

**LA LUCHA CONTRA EL NARCOTRÁFICO
EN VENEZUELA Y EL DERECHO
PENAL DEL ENEMIGO**

DIXON DANIEL ZERPA PÉREZ

FISCALÍA 159º DEL MINISTERIO PÚBLICO DEL
ÁREA METROPOLITANA DE CARACAS.

ACTUALMENTE FISCAL AUXILIAR

.



RESUMEN

El presente artículo es una breve exposición reflexiva sobre la tesis del Derecho Penal del Enemigo (DPE), expuesta por el Jurista Alemán Günther Jakobs; está enfocado en la verificación de su existencia, o tal vez, de su gestación dentro del sistema jurídico venezolano, específicamente en el ámbito de regulación jurídica y tratamiento operativo e institucional que reciben los delitos relacionados con el “narcotráfico” y con el consumo de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en este país. Efectivamente, en una primera parte se intenta decantar las principales características del DPE, estudiando la forma en que el concepto ofrecido por Jakobs se transforma y amplía en el curso de su evolución hasta el presente, tomando en consideración aspectos elementales del derecho penal general como lo son los fundamentos de la pena, criterios de culpabilidad, la efectividad de la intervención penal y su juridicidad. Luego, se aborda desde una óptica enunciativa-descriptiva el tratamiento legislativo, jurisprudencial e institucional del narcotráfico en Venezuela, con la finalidad de obtener una idea global del régimen jurídico que este recibe en este país. En la última parte, el participante considera las descripciones hechas y las premisas que se desprenden de la tesis de Jakobs para integrarlas en un conjunto de conclusiones respecto a la existencia auténtica (o no) del DPE en Venezuela con especial atención al narcotráfico y su debida justificación. Finalmente se ofrecen las conclusiones y recomendaciones generales del tema.

DESCRIPTORES

Derecho penal, sociedad, enemigo, narcotráfico.

ABSTRACT

This article is a brief reflective-exposition about the thesis of the Criminal Law of The Enemy (CLE), exposed by the German Günther Jakobs; this is focused on the verification of its existence, or perhaps, of its gestation in the Venezuelan legal system. Especially in the field of legal regulations and operative and institutional treatment that is given to the drug-trafficking related crimes, and to the narcotics and psychotropic substances consumption in this country. In fact, in the first part of this paper, the author attempts to decant the main characteristics of the CLE by studying the way in which the concept offered by Jakobs transforms and widens itself in the course of its evolution to the present, considering elementary aspects of general criminal law, such as the foundations of penalty, criterions of guilt, and the effectiveness of the criminal law intervention. Then, the legal, jurisprudential and institutional treatment of drug trafficking in Venezuela is approached from a descriptive-enunciative perspective, in order to obtain a global idea of its juridical regime in this country. In the last part, the participant considers the descriptions made, as well as the premises that arise from the thesis of Jakobs, in order to integrate them into a set of conclusions about the authentic existence (or not) of the Criminal Law of The Enemy in Venezuela, with especial attention to drug trafficking and the justification of that. Finally, conclusions and recommendations are given.

DESCRIPTORS

Criminal Law, society, enemy, drug trafficking.

INTRODUCCIÓN

Derecho Penal del Enemigo (DPE) es la expresión introducida por Günther Jakobs en 1985, para referirse a las normas que en el Código Penal Alemán (StGB) sancionaban penalmente conductas, sin que se hubiere afectado el bien jurídico, pues ni siquiera se trataba del inicio de la ejecución de hecho punible. Estas normas no castigan al autor por el hecho delictivo cometido, sino por considerarlo peligroso. Como quiera que sea, la concepción de esta tesis a lo largo del tiempo ha sufrido variaciones por parte de su postulante como se intentara hacer notar en la primera parte de este artículo.

