de carácter cognoscitivo, es decir, que sirva también para que todo individuo pueda conocer que se está protegiendo y apreciar las razones que sustentan ese tipo de protección (Bustos, 1982, p. 71). Aparte de esto, agregar en materia penal estas apreciaciones generales se cierran a la función justificadora del bien jurídico penalmente tutelado como ultima ratio, pues no todo bien jurídico necesita protección penal (1982, p. 72).

Bustos incluye en un análisis de varios niveles, según el cual, se puede apreciar la relación existente entre política criminal e injusto penal, establecer principios garantizadores y democráticos. En la perspectiva de esta investigación: rescatar el carácter legitimador del bien jurídico como pieza esencial del sistema penal.

La orientación que se ha venido esbozando acerca del bien jurídico goza del máximo respeto y reconocimiento de la doctrina penal moderna, aun en los planteamientos en los cuales se expone en forma critica la consideración actual del bien jurídico para que no pierda su función y concreción frente a la incorporación sucesiva de diversos entes y figuras protectoras. En esta perspectivas Hassemer ha formulado recientemente su teoría "personal" del bien jurídico utilizándola como criterio para el análisis del funcionamiento en derecho penal, debido a la vinculación existente entre atribución de la pena y afectación del bien jurídico" (1989, p. 276).

Según el esquema de Hassemer el bien jurídico cumple una doble función referida a su dimensión político- criminal: 1) descriminalizar las acciones que no afecten el objeto de protección jurídica y 2) criminalizar solo aquellas conductas que signifiquen dicha agresión. Sin embargo, lo anterior lo expone únicamente como presupuesto necesario pero no suficiente para la criminalizacion, pues además debe cumplirse con lo que el jurista llama "la formalización de la administración de justicia" que implica cumplir con: i)la subsidiariedad (el Derecho penal solo intervendrá cuando no exista otro medio de resolución del conflicto); ii) la dañosidad social (impacto social, y no individual); iii) tolerancia,

humanidad y protección de la dignidad (el mandato penal no debe socavar los fundamentos de la cultura jurídica). A lo que este jurista añade: los principios del derecho penal y de las leyes penales; de modo que el legislador penal tiene que sujetar el tipo penal a la tutela de bienes jurídicos dentro de estos limites precisos y estrechos (1989, p. 278-279).

Hassemer continua explicando cómo muchas de las criminalizaciones actuales miran a bienes jurídicos difusos (como ocurre con las drogas) y, sin embargo, pueden ser concretados mediante la apreciación de su teoría personal del bien jurídico que no desdeña a los bienes universales (Estado, administración de justicia, entre otros), ni abandona el examen de las criminalizaciones difusas, sino que exige la consideración de otra faceta de la concepción del bien jurídico para cubrir situaciones como la protección del ambiente, los ataques a la forma de organización económica estatal o los referentes a las drogas, sin tener que sacrificar la necesaria concreción del bien jurídico, mediante la comprobación de la necesidad e idoneidad de la criminalización es atención a la subsidiariedad. Desde esta visión el legislador tendría comprobar si la protección penal favorece realmente los intereses de los seres humanos y de que forma debe hacerlo (1989 p. 283-284-285).

Hassemer parte de un concepto sistemático y relativizado de bien jurídico para evitar“...una adecuación precipitada del derecho penal a los intereses de política criminal“ (1989, p. 279). Considerar esta idea y someter la labor del interprete a todas las verificaciones de idoneidad y necesidad de la protección y de real afectación del bien jurídico constituye el mensaje esencial para los operadores de justicia, quienes son, en definitiva, los que tienen en sus manos cada una de las situaciones reales y directas que se le presentan en su labor rutinaria, a través de la inmediación de cada caso en concreto.

Pues bien en relación con las figuras punibles relativas al comercio ilícito de drogas, se alude al bien jurídico salud publica; de modo que la justificación jurídico-dogmática de la punición de los delitos de drogas se basa en el resguardo que el estado,

mediante el sistema penal, quiere brindar a la salud colectiva por tratarse de un ente que ha sido apreciado como valioso y necesitado de tutela especial contra determinado tipo de ataque. Por ello la orientación de la punición penal, en materia de drogas, está dirigida hacia la tutela de la salud publica.

Por otra parte lo que el estado tutela penalmente, no puede ser la salud individual sino el ámbito general de la salud, para evitar el riesgo de propagación y el daño a la salud de terceros (Torio, 1981, p. 838); toda vez que la preservación de la salud personal no puede ser ejercida mediante la aplicación de medidas penales .

La legislación española ha sistematizado los delitos sobre sustancias nocivas dentro de los tipos de riesgo en general, mirando justamente el carácter de la salud publica, reiterándose que todos estos supuestos tienen en común el fin preservativo del bienestar publico logrado tras una evolución que va desde la perspectiva sanitaria hasta la ampliación de la noción a otros aspectos vinculados con la calidad de vida y el bienestar social (Boix, 1987, p. 332) . Por ello hoy la salud publica refleja la idea de bienestar físico, psíquico y social que afecta a la colectividad, a la generalidad de los ciudadanos.

Tomando en cuenta el planteamiento anterior, ha de quedar perfectamente delimitado el campo de protección de toda normativa penal y mas en estos casos donde la afección atenta contra uno de los derechos fundamentales de la comunidad. De allí que confundir el bien jurídico tutelado en la normativa penal sobre drogas, sea poco técnico y perjudicial. El legislador Venezolano en la exposición de motivos de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas es tremendista al involucrar hipótesis de afectación de diverso genero en la instrumentación de los delitos referidos a las sustancias prohibidas.

Por ultimo, para tratar al bien jurídico en materia de drogas hay que precisar dos asuntos:

1) ¿qué se protege con esta legislación?

2) ¿qué forma de afectación de ese bien especificado puede darse dentro del mundo jurídico –penal?.

La primera cuestión lleva a la determinación concreta y precisa del bien tutelado reducida a la protección de la salud pública.

Por otro lado, las vías de posible afección de la salud pública pueden ser de daño o de peligro, aunque se ha entendido que basta la puesta en peligro para justificar la criminalizacion de las conductas vinculadas a las drogas. Sin embargo, en estos casos se habla de peligro abstracto para explicar una forma de impacto sobre el bien jurídico que no es directo y prescinde de la generación de un peligro concreto para el ente tutelado.

2.2 MARCO LEGAL.

Articulo 57 de la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas**:**

> Las penas previstas en el presente Titulo se aplicarán conforme a las reglas pertinentes establecidas en el Código Penal
>
> **En los delitos previstos en los artículos 34,35,36,37 y 47, no se admite la tentativa de delito ni delito frustrado.**

Articulo 34 de la citada ley:

> El que ilícitamente trafique, destruya, oculte, fabrique, elabore, refine, transforme, extraiga, prepare, introduzca, transporte, almacene, realice actividades de corretaje, dirija o financie las operaciones antes mencionadas y de trafico de las sustancias o de sus materias primas, precursores solventes y productos químicos esenciales, desviados para la producción de estupefacientes y psicotrópicos a que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de diez (10) a veinte (20) años”

Articulo 35 de la citada ley:

El que ilícitamente siembre, cultive, coseche, elabore, almacene realice actividades de corretaje dirija o financie las operaciones antes mencionadas o trafique, transporte y destruya semillas, resinas, plantas que contengan o reproduzcan cualesquiera de las sustancias a que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de diez (10) a veinte (20) años.

Artículo 36:

El que ilícitamente posea las sustancias, materias primas, semillas, resinas, plantas a que se refiere esta Ley, con fines distintos a los previstos en los artículos 3, 34 y 35, y al del consumo personal establecido en el artículo 75, será sancionado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años . A los efectos de la posesión se tomaran en cuenta las siguientes cantidades: hasta dos (2) gramos para los casos de posesión de cocaína o sus derivados, compuestos o mezclas con uno o varios ingredientes y hasta veinte (20) gramos, para los casos de cannabis sativa. En la posesión de otras sustancias estupefacientes o psicotrópicas, el juez considerará cantidades semejantes de acuerdo a la naturaleza y presentación habitual de las sustancias. En ninguno de los casos se considerará el grado de pureza de las mismas.

Articulo 37:

El que por sí o por interpuesta persona, natural o jurídica, transfiera capitales o beneficios por medios mecánicos, telegráficos radioeléctricos, electrónicos, o por cualquier otros medio que sean habidos:

1.- Por participación o coparticipación directa o indirecta en las acciones ilícitas de tráfico, distribución, suministro, elaboración, refinación transformación extracción, preparación producción transporte, almacenamiento, corretaje, dirección financiamiento, o cualquier otra actividad, manera o gestión que provenga de haber facilitado el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y Psicotrópicas, así como de las materias primas , precursores, solventes o productos esenciales destinados o utilizados en la elaboración de las sustancias a que se refiere esta Ley.

2.- Por la participación o coparticipación directa o indirecta en la siembra, cultivo, cosecha, preservación, almacenamiento, transporte, distribución dirección y financiamiento o habidos por al comisión de algún acto ilícito de tráfico, adquisición corretaje de semillas, plantas o sus partes resinas que contengan sustancias estupefacientes y Psicotrópicas .

3.- Será sancionado con prisión de quince (15) a veinticinco (25) años. La misma pena se aplicará al que oculte o encubra el origen, naturaleza, ubicación, movimiento o destino de capitales o uso excedentes , ya sea de activos líquidos o fijos , a sabiendas que son productos de las fase o actividades de la industria ilícita del tráfico de sustancias estupefaciente o Psicotrópicas enunciadas en los numerales 1 y 2 de este artículo , igual pena se impondrá al que realice operaciones de disposición , traslado o propiedad de bienes capitales, o

> derechos sobre los mismos, a sabiendas que son producto de las fases o actividades ilícitas mencionadas en los numerales antes citados: y al que convierta haberes mediante dinero, títulos, acciones, valores, derechos reales o personales, bienes muebles o inmuebles que hubiesen sido adquiridos producto de las fases o actividades ilícitas establecidas en los numerales antes citados.

CAPITULO III
MARCO METODOLÓGICO

3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

De acuerdo al problema planteado, en el cual se pretende demostrar la posibilidad cierta o no de la cabida de la Tentativa acabada o inacabada en los delitos que se refieren a sustancias ilícitas en Venezuela, cuya posibilidad excluyó directamente el legislador en el artículo 57 de la ley, se presenta en esta investigación la siguiente tipología:

El presente estudio esta enmarcado en la investigación documental desarrollando para ello las teorías aportadas por la doctrina nacional como externa, relacionadas con el proceso ejecutivo del delito, es decir las diferentes fases por las que pasa el delito desde el momento mismo en que se presenta en la mente del sujeto activo hasta el momento de su consumación, con el propósito de establecer posturas que han permitido sustentar el tema objeto de estudio.

Lógicamente, para buscar la aplicación de las diferentes posturas de los estudios de la materia, en primer término se describe aspectos particulares que definen las fases de ejecución del delito, la clasificación de los delitos, la posibilidad de fraccionamiento de la conducta en los tipos penales en los que la Legislación especial venezolana excluye la Tentativa y la Frustración, así como la definición de estos conceptos, y finalmente, el bien jurídico tutelado, que permite encuadrar estos ilícitos en determinada clase de delitos, para lo cual es necesario aplicar, además un

tipo de investigación descriptiva.

La investigación en cuestión consiste en analizar documentos, que estén directamente relacionados con dicho estudio. Para ello se seleccionaron diversas literaturas de autores que han estudiado el tema tanto antes de la última reforma sufrida por la ley especial y que recogió la intención del legislador de acabar con la discusión latente, por cuanto no existía una norma como la del citado artículo 57 de la mencionada ley que expresamente negara la posibilidad de la presencia de la forma inacabada en algunos diferentes tipos señalados en la misma. Adicionalmente, la presente investigación se ubica dentro del tipo de investigación documental, por cuanto se consultaron diferentes fuentes bibliográficas y expedientes contentivos de causas de delitos referentes a sustancias ilícitas llevados por ante las Fiscalías 11 y 12 del Ministerio Público del estado Carabobo, con competencia especial en delitos de Drogas, tramitados en un lapso desde julio de 1999 hasta octubre del 2002.

Es una investigación descriptiva, definida como aquella que busca describir situaciones o eventos. Esto es, decir cómo es y se manifiesta determinado fenómeno. Los estudios descriptivos buscan especificar las propiedades importantes de personas, grupos comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis (Danhke, 1986). Miden o evalúan diversos aspectos dimensiones o componentes del fenómeno o fenómenos a investigar. Desde el punto de vista científico, describir es medir. Esto es en un estudio descriptivo se selecciona una serie de cuestiones y se mide cada una de ellas independientemente, para así describir lo que se investiga.

En el caso en estudio el propósito es describir tanto cuantitativamente como cualitativamente el fenómeno de la exclusión directa que hace el legislador de la posibilidad del delito inacabado en lo que se refiere a los tipos más gravosos previstos en la legislación especial, negando la posibilidad tanto al titular de la acción penal como al juzgador de calificar, de acuerdo a las circunstancias específicas del caso, que se han llevado a cabo todos los actos ejecutivos para considerar si el delito se consumó o no.

Es una investigación de campo, que tanto el objetivo general como los específicos, y la hipótesis planteada, han sido demostrados a través de la aplicación de instrumentos de medición mediante un sondeo de opinión a personas relacionadas directa e indirectamente con la realidad estudiada. Investigación esta que define el manual de la Universidad Nacional Abierta (1993) como "un proceso sistemático, riguroso y racional de colección, tratamiento, análisis y presentación de datos, basado en una estrategia de recolección directa de la realidad de las informaciones necesarias para la investigación

Se encuentra dentro del tipo de investigación no experimental, por cuanto el hecho problema estudiado se observó tal como se ha desarrollado, sin manipulación o intervención directa por parte de la investigadora.

Igualmente el estudio es una investigación transeccional o transversal, porque los datos recopilados se obtuvieron en un solo momento, sin que esto signifique que el conocimiento alcanzado se considere definitivo y concluido, pudiéndose posteriormente volver a aplicar los instrumentos utilizados y llegar así a comparar los resultados obtenidos.

De igual manera, se puede decir que es una investigación correlacional, cuyo propósito principal es saber cómo se puede comportar un concepto o variable conociendo el comportamiento de otra u otras variables relacionadas. La investigación correlacional es, en alguna medida, un valor explicativo, aunque parcial ya que al estudiar las variables en sus diferentes indicadores, se pudieron relacionar y así obtener un mejor y mayor conocimiento de la problemática planteada.

Pudiendo también considerarse una investigación explicativa, definido este tipo de estudio como aquel que va más allá que la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos, están dirigidos a responder a las causa de los eventos físicos o sociales. Como su nombre lo indica, su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se da este o porqué dos o más variables están relacionadas En el caso que nos ocupa la información obtenida y procesada, ha permitido explicar

él porqué no es posible determinar el momento consumativo en los delitos referentes sustancias ilícitas.

3.2 POBLACIÓN

Una vez definido la unidad de estudio de análisis, se procedió a delimitar la población que va a ser estudiada y sobre la cual se pretende generalizar los resultados. Así una población es el conjunto de todos los casos que concuerdan con una serie de especificaciones (Seltiz, 1974). La muestra suele ser definida con un subgrupo de la población (Sudman, 1976). Para seleccionar la muestra deben delimitarse las características de la población. La muestra es en esencia un subgrupo de la población. Es un subconjunto de elementos que pertenecen a ese conjunto definido en sus características al que se llama población.

En la presente investigación se ha trabajado con tres tipos de población:

a. La conformada por funcionarios Jueces de juicio y de control del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo.

b. La conformada por Fiscales del Ministerio Público de la Circunscripción judicial del Estado Carabobo.

c. La conformada por Defensores Públicos, adscritos al Sistema autónomo de Defensa Pública del Estado Carabobo.

- Jueces de Juicio 7
- Jueces de Control 11
- Fiscalía del Ministerio Publico (Fiscales de proceso penal) 13
- Defensores Públicos 11

Total 42

Inicialmente se planificó estudiar el universo completo de la población señalada, sin embargo sólo se logró medir una parte de la misma, según se evidencia en las páginas siguientes.

3.3 TECNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS EN LA INVESTIGACIÓN DOCUMENTAL

La investigación documental se elaboró con la técnica de subrayado, citas y normas de referencia, gráficos y redacción de fichas, lo cual permitió agrupar la información de interés, así como también permitió ubicar las obras títulos autores y números de páginas utilizadas.

Se emplearon varias técnicas para la recolección de la información como la observación documental, su presentación a manera de síntesis, resumen analítico y análisis crítico, mediante la lectura del material bibliográfico consultado, se hizo la observación de los hechos presentes en los materiales escritos consultados como ficha estadísticas y expedientes llevados por ante las Fiscalías 11 y 12 del Ministerio Público del estado Carabobo, con competencia especial en delitos de Drogas, tramitados en un lapso desde julio de 1999 hasta octubre del 2002.