Si se considera el trato que ordinariamente se le da a los delitos desde la óptica tanto sustantiva como adjetiva dentro de las principales agencias de la criminalización primaria y secundaria en el ámbito internacional, en el Derecho Comparado y especialmente en Venezuela, puede observarse que existe una evidente propensión al endurecimiento del ataque legislativo, jurisdiccional y operativo respecto a tipos penales de alguna manera “especializados”, relacionados con el narcotráfico. En efecto, se observa cómo, tanto en la legislación (desde la norma suprema hasta la más excepcional de las leyes) como en el trato jurisprudencial se han adoptado posiciones tajantes respecto a las drogas. Esto es comprensible si se considera que en la realidad histórica y actual de la sociedad venezolana las drogas, su consumo y tráfico, se han convertido no solo en un problema de salud pública sino que también se le llega a considerar dentro de la “conciencia colectiva” como un factor determinante-detonante de la miseria personal y concretamente de las tasas de criminalidad. Ello ha demandado un esfuerzo por parte de todas las instituciones estatales para combatir esta suerte de “flagelo social” que parece ir en avance. Para ello se están implementando una serie de medidas a nivel de determinados

órganos del poder público, sin duda cargados de buenas intenciones, que pretender obtener resultados satisfactorios en la lucha contra las drogas y en defensa de la sociedad.

Ahora bien, pareciera que desde el punto de vista legislativo y jurisdiccional, no solo en Venezuela sino en el mundo, la puesta en marcha de una dura política criminal- antidrogas está marcando un sendero de retroceso en relación a los principios y postulados predominantes del Derecho Penal de nuestros días (garantías, mínima aplicación, ultima razón, lesividad, progresividad, humanización de las penas, resocialización del delincuente, etc.), ello se puede observar por ejemplo, cuando vemos que en la última reforma hecha al Código Penal (2005) se redujo la pena aplicable al delito de homicidio, mientras que en la última reforma legislativa en materia de drogas (que derogó a la Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, por un nuevo texto normativo llamado “Ley Orgánica de Drogas”) realizó un notable aumento en el nivel general de aplicación de las penas para la gran mayoría de los delitos en ella contemplados.

Así también vemos que, por ejemplo, en el área procesal el Tribunal Supremo de Justicia, en su oportunidad abrió la posibilidad de que a los condenados por cualquier delito se les diera la posibilidad de progresar hacia beneficios legales y formulas alternas al cumplimiento de la pena, dejando sin efecto las disposiciones normativas que la obstaculizaban para ciertos delitos como el homicidio calificado; mientras que respecto a la materia de drogas se han hecho más rígidas las condiciones de obtención de tales fórmulas, hasta el punto de prácticamente anularlas, negándose a los condenados por delitos relacionados con el narcotráfico la oportunidad de progreso dentro del sistema penitenciario hacia su efectiva reinserción en la sociedad.

Luego, cuando se trata de racionalizar esta tendencia de flexibilización-atenuación por un lado, y endurecimiento -maximización por el otro, nos encontramos precisamente con que el trato que recibe el narcotráfico actualmente, se aproxima, al menos en una visión “*a priori*”, a los postulados del llamado DPE introducido por el estudioso Alemán Günther Jakobs, y así se desprende de algunas opiniones críticas actuales sobre la legislación venezolana en esta materia.

En el presente artículo se busca contribuir a dar los primeros pasos sobre la verificación de una auténtica existencia o no del denominado DPE en Venezuela; el mismo se encuentra estructurado en tres partes, la primera estudia la evolución o distintas fases por las que ha pasado la tesis del DPE por parte de su postulante, intentándose sintetizar, con el menor sacrificio posible de su esencia, sus postulados en una categoría denominada “características”. En la segunda sección se aborda desde una óptica enunciativa-descriptiva el tratamiento legislativo, jurisprudencial e institucional del narcotráfico en Venezuela. En la última parte, el participante tomará en cuenta las descripciones hechas y las proposiciones que haya logrado establecer en base a la tesis de Jakobs para integrarlas en un conjunto de conclusiones respecto a la existencia auténtica o no del DPE en Venezuela con especial atención al narcotráfico y su debida justificación; finalmente se ofrecen las conclusiones y recomendaciones generales del tema.

EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

El concepto de DPE creado por Jakobs se vincula directamente al fin que el propio autor atribuye a la pena. En tal sentido, la distinción entre un Derecho Penal del Ciudadano y un DPE gira, a su vez, en torno a la diferencia entre el restablecimiento de la vigencia de la norma como fin esencial de la pena, por un lado, y la eliminación de peligros futuros (peligros que se entienden para la sociedad), por el otro; así pues, el Derecho Penal del Ciudadano tendría como fin el establecimiento de la norma mientras que el DPE se dirige al combate de peligros (Modolell Juan, 2006).

En esencia, Jakobs distingue entre la “persona”, entidad titular de derechos y deberes capaz de emitir actos con significado en la sociedad, y el “enemigo”, individuo que representa una simple fuente de peligro contra la cual hay que defenderse. Consecuencialmente, solo en relación a la persona, a quien habría que tratar dentro de lo que se conoce como Derecho Penal del Ciudadano, se puede cumplir el fin que Jakobs atribuye a la pena, es decir, el simple restablecimiento de la vigencia normativa; esto implica, según sus observaciones, que la restricción de derechos que entraña la aplicación de un castigo respecto a las personas constituyen una mera confirmación de la norma y de ninguna manera podría estar fundamentada en la utilización de la persona como modelo o

ejemplo al grupo social de lo que podría ocurrirle a los sujetos infractores. La aplicación de una sanción, según este criterio, no pretende dar un escarmiento al resto de la población, pues el sujeto infractor como “persona” no representa un peligro real para la sociedad; aproximándose en este sentido a los postulados de Hegel en relación a la fundamentación meramente retributiva de la pena, de acuerdo a la cual se justifica su existencia sobre la base de la necesidad de restablecer la vigencia de la “voluntad general” representada en la norma jurídica; y que conlleva a la negación del posible efecto preventivo- especial del castigo.

Ahora bien, frente al “enemigo”, como fuente de peligro para la población, el fin de la pena cambia radicalmente ya que su justificación radicaría entonces en “sacar de circulación” al delincuente, para anular los efectos de sus acciones, incluso antes de que estas se verifiquen, por ejemplo, a través del adelantamiento de la intervención penal con fines preventivos respecto al enemigo que en esencia no es una “persona” y que por lo tanto solo debe buscarse su exclusión en pro del bienestar de la sociedad, incluso al margen de la juridicidad, de ser necesario. Estas tajantes concepciones en Jakobs nacen como una descripción crítica de una realidad existente, pero a través del tiempo esta descripción ha sido matizada por el mismo autor, al punto de llegar a convertirse en una suerte de propuesta de respuesta justificada frente a las nuevas formas de delincuencia. Así lo expone cuándo, al referirse a la relación entre juridicidad y efectividad, Jakobs afirma que: “la efectividad de la reacción penal ante determinados fenómenos que requieren respuesta pudiera permitir, de cierto modo, apartarse más o menos de la juridicidad de la pena. Dicha eficacia sería necesaria con el fin de evitar la destrucción del ordenamiento jurídico” (Jakobs, 2003, p. 47).

EVOLUCIÓN DEL ALCANCE DEL CONCEPTO DE DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Al estudiarse las distintas obras en las que Jakobs hace referencia directa al DPE, pueden observarse distintos significados del mismo. Así se tiene que, en un primer momento, el autor de esta tesis vincula el sentido de su concepto al régimen penal aplicable tradicionalmente a los inimputables (específicamente a niños y enfermos mentales), considerándose a estos como focos de peligro, seres frente a los que no es viable la existencia de expectativas de cumplimiento normativo y, por ende, incapaces de