Así mismo se extrajeron los datos bibliográficos útiles para el estudio que se realizó, los cuales fueron citados a lo largo de su desarrollo, captando sus planteamientos esenciales en cuanto a su contenido y propuestas con el respectivo análisis crítico, conforma a la técnica del análisis crítico sobre las características de las obras en cuanto a la originalidad de los datos, la competencia en le tema y el época momento de producción

Su utilización fue de índole práctica, por cuanto facilitó la recopilación de ideas principales y secundarias para su posterior desarrollo en al investigación.

De la misma manera, se utilizó la técnica de la observación documental a los materiales bibliográficos que se consultaron durante la elaboración de la presente investigación. Se organizó el material, en primer término de manera General, referido a Fuentes de consulta relacionadas, no con el tema concreto de investigación, pero sí indispensable para entender el proceso ejecutivo del delito y encuadrarlo dentro del estudio realizado. Posteriormente, en segundo

término se organizó de manera Especializada, haciéndose referencia a las necesidades específicas del tema.

3.4 TECNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS EN LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO

En cuanto a la investigación de campo realizada se obtuvo la información, mediante la aplicación de un sondeo de opinión, tanto a la población integrada por Jueces de Juicio, Jueces de Control, como Fiscales del Ministerio Público y Defensores Públicos del Estado Carabobo, todos directamente relacionados con la problemática planteada, conforman la unidad de análisis es esta investigación.

3.5 MUESTRA

La muestra suele ser definida con un subgrupo de la población (Sudman, 1976). Para seleccionar la muestra deben delimitarse las características de la población. La muestra es en esencia un subgrupo de la población . Es un subconjunto de elementos que pertenecen a ese conjunto definido en sus características al que se llama población.

Determinada la unidad de análisis, muestra, considerada como el conjunto de elementos representativos de la población, en donde se aplicaron los instrumentos de recolección de datos, quedó conformado por:

Respecto al primer tipo de población, la muestra quedó integrada por un porcentaje de Jueces de Juicio y Jueces de Control del estado Carabobo, constituido por cinco Jueces de Juicio y cinco Jueces de Control, aún cuando inicialmente se tuvo la intención que fuera la totalidad de los mismos, encargados de juzgar a los autores del tipo penal en estudio.

Respecto al segundo tipo de población, conformada por Fiscales del Ministerio Público, quienes son los titulares de la acción penal, se tuvo la intención que la muestra comprendiera la totalidad de la población, sin embargo al momento de la aplicación del instrumento, solo se pudo aplicar a diez Fiscales, siendo una de las

mismas, Fiscal con competencia especial en materia de Drogas.

Respecto al tercer grupo, conformado por Defensores Públicos del estado Carabobo, quienes tienen la labor de prestar asistencia a los individuos procesados por el tipo penal objeto de estudio también se tuvo la intención de aplicarse a la totalidad de lo funcionarios, pero sólo se aplicó a seis Defensores Públicos.

Lo anterior indica que en cada grupo de población, se aplicó el instrumento a más de la mitad de los funcionarios, quienes representan el sesenta y uno con noventa por ciento de la totalidad, cifra ésta que se puede considerar una muestra representativa de la población.

3.6 INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

En la investigación de campo, se utilizó en la recolección de datos, el tipo de instrumento denominado: encuesta, la cual se aplicó a la conformada por los Jueces de Juicio, de Control, Fiscales del Ministerio Publico y Defensores Públicos, todos del Estado Carabobo.

3.7 TÉCNICA DE ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

Las Técnicas de análisis están encaminadas a interpretar los resultados obtenidos en la investigación

En base a la observación realizada a los documentos, la información recolectada se organizó en cuadros basados en la distribución de frecuencias relativas (porcentajes) de cada uno de los indicadores para su posterior estudio: estos resultados fueron organizados en tablas o cuadros, graficados mediante diagramas sectoriales y con su respectivo análisis en atención a los objetivos planteados en la investigación, utilizando de esta forma las técnicas estadísticas.

Así mismo, se utilizaron las técnicas jurídicas de análisis, las cuales permitieron aceptar o rechazar las argumentaciones de interpretaciones jurídicas, así como las técnicas de la definición, el análisis lógico, la división y la síntesis. Por otra parte, dichas técnicas de análisis, permitieron la evaluación

de los procesos de organización clasificación y codificación de la información tomando en cuanta la validez de los datos recogidos. En virtud de ello, se trabajó con los cuadros estadísticos correspondientes al período junio 1999 - octubre 2002, contentivos de la relación de ingreso de causas de delitos de sustancias ilícitas en las fiscalías de Carabobo con competencia en delitos de Droga, que constituyen, por consecuencia lógica las mismas conocidas en los deferentes Tribunales del estado Carabobo.

Finalmente, en cuanto a la Técnica de análisis e interpretación utilizado en la investigación de campo, el procesamiento de la información obtenida mediante la aplicación de instrumentos, se efectuó empleando frecuencias y porcentajes en cada una de las preguntas que conforman los referidos instrumentos. Los resultados se registraron y se organizaron en cuadros, con su correspondiente representación gráfica y análisis de los datos, ofreciendo así una visión esquemática de la información recabada.

3.8 ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

Esta sección contiene la presentación de los resultados obtenidos en la investigación, con el análisis e interpretación de los resultados. Se incorporaron técnicas gráficas representadas en gráficos circulares que permitieron ilustrar los datos analizados.

De la misma manera se trabajó con las respuestas a las preguntas realizadas a los distintos funcionarios de encargados de la administración de justicia, la cual se recabó mediante tres preguntas cerradas, iguales para Jueces de Juicio y de Control, Fiscales del Ministerio Público y Defensores Públicos, con una variación en la tercera pregunta dirigida a la última categoría de los encuestados, en donde también se presentó el resultado de la información recolectada en cuadros o tablas.

La información recabada de las respuestas de las preguntas contenidas en las encuestas realizada a los distintos operadores de justicia. fue representada en cuadros. Así se denominó cuadro n. 1, a la repuesta aportada a la pregunta

n° 1, realizada a Jueces de Juicio y Jueces de Control del Estado Carabobo: ¿Cree usted que en los delitos referidos a Tráfico, Distribución, Almacenamiento y otros previstos en los artículos 34, 35, 36, 37 y 47 de la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, es posible dar cabida a la tentativa y a la frustración?; cuadro n. 2, a la respuesta aportada a la pregunta N. 2, realizada a la misma categoría : 2.- De ser negativa su respuesta, considera usted que ello no es posible porque: a) La de la Ley especial que rige la materia lo excluye expresamente en su artículo 57, por ser considerados delitos de peligro, b) El hallazgo de la sustancia ilícita en posesión del imputado, sin que se haya materializado cualquiera de los actos constitutivos del tipo penal (entrega, en tráfico; venta en distribución; etc....) realmente consuman el delito, independientemente de la prohibición legal expresa arriba indicada; cuadro 3, corresponde a la respuesta dada por esta misma categoría a la pregunta N. 3: ¿Ha producido usted alguna decisión donde el delito de los tipos arriba señalados hayan sido calificados de la forma inacabada arriba señalada?, Los cuadros n. 4 ,5 y 6, corresponden a las respuestas suministradas a las mismas preguntas, por los Fiscales del Ministerio Público del Estado Carabobo encuestados, los cuadros N. 7 y 8, corresponden a las respuestas suministradas por los Defensores Público a las mismas preguntas N. 1 y 2 realizadas a la dos categorías de operadores de justicia arriba indicadas; el cuadro n. 9, corresponde a las respuestas suministradas por los Defensores Públicos a la pregunta N. 3: -¿Ha solicitado usted en alguna oportunidad, la calificación del delito de los tipos arriba señalados, en la forma inacabada indicada?

3.9 SONDEOS DE OPINIÓN

3.9.1JUECES DE JUICIO y JUECES DE CONTROL DEL CIRCUITO JUDICIAL PENAL DEL ESTADO Carabobo

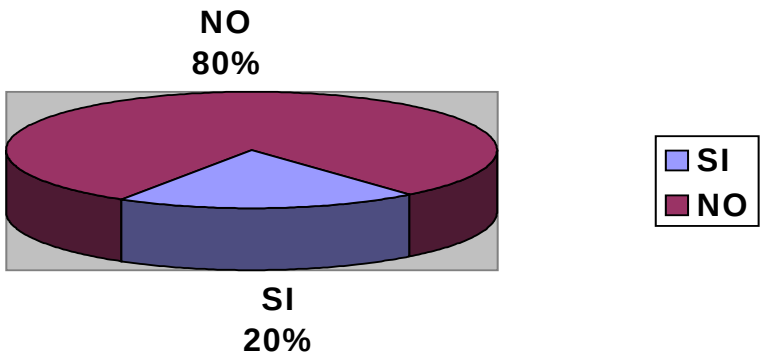
1. ¿Cree usted que en los delitos referidos a Tráfico, distribución , Almacenamiento y

otros previstos en los artículos 34, 35, 36, 37 y 47 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas es posible dar cabida a la tentativa y a la frustración?

CUADRO. 1:

SI	NO
02	08

GRAFICO N. 1



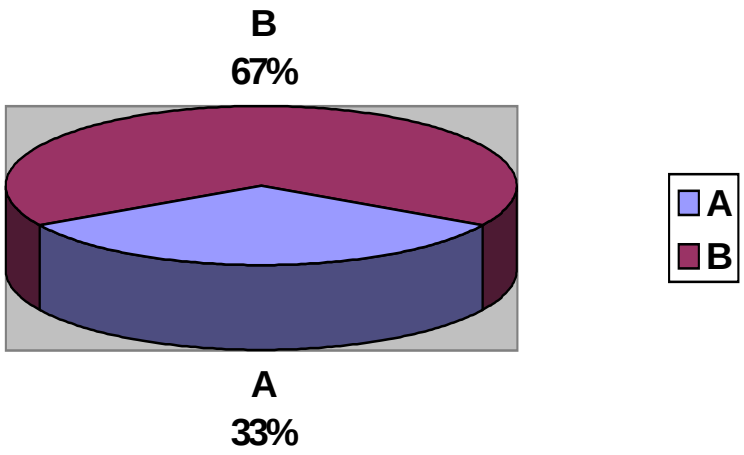
Fuente: Cuadro Nro. 1

2.- De ser negativa su respuesta, considera usted que ello no es posible porque:

CUADRO N. 2

❑ A) La de la Ley especial que rige la materia lo excluye expresamente en su artículo 57, por ser considerados delitos de peligro.	b) El hallazgo de la sustancia ilícita en posesión del imputado, sin que se haya materializado cualquiera de los actos constitutivos del tipo penal (entrega en tráfico; venta en distribución y otros) realmente consuman el delito, independientemente de la prohibición legal expresa arriba indicada.
03	06

GRAFICO N. 2



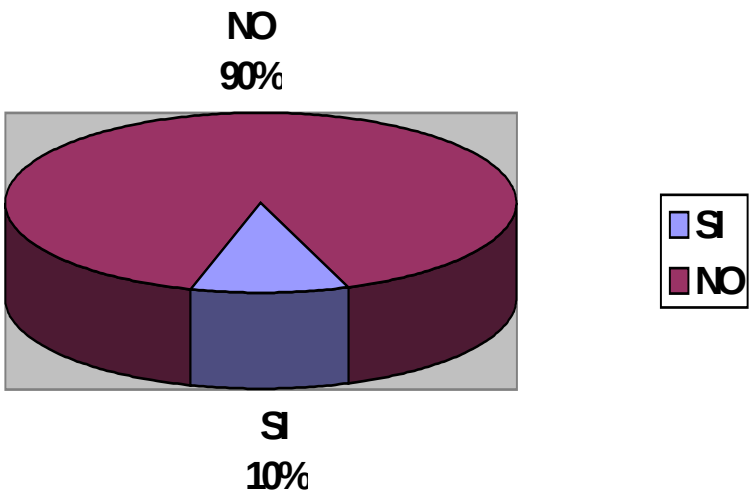
Fuente: Cuadro Nro. 2

3.- ¿Ha producido usted alguna decisión donde el delito de los tipos arriba señalados hayan sido calificados de la forma inacabada arriba señalada?.

CUADRO N° 3

SI	NO
01	09

GRAFICO N. 3



Fuente: Cuadro Nro. 3

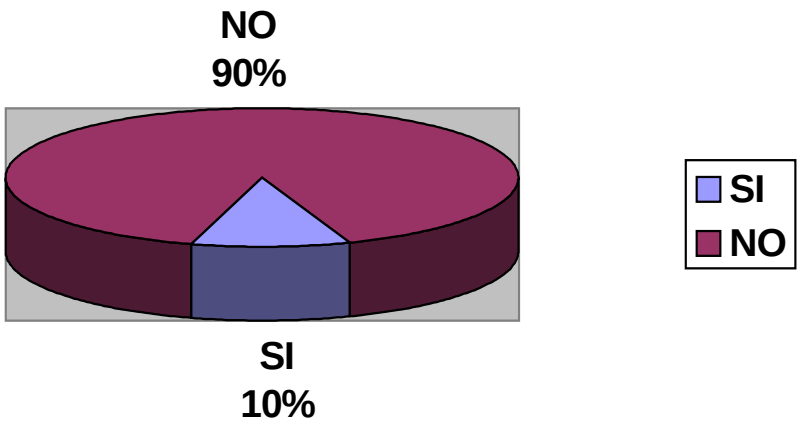
3.9.2 FISCALES DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL ESTADO CARABOBO

1.-1.¿Cree usted que en los delitos referidos a Tráfico, distribución , Almacenamiento y otros previstos en los artículos 34, 35, 36, 37 y 47 de la Ley orgánica sobre sustancias estupefacientes y Psicotrópicas es posible dar cabida a la tentativa y a la frustración?

CUADRO . 1:

SI	NO
1	9

GRAFICO N. 1



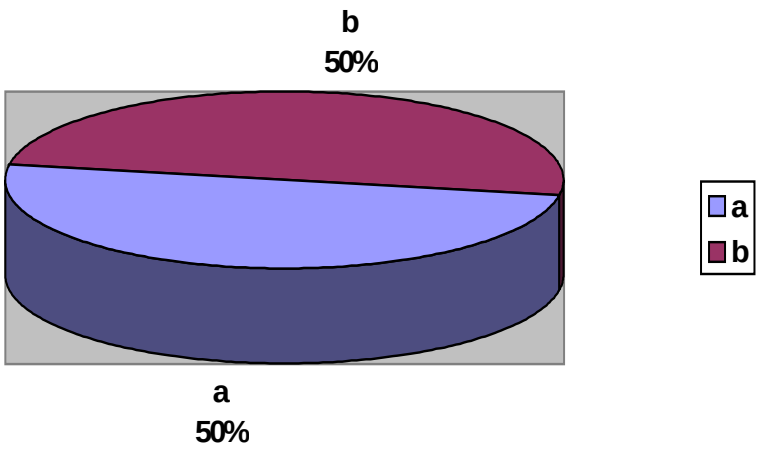
Fuente: Cuadro Nro. 1

2.- De ser negativa su respuesta, considera usted que ello no es posible porque:

CUADRO N. 2

La Ley especial que rige la materia lo excluye expresamente en su artículo 57, por ser considerados delitos de peligro.	b) El hallazgo de la sustancia ilícita en posesión del imputado, sin que se haya materializado cualquiera de los actos constitutivos del tipo penal (entrega, en tráfico; venta en distribución y otros) realmente consuman el delito, independientemente de la prohibición legal expresa arriba indicada.
5	5

GRAFICO N. 2



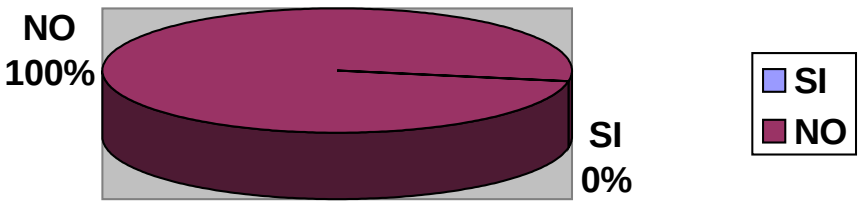
Fuente: Cuadro Nro. 2

3.- ¿Ha producido usted alguna decisión donde el delito de los tipos arriba señalados hayan sido calificados de forma inacabada ?.

CUADRO N° 3

SI	NO
0	10

GRAFICO N. 3



Fuente: Cuadro Nro. 3

3.9.3 DEFENSORES PÚBLICOS.

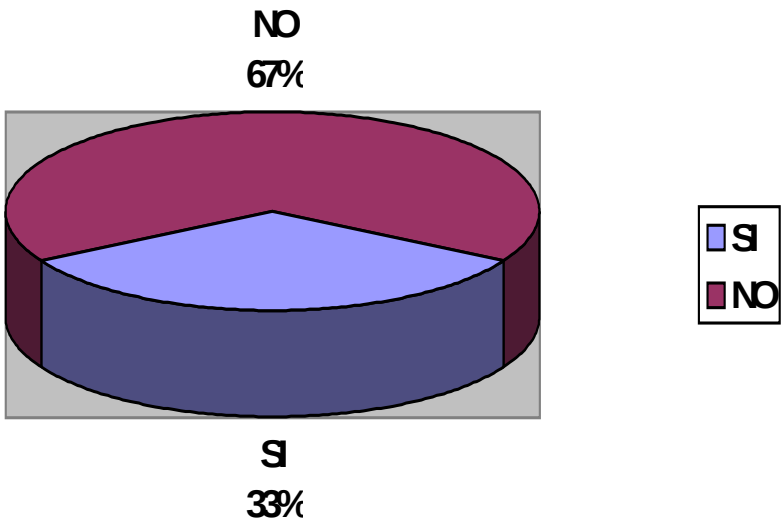
1.-. ¿Cree usted que en los delitos referidos a Tráfico, distribución , Almacenamiento y otros previstos en los artículos 34, 35, 36, 37 y 47 de la Ley Orgánica sobre Sustancias estupefacientes y Psicotrópicas es posible dar cabida a la tentativa y a la frustración?