comprender y merecer el “dolor penal” o castigo penal. De acuerdo con esto, puede decirse que Jakobs en sus primeras formulaciones no se aparta del todo de la idea clásica de “culpabilidad”. No obstante, al abordar la temática de la protección social, frente al peligro que pueden representar los inimputables, termina por justificar, si bien no la aplicación de castigos penales, el acuerdo de medidas de aseguramiento, argumentando que la población debe protegerse de aquellos como lo haría frente a los animales peligrosos o a los peligros naturales, para lo cual resulta idónea la aplicación la privación de la libertad o “custodia de seguridad”, por el carácter preventivo- especial que representan los efectos de estas. Sobre la base de estas ideas y sin apartarse demasiado de la clásica fundamentación “peligrosista” de las medidas de seguridad propias del antiguo Derecho Penal de los inimputables peligrosos; termina Jakobs por explicar que a estos últimos no se les toma en serio como personas, pues de lo contrario la sociedad esperaría de ellos el respeto a las normas (voluntad general), dejándose en evidencia, en esta etapa, la exclusión de tales sujetos del grupo social, negándoseles personalidad y constituyéndoseles en enemigos del orden jurídico.

Posteriormente, Jakobs, en sus observaciones a la forma en la que se manifiesta la legislación penal reciente y las estrategias del Estado actual frente al delito, extiende las observaciones de su primigenia concepción del DPE a sujetos que en principio si serían imputables. Sus apuntes sobre tales medidas adoptadas por el Estado frente a cierto tipo de sujetos y conductas, que en principio surgieron como una fuerte crítica, marcaron las principales características de lo que actualmente comprende el concepto de DPE; estos rasgos giran en torno a ideas tales como el adelantamiento de la punibilidad como prevención de conductas potencialmente riesgosas, equiparándose ésta en términos de penalidad a los actos que si se llevaron a cabo, el abandono del Derecho Penal en pro de la construcción de una legislación “para la lucha” contra la delincuencia y, la supresión de garantías procesales al enemigo.

Más adelante dentro de la senda evolutiva del concepto Jakobs, éste pasa de ser un crítico y observador a pronunciarse abiertamente sobre la justificación de la existencia de esta forma de combate de delincuencia. En efecto, puede notarse como de una simple descripción del fenómeno y su crítica, llega a pronunciarse en defensa de una reacción penal de este tipo. Pudiera interpretarse este cambio de posición de Jakobs en el sentido de que tanto la realidad jurídico-normativa como la realidad

político-criminal, deben guiar la labor del de los órganos que integran el sistema de justicia. No obstante, buen uso de la razón demuestra Modelell, cuando al tocar este punto, opina que en el mundo desde hacía tiempo no se veía una justificación tan “filosóficamente” elaborada de lo que incluso podría ser una reacción del Estado en el ámbito penal al margen del Derecho (Modelell Juan, 2006).

De todo lo antes mencionado se desprende que dentro de la evolución de la tesis del DPE, Jakobs pasó de la “descripción” de una realidad a la defensa y justificación de su teoría como “programa” de reacción penal del Estado en la mayoría de sus proyecciones. Esta primera conclusión es fundamental para el curso del tema que plantea este trabajo.

CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Luego de haberse señalado las principales concepciones respecto al tema, es posible extraer los rasgos más uniformes que determinan la existencia general de un DPE (tanto en su aspecto descriptivo como en su aspecto orientador o programático, sin hacer distinción de ellos), es decir, sus características¹, como consecuencias de una hipotética percepción de algo que de hecho existe y/o como propuesta de un programa de combate para el Estado:

1. La aplicación de sus preceptos discrimina entre “personas” y no “personas, siendo estas últimas el “enemigo” (distinción entendible respectivamente como ciudadanos-enemigos, en las tendencias más recientes de la tesis) de la sociedad en la medida en que lesionan gravemente el ordenamiento jurídico.
2. El enemigo no necesariamente es externo en términos de nacionalidad, sino que también puede hallarse en la