CUADRO . 1:

SI	NO

2	4

GRAFICO N. 1



Fuente: Cuadro Nro. 1

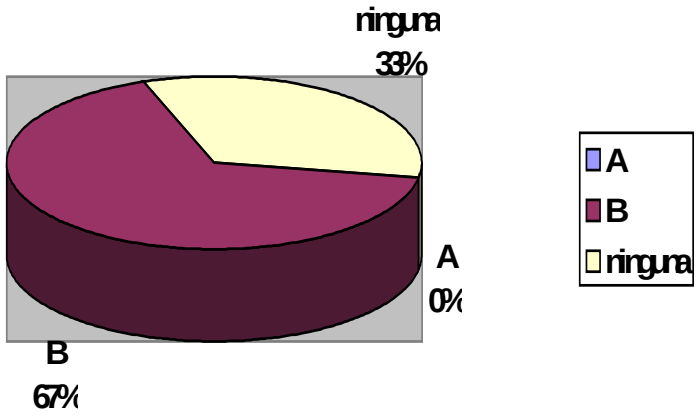
2.- De ser negativa su respuesta, considera usted que ello no es posible porque:

CUADRO N. 2

❑ a) La de la Ley especial que rige la materia lo excluye expresamente en su artículo 57, por ser considerados delitos de peligro.	b) El hallazgo de la sustancia ilícita en posesión del imputado, sin que se haya materializado cualquiera de los actos constitutivos del tipo penal (entrega en tráfico; venta en distribución y otros) realmente consuman el delito, independientemente de la prohibición legal expresa

	arriba indicada.
	4

GRAFICO N. 2



Fuente: Cuadro Nro. 2

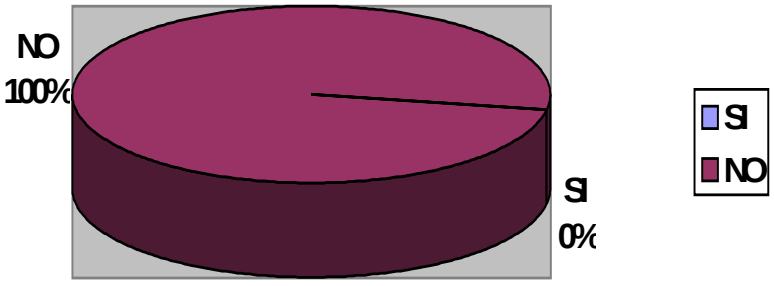
3.- ¿Ha solicitado usted en alguna oportunidad, la calificación del delito de los tipos arriba señalados, en la forma inacabada indicada?.

CUADRO N° 3

❑ SI	NO

	6

GRAFICO N. 3



Fuente: Cuadro Nro. 3

3.10 INTERPRETACIÓN DE LA PRIMERA PREGUNTA DE LA ENCUESTA

De los diez Jueces de Control y Juicio encuestados ocho estuvieron de acuerdo en que no es posible, en los delitos referidos a Tráfico, distribución, Almacenamiento y otros previstos en los artículos 34, 35, 36, 37 y 47 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, dar cabida a forma inacabada del delito de tentativa y frustración y dos consideraron factible esta posibilidad, lo que constituye el rechazo de amplificar el tipo del ochenta por ciento de la población encuestada.

De la misma manera, en relación a los Fiscales del Ministerio Público del la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, nueve de los diez

encuestados contestaron negativamente lo que constituye el rechazo de esta posibilidad del noventa por ciento de la población encuestada.

En relación a la respuesta de los Defensores Públicos adscritos al sistema autónomo de Defensa Publica del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo, en esta pregunta cuatro contestaron positivamente y dos negativamente, lo que constituye el rechazo de esta posibilidad del sesenta y siete por ciento de la población encuestada y la aceptación de tal posibilidad del treinta y tres por ciento de esa población.

3.11 INTERPRETACIÓN DE LA SEGUNDA PREGUNTA DE LA ENCUESTA

De los ocho jueces de Control y Juicio encuestados que dieron respuesta negativa a la primera pregunta, tres estuvieron de acuerdo en que la de la Ley especial que rige la materia lo excluye expresamente en su artículo 57, por ser considerados delitos de peligro y seis estuvieron de acuerdo en su negativa porque: El hallazgo de la sustancia ilícita en posesión del imputado, sin que se haya materializado cualquiera de los actos constitutivos del tipo penal (entrega, en tráfico; venta en distribución; etc....) realmente consuman el delito, independientemente de la prohibición legal expresa arriba indicada, dejando constancia que uno de los jueces encuestados estuvo de acuerdo con las dos propuestas, por lo que la sumatoria de respuestas es la cantidad de nueve, siendo que realmente son ochos los que dieron respuesta a esta pregunta, lo que constituye el rechazo de la primera opción del sesenta y siete por ciento de la población encuestada.

De la misma manera, en relación a los Fiscales del Ministerio Público del Circunscripción judicial del Estado Carabobo, cinco estuvieron de acuerdo en que la Ley especial que rige la materia lo excluye expresamente en su artículo 57, por ser considerados delitos de peligro y cinco estuvieron de acuerdo en su negativa porque: El hallazgo de la sustancia ilícita en

posesión del imputado, sin que se haya materializado cualquiera de los actos constitutivos del tipo penal (entrega en tráfico; venta en distribución u otros) realmente consuman el delito, independientemente de la prohibición legal expresa arriba indicada, lo que constituye el rechazo de la primera opción del cincuenta por ciento de la población encuestada

En relación a la respuesta de los Defensores Públicos en esta pregunta cuatro contestaron positivamente a la primera opción y dos ninguna de las dos, siendo, lo que constituye el rechazo de la segunda opción del cien por ciento de la población encuestada.

3.12 INTERPRETACIÓN DE LA TERCERA PREGUNTA REALIZADA A LOS JUECES DE JUICIO Y CONTROL DEL CIRCUITO JUDICIAL PENAL DEL ESTADO CARABOBO Y A LOS FISCALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Todos los jueces de Control y Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Carabobo encuestados y los Fiscales del Ministerio Público de la Circunscripción judicial del estado Carabobo encuestados, contestaron no haber producido alguna decisión donde el delito de los tipos arriba señalados hayan sido de la forma inacabada, lo que constituye el rechazo de esta posibilidad del cien por ciento de la población encuestada.

3.13 INTERPRETACIÓN DE LA TERCERA PREGUNTA REALIZADA A LOS DEFENSORES PÚBLICOS DEL SISTEMA AUTÓNOMO DE DEFENSA PÚBLICA DEL ESTADO CARABOBO

En relación a la respuesta de los Defensores Públicos en cuanto a si alguna vez habían solicitado se calificara algún delito de este tipo de forma inacabada, todos contestaron no haber solicitado alguna decisión donde el delito de los tipos arriba señalados hayan sido calificados de la forma inacabada, lo que constituye el rechazo

de esta posibilidad del cien por ciento de la población encuestada

Lo que antecede es el resultado de los datos colectados cuya crítica personal y reflexiva que la autora efectúa sobre la base de los datos obtenidos y acá analizados corresponde al próximo capitulo en el marco del cual se concluye y se elaboran las recomendaciones de rigor relativas al tema en estudio.

CAPITULO IV

CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES

4.1 CONCLUSIÓN

En el entendido, que ciertamente, lo delitos que se refieren a sustancias ilícitas son catalogados por la jurisprudencia venezolana como delitos de lesa humanidad (*Sentencia de fecha 02-04-2001 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.*) y al mismo tiempo por la legislación venezolana como delitos de peligro, cuyo término en opinión de muchos, no es el correcto, se desecha la posibilidad de que se presenten de forma inacabada, habida cuenta que aparecen acciones que se originan en la cadena de producción y de comercialización, que van desde lo actos preparatorios hasta los consumativos y que se han penalizado de manera autónoma, justamente porque todos ellos conducen al mismo propósito: La comercialización del producto ilícito, es por ello que los operadores de justicia al momento de calificar la conducta punible hablan de Trafico en la modalidad de cada uno de esto tipos autónomos. Ahora bien, cabría preguntarse si en el iter criminis de cada una de estas fases autónomas cabe o no la posibilidad de admitir la forma imperfecta, vale decir por ejemplo en el caso de la siembra, la simple tenencia de la semilla de la planta podría configurar la siembra de la planta, ¿o la simple tenencia de las sustancias precursoras a que se refiere el artículo 35 de la Ley orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, utilizadas como materia prima para la elaboración de la sustancia ilícita constituyen el delito de elaboración de la misma?.