¹ Para esto se tomaran en cuenta los aspectos de procedencia práctica de la tesis en estudio, es decir, se determinarán solo premisas que a juicio del participante interesan a los efectos de las reflexiones de este artículo. De manera que se dejan a salvo otros rasgos característicos y objetos de crítica como los aspectos relativos a la justificación del Derecho Penal del Enemigo y las concepciones en torno a la función de las penas dentro del sistema penal de acuerdo a sus postulados, en la medida en que la falta de consideración de estos no afecte los objetivos de la investigación.

sociedad misma y puede obedecer a cualidades de la persona (peligrosidad) o al conjunto de actos que realiza en abstracto un grupo determinado por su categoría (todo el que observe una conducta que es repudiada de manera especial por la sociedad será catalogado como enemigo).

3. La existencia de un régimen jurídico excepcional para el trato exclusivo del enemigo en contraposición a un régimen que llamaremos “ordinario” para el trato del resto de los ciudadanos (o del resto de los delitos).
4. En la aplicación del Derecho Penal a los enemigos no se busca la protección propiamente dicha de los bienes jurídicos sino el restablecimiento de las normas jurídicas infligidas; la restitución del orden social vulnerado mediante una retribución desproporcionada de las consecuencias respecto al hecho individual o generalmente considerado (aunque con este último se consiga indirectamente la protección de algún bien jurídico que desde otra perspectiva justificadora del Derecho Penal podría estar siendo lesionado).
5. Como quiera que en sus pronunciamientos más recientes Günther Jakobs ha aclarado que cuando se dan supuestos de DPE en efecto el sujeto considerado enemigo pierde ciertos derechos fundamentales, como puede ser el derecho a la libertad de movimiento, pero eso no significa que pierda todos los derechos ni que aquellos que pierda sea en toda su intensidad. Puede hablarse entonces de una atenuación o recorte de garantías penales y procesales de manera exclusiva respecto de los enemigos como característica del DPE.

EL NARCOTRÁFICO DENTRO DEL SISTEMA PENAL VENEZOLANO

Delimitación

En general se usa la voz “sistema penal” para referirse a los procesos implicados en el ejercicio del control penal. De tal modo que no sólo suponen al conjunto de instituciones vinculadas directamente con el ejercicio del control penal estatal, sino a todas las relaciones que tienen

que ver con el ejercicio de tal control, estén o no formalizadas (Rosales Elsie, 2008). A su vez tenemos que la idea de control penal alude a las relaciones y procesos derivados de la facultad punitiva del Estado, esté o no esté dentro de los límites jurídicos, aunque en términos jurídicos esta facultad debe estar estrictamente supeditada a la legalidad conforme a la consustancial sujeción del Estado al derecho (propia de los estados constitucionales modernos). Con lo que cabe más allá del control formalizado, considerar al control punitivo no formalizado, es decir, que se incluye todo aquel que implique una punición (Restricción o supresión relevante de derechos humanos), así como a las atribuciones que de tal control haga quien no lo tiene formalmente asignado, incluso mediante vías delictivas y de mayor violencia (Tales son los casos de los escuadrones de la muerte o de las fórmulas primitivas de autodefensa).

En este sentido, es preciso mencionar que esta sección del trabajo se limita a tocar únicamente el trato que reciben algunos de los delitos relacionados con droga en la legislación, jurisprudencia e instituciones venezolanas, con el único fin de abordar metódicamente el trato jurídico del narcotráfico y sus delitos conexos, solo dentro de la perspectiva del control penal formal del sistema penal venezolano y así llegar a conclusiones relevantes al objeto en estudio.

De esta manera, se enuncian a modo de refrescamiento las disposiciones legales más importantes contenidas principalmente en la Ley Orgánica de Drogas, observando por supuesto el contexto constitucional de su desarrollo. Del mismo modo se mencionarán algunas disposiciones de otras leyes que guardan relación con el narcotráfico. Finalmente se sintetiza el trato jurisprudencial de la materia y se plantean conclusiones en torno a una perspectiva global del “sistema antidrogas” venezolano, y en base a ellas se trabajara la parte final de este pequeño artículo.

- **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)**

Artículo 271: En ningún caso podrá ser negada la extradición de los extranjeros o extranjeras responsables de los delitos de deslegitimación de capitales, drogas, delincuencia organizada internacional, hechos contra el patrimonio público de otros Estados y contra los derechos humanos. **No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar** los delitos contra los derechos humanos, o contra el patrimonio público o **el tráfico**

de estupefacientes. Asimismo, previa decisión judicial, serán confiscados los bienes provenientes de las actividades relacionadas con tales delitos. (...)

(Resaltado del autor)

- **Ley Orgánica de Drogas (2010) (LOD)**

Obligación Especial de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y los Servicios Aduaneros. (Órganos Especializados)

Artículo 27. Los componentes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y los servicios aduaneros deberán contar con unidades administrativas encargadas de la prevención y represión del tráfico ilícito de drogas, de acuerdo a su competencia, con particular atención cuando se encuentren en las zonas fronterizas.

Programas Especiales

Artículo 28. El órgano rector, diseñará y aplicará un plan operativo de seguridad y defensa, e igualmente creará un sistema integral de inteligencia, prevención y combate contra el tráfico ilícito de drogas, integrado por la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, la Policía Nacional Bolivariana y el Ministerio Público, los cuales constituirán una fuerza de tarea especial para el control y vigilancia en las zonas que resulten vulnerables.

Sanciones de orden administrativo

Artículo 42. El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud, tendrá a su cargo la aplicación de las sanciones de orden administrativo para los infractores de las disposiciones correspondientes a estupefacientes y sustancias psicotrópicas. El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de industrias intermedias, tendrá a su cargo la aplicación de las sanciones de orden administrativo a los infractores de las disposiciones correspondientes a sustancias químicas controladas.

Medidas de Seguridad Social

Artículo 130. El juez o jueza competente ordenará la aplicación del tratamiento de rehabilitación obligatorio, en un centro especializado, a las personas consumidoras y adicionalmente podrá aplicar separada o conjuntamente las medidas de seguridad social siguientes:

1. Re-inserción social.
2. Seguimiento.
3. Servicio comunitario.

DELITOS DE MAYOR CUANTÍA EN TÉRMINOS DE LA PENA APLICABLE

Tráfico

Artículo 149. Él o la que ilícitamente trafique, comercie, expendá, suministre, distribuya, oculte, transporte por cualquier medio, almacene o realice actividades de corretaje con las sustancias o sus materias primas, precursores, solventes y productos químicos esenciales desviados a que se refiere esta Ley, aún en la modalidad de desecho, para la producción de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, será penado o penada con prisión de quince a veinticinco años (...)

Fabricación y Producción Ilícita

Artículo 150. Él o la que ilícitamente fabrique, elabore, refine, transforme, extraiga, prepare, mezcle o produzca las sustancias o químicos a que se refiere esta Ley, será penado o penada con prisión de quince a veinte años.

Él o la que dirija o financie estas operaciones, será penado o penada con prisión de veinticinco a treinta años.

Tráfico Ilícito de semillas, Resinas y Plantas

Artículo 151. Él o la que ilícitamente siembre, cultive, coseche, preserve, elabore, almacene, realice actividades de corretaje,

trafique, transporte, oculte o distribuya semillas, resinas y plantas que contengan o reproduzcan cualesquiera de las sustancias a que se refiere esta Ley, será penado o penada con prisión de doce a dieciocho años. Si la cantidad de semilla o resina no excediere de trescientos (300) gramos o las plantas a que se refiere esta Ley, no superan la cantidad de diez (10) unidades, la pena será de seis a diez años de prisión. En caso de ser plantas de marihuana genéticamente modificada la pena será aumentada a la mitad. Él o la que dirija o financie estas operaciones, será penado o penada con prisión de veinticinco a treinta años.