Tomando en consideración que el delito pasa por diversas fase ejecutivas

cuando estamos en presencia de alguno de los tipos descritos en la Ley especial de la materia es importante deslindar entre el comienzo del proceso ejecutivo del delito y el acto o actos preparatorios del delito, al respecto la teoría de la univocidad nos conduce a una explicación certera y es que cuando el delito está en marcha y comienzan los actos materiales a soldar cadena de desarrollo causal que constituye la conducta antijurídica, cabe discernir una serie de actos que inequívocamente conducen hacia la dirección cierta del delito, esta es la tendencia de la univocidad, que permite definir, sí ciertamente los actos externos realizados por el agente van dirigidos o no a la realización del hecho delictivo, la cual debe ser en todo caso indudable, es decir cuando todos los actos pueden llevar a un resultado criminal, su vinculación con el peligro corrido es evidente, el comienzo de ejecución se ha realizado. Es aquí donde comienza la Tentativa acabada o inacabada. Pero aún más todavía falta deslindar la tentativa del delito Consumado, esto es la fijación del momento consumativo para la determinación final de la tentativa o frustración, lo que se ha resuelto en la doctrina y en las legislaciones de acuerdo al tipo delictivo especial y concreto, ya que el momento de la frustración no es posible frente a textos legales que no autorizan tal conclusión, como es el caso de lo previsto en el Artículo 57 del Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas donde se lee:

…En los delitos previstos en los artículo 34, 35, 36, 37 y 46,

no se admite la tentativa de delito ni delito frustrado…

En torno a esta limitación legal señalada es factible concluir , que aun cuando la ley especial interna , prohíbe expresamente en su texto la posibilidad de dar cabida a la forma inacabada del delito, la mayoría de los operadores de justicia, dentro de los que se ubican Jueces, Fiscales del Ministerio Público y Defensores son del criterio que la forma imperfecta en estos tipos delictivos no es posible no porque la legislación interna lo prohíba expresamente, sino por la categoría de delitos de los que se trata, los cuales se consuman con el hallazgo de la sustancia ilícita en posesión del imputado , sin que sea menester que se haya materializado cualquiera de los actos conclusivos del tipo penal , independientemente de la prohibición legal a la que se

contrae el mencionado artículo 57 de la Ley. Con lo que queda claramente definido, que el criterio generalizado es no admitir la figura imperfecta, por tratarse de este tipo penal y no ateniéndose a la prohibición del legislador. Esto, en cierta forma resulta medianamente contradictorio, habida cuenta que si realmente se obvia esta prohibición del legislador, es factible que se pueda manejar la posibilidad de una calificación inacabada, realizando un estudio minucioso de cada caso en concreto, pero, obviamente resulta más cómodo atenerse a lo previsto por la doctrina, que ha catalogado la imposibilidad de tal calificación y a las máximas de experiencia, que de alguna mera nos indican que en la mayoría de los casos, es imposible detectar el deslinde entre la tentativa o frustración y el momento consumativo del delito.

En virtud de tal razonamiento, los operadores de justicia encuestados, nunca han producido una decisión donde el delito de los tipos más graves previstos en la Ley especial hayan sido calificados en grado de tentativa o frustración, ni durante la vigencia de la Ley de reforma Parcial de la ley en cuestión, ni durante la vigencia de la Ley anterior, que no presentaba expresamente tal prohibición, razón por la cual para la época todavía se presentaba tal discusión, que tal como se evidencia en el presente estudio ya no tiene cabida ante la prohibición expresa del legislador y ante el convencimiento de los operadores de justicia que no es posible la presencia de esta figura.

Como se ha observado el problema de tal negativa radica en el bien jurídico protegido, en el entendido que el mismo representa ese ente apreciado de tal forma que sólo cuando se produzca el ataque, se podrá observar el delito, pues el bien jurídico representa el aspecto esencial valorativo que hace a la conducta victimizadora, materialmente típica y antijurídica, siendo que únicamente es procedente la sanción penal cuando se está frente a la violación de un bien jurídico el cual aunque no sea de igual entidad que el valor libertad sacrificado, tenga por lo menos relevancia Constitucional y su estrecha conexión con el equilibrio social, es decir tal como se

señaló en uno de los párrafos del presente trabajo investigativo “los bienes jurídicos no se elaboran en Laboratorios, sino que son producto de experiencia social.

No existe un criterio unívoco en relación a la conceptuación, contenido y extensión del bien jurídico, sin embargo, ello no obsta a que la esfera valorativa tenga un sentido que vaya en pro de la convivencia humana y que las normas que se constituyen lleven como ultima ratio su protección. Debe partirse de la tesis según la cual, si existe una acción típica que no afecta el interés comunitario, no habrá delito. Vale decir, que todo tipo penal requiere imprescindiblemente de un bien jurídico.

En los tipos penales relativos al comercio ilícito de sustancias prohibidas el estado tutela penalmente el ámbito general de la salud, para evitar el riesgo de propagación y el daño a la salud de terceros, es decir la justificación jurídica de los delitos de droga se basa en el resguardo que el estado, mediante el sistema penal quiere brindar a la salud colectiva por tratarse de un bien que ha sido apreciado como valioso y necesitado de tutela especial contra determinado tipo de ataque. Por ello la orientación de la punición penal en materia de drogas, está dirigida hacia la tutela de la salud pública.

Es en este sentido hacia el cual se orienta tanto la prohibición del legislador como la negativa de aplicar las figuras inacabadas en los delito de comercialización de sustancias ilícitas, puesto que la ultima ratio de esta prohibición deriva justamente del hecho que el bien jurídico tutelado en los tipos penales a los que se ha hecho referencia es la salud pública, es por ello que la doctrina comparada ha sistematizado los delitos de sustancias nocivas dentro de los tipos de riesgo en general, mirando el carácter de la salud pública, reiterándose que todos estos supuestos tienen en común el fin preservativo del bienestar público.

De la misma manera, se ha entendido que las vías de posible afección pública pueden ser de daño o de peligro, entendiéndose que basta la puesta en peligro para justificar la criminalización de las conductas vinculadas a las sustancias ilícitas y esta

es la razón que utilizan tanto los operadores de justicia como la jurisprudencia patria para catalogar estos tipos penales como de Lesa humanidad, tal como lo señala la *Sentencia de fecha 02-04-2001 por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:*

> *La Constitución de la República de Venezuela de 1961, en su artículo 76, establecía la protección de la salud pública como de las garantías fundamentales y por ello todos estaban obligados a someterse a las medidas legales de orden sanitario. Y la Constitución de la República bolivariana de Venezuela, de 1999, en el marco de los derechos sociales y de las familias , en el artículo 83, amplía con creces este tan legítimo derecho social, que incluso forma parte del derecho a la vida , proteger tales derechos es obligación primordial e ineludible del Estado, que lo debe garantizar sobre la base de leyes nacionales , principiando por la Constitución misma y por los Convenios Internacionales suscritos y ratificados por la República*

En el mismo orden de ideas, esta misma Sentencia, cataloga este tipo de delitos como de Lesa Humanidad y Leso derecho, y al respecto, se pronuncia de la siguiente manera:

> El Estado debe dar protección a la colectividad de un daño social máximo a un bien jurídico tan capital como la salud emocional y física de la población , así como la preservación de un Estado en condiciones de garantizar el progreso el orden y la paz pública: se requiere imprescindiblemente una interpretación literal, teleológica y progresiva , que desempeñe la “ratio juris”, pueda proteger los inmensos valores tutelados por las normas incriminatorias y esté a tono con el trato de delito de lesa humanidad que reserva la

> novísima Constitución para las actuaciones relacionadas con las sustancias prohibidas estupefacientes y Psicotrópicas . (...).
>
> (...) En verdad, son delitos de lesa humanidad y en consecuencia de leso derecho ya que causan un gravísimo daño a la salud física y moral del pueblo, además de poner en peligro y afectar en realidad la seguridad social (por la violenta conducta que causa la ingestión o consumo de las sustancias prohibidas) y hasta la seguridad el Estado, ya que las inmensas cantidades de dinero provenientes de esa industria criminal, hacen detentar a ésta un poder tan espurio cuan poderoso que puede infiltrar las instituciones y producir un narcoestado (...) .

Es de esta manera que se ha acogido el criterio definitivo de la exclusión de la forma inacabada de los delitos más graves previstos por el legislador, referidos al comercio ilícitos de sustancias prohibidos, acogiendo el criterio del bien jurídico tutelado, cual es la salud pública, que en definitiva arropa el sagrado derecho a la vida.

Es así como surge la idea de ubicar este tipo de delitos dentro del marco de los delitos de peligro en abstracto, que suprimen esa causación o vínculo entre la acción reprimible y daño a un bien jurídico; la potencialidad del peligro es un elemento de evaluación en la fase de creación de la norma no discutible al momento de su aplicación, es decir no hay que demostrar la existencia de la lesión al bien jurídico, sino que basta la potencialidad de la acción para causarla.

Pero, si poco importa el daño o la lesión al bien jurídico protegido, entonces, qué es lo que se busca con la consagración de los delitos de peligro en abstracto, será sustituir la imagen negativa del poder por una positiva que lo presente como un empresario moral en cruzada contra los males que afectan el cuerpo social.

Así bienes jurídicos y delitos de peligro en abstracto, parecieran formar parte; conformando pequeñas pero importantes piezas, de ese gran engranaje, cuya finalidad última parece consistir en mantener una fidelidad al derecho penal como único instrumento capaz de mantener la paz y el orden social, aún cuando su basamento esté forjado sólo en apariencias, en ambigüedades, en realidades construidas artificialmente, pero que gozan de consenso en el ámbito jurídico-social. Las normas así concebidas no van a proteger un bien jurídico, sino contra una amenaza a ese bien universal que puede originar una perturbación social. (BELISARIO, Pedro 1998; p. 77, 79)

Adicionalmente a la especial atención que se le ha dado al bien jurídico tutelado, por la jurisprudencia patria, también se han observado pronunciamientos de esta índole relacionados directamente con esa exclusión a la que se refiere el presente trabajo de investigación, tal como se señala en Sentencia de la Sala penal del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha diecinueve de diciembre del año dos mil, en donde se lee lo siguiente:

> ... Ninguna de estas disposiciones constitucionales regulan la materia de la cual trata el artículo 57 de la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas ni los artículos 80 y 82 del Código Penal Venezolano.
>
> No colide por tanto el artículo 57 con las disposiciones constitucionales en referencia, que al igual que el artículo 4 del Código Orgánico Procesal Penal, consagran el principio de autonomía e independencia de los jueces. Es criterio de esta Sala de Casación Penal, que la violación a la Constitución de la República debe ser directa y flagrante.
>
> Los artículos 80 y 82 del Código Penal venezolano, establecen:
>
> Artículo 80: Son punibles, además del delito consumado y

de la falta, la tentativa de delito y el delito frustrado. / Hay tentativa cuando, con el objeto de cometer un delito, ha comenzado alguien su ejecución por medios apropiados y no ha realizado todo lo que es necesario a la consumación del mismo, por causas independientes de su voluntad. / Hay delito frustrado cuando alguien ha realizado, con el objeto de cometer un delito, todo lo que es necesario para consumarlo y, sin embargo, no lo ha logrado por circunstancias independientes de su voluntad'.

Artículo 82: En el delito frustrado se rebajará la tercera parte de la pena que hubiere debido imponerse por el delito consumado, atendidas todas las circunstancias; y en la tentativa del mismo delito, se rebajará de la mitad a las dos terceras partes, salvo en uno y otro caso disposiciones especiales.

El artículo 57 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en su único aparte expresa:

En los delitos previstos en los artículo 34, 35, 36, 37 y 46, no se admite la tentativa de delito ni delito frustrado".

En el presente caso el artículo 57 de la citada ley de drogas, no colide con los derechos fundamentales previstos en la Constitución de la República, el mismo se refiere a la no admisión de las formas inacabadas en los delitos previstos en los artículos 34, 35, 36, 37 y 47 de la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

El legislador reguló en estas formas de delitos, la prohibición de la no aplicación de las formas imperfectas de tentativa y frustración, porque fraccionó en forma autónoma las diversas etapas de la acción traficar y adelantó la

> consumación del mismo, convirtiendo las diferentes acciones que conforman el "iter" del delito de tráfico en acciones consumativas, separadas y penalmente iguales....

Tal como se evidencia, de la sentencia in comento, se entiende que se prohíbe las formas imperfectas porque el legislador fraccionó en forma autónoma las diversas etapas de la acción de comercializar las sustancias ilícitas en acciones diferentes y separadas, penalizándolas de la misma manera a los fines de evitar la disyuntiva que se presentaba antes de la reforma en relación al deslinde entre la tentativa y el momento consumativo del delito de traficar.

Aún así quienes piensan de manera diferente, advierten que la determinación del carácter uni o plurisubsistente del delito sólo se puede hacer in concreto, dado que la observación directa de lo efectivamente ejecutado por el agente es lo único que puede brindar el desarrollo real del acontecimiento y su posibilidad o no de fraccionarlo en una secuencia de actos. Por lo tanto no es correcto afirmar en abstracto, mediante un juicio anterior que determinada acción típica es o no fraccionable. A lo sumo se podrá adelantar un juicio probabilística basado en el conocimiento aportado por la experiencia de acciones típicas anteriores, pero el juicio definitivo sólo se puede llevar a cabo sobre el caso concreto. De ahí, que la misma fórmula legal pueda dar lugar a conductas uniexistentes dependiendo de la forma cómo fueron ejecutadas por el agente.

Si se toma la acción de traficar en forma general, sin duda se trata que el agente cumpla con el objetivo mismo de la negociación, vale indicar: comprar, vender u otros actos semejantes. Para comprobar este extremo debe recorrerse el camino del asunto y percatarse que éste se efectuó o se está efectuando, tomando en consideración la intención del sujeto activo que debe tener el ánimo de traficar y no otro.

Determinar cuáles de estos actos constituye el comienzo de ejecución del transporte, forma parte de la labor del juzgador frente al caso concreto. Para lo cual debe tener presente que se trata de la incriminación autónoma como delito

consumado de una fracción de un iter criminis mayor, lo que podría conducir a una equiparación injusta entre la acción de comerciar que fuera culminada y perfecta y cualquiera de los actos iniciales de alguna de las etapas de ese proceso. Esto sí daría lugar a la punición absurda de la tentativa de la tentativa. Por ello esta situación debe ponderarse con cuidado dado que, de por sí, la nivelación de cualquiera de las acciones derivadas hasta el plano de la acción de comerciar propiamente tal es una excepción, pues en materia de responsabilidad penal es anómala la punición de actos preparatorios o ejecutivos como actos consumativos.

A su vez, por otra parte esto se enlaza con la proximidad de la afectación del bien jurídico, dado que mientras mas cerca se esté de causar ese efecto negativo, aumenta la graduación de la penalidad.

Es así como vemos que además de la prohibición expresa del legislador en el artículo 57 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas y de la aceptación a tal disposición legal por la doctrina y la jurisprudencia interna, así como por los operadores de justicia, también tenemos como variables extralegales que inciden en dicha aceptación, la que se refiere a la autonomía e independencia de los mismos al adoptar sus decisiones en el caso de Jueces y Fiscales o exigirlas, en los casos de los Defensores Públicos, las cuales de alguna manera se ven influenciadas por el clamor social ante hechos delictivos referidos a sustancias ilícitas, que por sí solas causan escándalo público, esto es lo que se llama poner a la norma a convivir con el entorno social que rodea el hecho. Evidenciándose el fenómeno descrito sobre todo en la muestra correspondiente a los Defensores Públicos, quienes tal como se desprende en el capitulo anterior, aún cuando la mayoría de los encuestados de este último grupo coincide en la factibilidad de dar cabida a tipo inacabado en estos tipos penales, ninguno de estos operadores de justicia ha solicitado en procedimiento alguno la aplicación de estos amplificadores del tipo penal en delitos de esta categoría, lo cual resulta contradictorio con la opinión de la generalidad de los mismos de aceptar tal

posibilidad, pudiendo entenderse esta actitud y la del resto de los encuestados como una respuesta al clamor social.

4.2 RECOMENDACIONES

Como se deriva de lo precedente, en torno al delito imperfecto en materia de tráfico hay posiciones que han debatido tanto para admitir como para negar la especie, cada cual con fundamentos razonables, si se toma en consideración que lo que se pretende por una parte es la protección del bien afectado, es decir es importante tener claro el grado de proximidad de la acción en relación con la afectación del bien jurídico protegido a los efectos de considerar la acción como de consumación anticipada o de consumación propiamente dicha.

Si el derecho penal tiene como funciones principales la de regular el pacto social y la de constituir una garantía del ciudadano frente al estado; funciones estas que concretiza por medio de la legalidad, y entendiendo el derecho penal como un sistema de creación y aplicación indiferenciada de normas que viabiliza precisamente el cumplimiento de dichas funciones; cuando se produce una ruptura en esa cadena creación aplicación del derecho; cuando pareciera disociarse su aplicación del objeto perseguido con la promulgación, cuando sin mayor esfuerzo se percibe que las leyes pareciesen quedarse en la etapa de promulgación de creación, cuando se observa una impunidad galopante, dando la impresión que la ley sólo se hizo para describir conductas delictuosas y establecer sanciones para las mismas, más no para imponerse efectivamente, cuando ante inmuebles leyes no se materializan las bondades que se le atribuyen a las mismas, es necesario detenerse en las causas que están originado este aparente entrabamiento del sistema penal que sólo le permite funcionar de manera eficaz en determinados momentos, en determinados lugares, en determinados tiempos, bajo determinadas circunstancias y a favor de determinados ciudadanos.

De esta manera ha funcionado la creación de una gran variedad de tipos penales en la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, cuando penaliza cada conducta de la cadena de comercialización de la sustancia ilícita de manera separada, dándole a cada una de las fases ejecutivas del delito de traficar la misma penalidad, tal como lo observamos en el artículo 36 de la Ley, esto con la finalidad de excluir la posibilidad de la tentativa y la frustración en esta categoría delictiva y de esta manera, crear nuevos tipos para penalizar conductas que no existían. Todo ello, con un afán de dar respuesta a una colectividad arropada por la impunidad, pretendiendo con ello simbolizar una efectiva aplicación del derecho penal, que finalmente en nada contribuye a aminorar el índice delictivo en los delitos de narcotráfico.

La determinación del carácter uni o plurisubsistente del delito sólo se puede hacer *in concreto,* dado que la observación directa de lo efectivamente ejecutado por el agente es lo único que puede brindar el desarrollo real del acontecimiento y su posibilidad o no de fraccionarlo en una secuencia de actos. Por tanto no sería correcto afirmar en abstracto, que determinada conducta típica es o no fraccionable. A lo sumo se podrá adelantar un juicio probabilístico basado en el conocimiento aportado por la experiencia de acciones típicas anteriores, pero el juicio definitivo, sólo se puede llevar a cabo sobre el caso concreto. De ahí que la misma fórmula legal pueda dar lugar a conductas uniexistentes o pluriexistentes, dependiendo de la forma cómo fueron ejecutadas por el agente.

Es por las razones expuestas, que el operador de justicia debe analizar detenidamente, las circunstancias que conforman el ilícito penal en cada caso en concreto, a los fines de determinar la posibilidad real y cierta de amplificar el tipo penal, bien a través de la tentativa, bien a través de la frustración, siempre y cuando sea factible deslindar el momento consumativo del delito de la tentativa del mismo, como de los actos preparatorios, porque de resultar imposible este

deslinde, por las circunstancias particulares en que se suceden los hechos, no cabría pensar en la posibilidad de esta calificación.

Ante esta imposibilidad, en la mayoría de las circunstancias , es por lo que el legislador venezolano, prohibió expresamente la posibilidad de ampliar el tipo, mediante las figuras inacabadas, haciendo de cada fase de la cadena de comercialización, un delito independiente, en el entendido que la sola tenencia de la droga implicaba que era para los fines de su comercialización, lo que no carece de lógica, porque para qué otro fin se estaría en posesión de la sustancia ilícita, en las cantidades que exceden, según la ley para su consumo, sino para su trafico. Sin embargo, considera la investigadora que esta es una apreciación que le corresponde al juzgador, y no al legislador, es decir lleva encima el velo jurisdiccional más que el legislativo que se ha pretendido suministrarle.

Todo esto no termina aquí, cabe añadirle un matiz de influencia social, es decir el trabajo del operador de la norma , no consiste en subsumir los hechos en la norma penal, sino subsumir la norma en el hecho social, impregnarla del contenido social real que lo rodea, para determinar si ésta se adecua a la realidad de ese hecho vivo, actual, acontecido aquí y ahora, verificando así la factibilidad de la aplicación de la norma en razón a las consecuencias que pueda generar; y una vez verificado esto, aplicar la ley, igualmente aquí y ahora. A la norma hay que ponerla a vivir en el entorno social del hecho, sin prescindir de todas las variables que pudieran haber contribuido a su realización, lo cual le proporciona su factibilidad de aplicación material, sin caer en la nefasta creencia de considerar al delito, al hecho desviado como una variable independiente, que sólo debe su existencia a la verificación meramente legal o normativa , cuando el delito es una variable cuya actualización depende de las variadas circunstancias que rodean su realización. (BELISARIO, Pedro, 1998; 129).

La impunidad galopante y el grito social de justicia ante la proliferación en nuestra realidad social, de hechos delictivos, es lo que ha obligado al

legislador a crear nuevos tipos penales y prohibiciones como la prevista en el artículo 57 de la Ley Orgánica Sobre Sustancias estupefacientes y Psicotrópicas, en la búsqueda de esa eficacia jurídica a la que se refiere el autor señalado, incluso tomando atribuciones que son exclusivas de la función jurisdiccional, en el entendido que la calificación jurídica a un conducta antijurídica determinada es exclusiva de los operadores de justicia, quien debe observar las modalidades de cada caso en concreto, y no del legislador, cuya función es la creación de tipos y no así la de legislar en relación a los amplificadores del mismo, que deben ser estudiados en función de las circunstancias en que se han sucedido los hechos.

Se nos presenta así en la ley especial regente de la materia, un derecho penal como un conjunto de normas o reglas que se aplican de acuerdo con las circunstancias estratégicas - tácticas del juego que se este desarrollando, siendo en consecuencia la política penal la que determine la aplicación de la ley y no la ley penal quien demarca los parámetros dentro de las cuales debe moverse aquella.

Por otra parte, esa tendencia a crear jurisdicciones y procedimientos especiales, es suscitada por la necesidad de obtener una justicia rápida, evitando así la impunidad y el retardo procesal cuando en realidad pareciera destinada a apaciguar, a calmar la opinión pública, el clamor colectivo exacerbado, irritado por el auge delincuencial buscando de esta manera dar la impresión de una adecuada y eficiente respuesta al desbordamiento de la criminalidad que origina crisis y malestar social.

BIBLIOGRAFÍA

BELISARIO FLAMES, Pedro. (1998), **Derecho Penal Simbólico,** Trabajo de grado, para obtener el titulo de Magíster en Derecho Penal y Criminología Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela.

BELLO RENGIFO, Carlos. (1986), **Clases del Curso de Postgrado Sobre Participación Criminal.** Cátedra de especialización en Ciencias Penales y

Criminologícas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela.

BORREGO , Carmelo, **ROSALES**, Elsie. (1992) **Drogas y Justicia Penal**, Caracas, Venezuela, Livrosca

BUSTON RANIREZ, Juan, Hernan Ormazabal Malarèe. (1980), **Significación Social y Tipicidad**, Doctrina Penal Desalma, Buenos Aires.

BUSTON RAMIREZ, Juan. (1990), **Bases Criticas de un Nuevo Derecho Penal**, Temis. Bogota.

FERRAJOLI, Luigi, (1985), **Il Deritto Penale Minimo, Dei Delitti e delle Pena**, Italia.

FLANDACA, Giovanni. (1982), **Il Bene Guiridico come Problema Teórico e come Criterio di Politica Criminale,** Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Gennario, A. Giuffre Editor. Milano.

FRIAS CABALLERO, Jorge**.** (1996), **Proceso Ejecutivo Del Delito,** Caracas, Venezuela, Livrosca.

HASSEMER, Wimfried, (1989), Lineamientos de una Teoría Personal del Bien Jurídico, Doctrina Penal, desalma, Buenos Aires.

MALDONADO V. , Pedro O. (2000)**. Drogas.** Caracas Venezuela, ed. FondoEditorial U.S.M.

MARQUEZ SÁNCHEZ, Virgilio (1997) **Manual de investigación jurídica**Caracas, Venezuela, ed. Buchivacoa.

OSMAN MALDONADO, Pedro **(**1997**) Drogas, Delitos y Procedimiento Penal Especial ,** Caracas Venezuela, Livrosca.

REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. (1993) **Ley de Reforma Parcial de la ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotropicas,** Gaceta Oficial N° 4.636 Extraordinario del 30 de Septiembre de 1993,Caracas, Venezuela.

SAMPIERI Roberto, **FERNÁNDEZ** Carlos**, BAPTISTA** Pilar, (1991) **Metodología De La Investigación,** México D.F. México.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, (1990) **En Busca de las Penas Perdidas**, Temis,

Bogotá**.**