Sustracción y Sustitución

Artículo 152. Los funcionarios públicos o funcionarias públicas, miembros de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, de los organismos de investigaciones científicas, penales y criminalísticas, policiales o de seguridad de la Nación, que durante el proceso de incautación o posterior a él, o encargados de su guarda y custodia, destruya, modifique, altere, sustraiga, sustituya o desaparezca, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sustancias químicas, a que se refiere esta Ley, será penado o penada con prisión de doce a dieciocho años.

Él o la que durante el proceso de incautación o posterior a él, destruya, modifique, altere, sustraiga, sustituya o desaparezca estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sustancias químicas a que se refiere esta Ley, será penado o penada con prisión de ocho a doce años.

Artículo 167. Centinela Militar y el Consumo de Estupefacientes o Sustancias Psicotrópicas

Él o la centinela militar que consuma estupefacientes o sustancias psicotrópicas o se encuentre bajo los efectos de las mismas, será penado o penada con prisión de uno a tres años, salvo las siguientes circunstancias:

1. Si el hecho se comete en campaña, sin estar frente al enemigo, con prisión de uno a cinco años. Si de sus results se ocasiona

algún daño de consideración al servicio, con prisión de seis a diez años.

2. Si el hecho se ejecuta frente al enemigo, los rebeldes o los sediciosos, con prisión de dos a seis años. Si de sus resultados se ocasiona algún daño de consideración al servicio, con prisión de ocho a dieciséis años.

- **Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (2012)**

Medidas Especiales sobre Negocios y Transacciones

Artículo 19. Los sujetos obligados prestarán especial atención y crearán procedimientos y normas internas de prevención y control, sobre las relaciones de negocios y transacciones de sus clientes o usuarios con personas naturales y jurídicas ubicadas en países o territorios cuya legislación facilita el secreto bancario, secreto de registro y secreto comercial o no aplican regulaciones contra legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo similares a las vigentes en la República Bolivariana de Venezuela o que las mismas sean insuficientes.

Asimismo, sobre aquellas donde exista banca de paraísos fiscales, y zonas libres o francas o cuya situación geográfica sea cercana a los centros de consumo, producción o tránsito de drogas ilícitas y demás delitos tipificados en esta Ley.

La Cooperación Internacional

Artículo 75. La comunicación e intercambio de información con las instituciones gubernamentales de otros países a los fines de investigar y procesar casos provenientes de los delitos de delincuencia organizada y financiamiento al terrorismo, se referirá, entre otros, a los siguientes particulares: (omisión).

2. Información sobre tipologías o métodos para falsificar pasaportes u otros documentos, sobre el tráfico de personas, armas, drogas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, así como

información sobre el ocultamiento de mercancías en materia aduanera o cualquier otra actividad de los grupos de delincuencia organizada. (Resaltado del participante).

Artículo 86: El Estado venezolano en atención a la cooperación internacional, adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso o la confiscación: (omisis)

2 .De estupefacientes y sustancias psicotrópicas, los materiales y equipos u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en cualquier forma para cometer los delitos tipificados en esta Ley. (Resaltado del participante).

EL NARCOTRÁFICO COMO DELITO DE LESA HUMANIDAD- JURISPRUDENCIA VENEZOLANA

En fecha 28 de marzo del año 2000, con ponencia del Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros, se dictó una sentencia en la cual se interpreta los artículos 29 y 271 de la Constitución de 1999 declarando a los delitos relacionados con droga como crímenes de *lesa humanidad*, en los términos siguientes:

El hecho de que la novísima Constitución haya anatematizado esos delitos con su imprescriptibilidad y además con la incondicional extradición de los extranjeros que lo cometieren (pese a la negativa del cuarto aparte del artículo 6° del Código Penal y a que en algunos países se castigan tales delitos con la pena de muerte o con la cadena perpetua), se debe a que los conceptúa expresamente como delitos de lesa humanidad. La circunstancia de que la Constitución solamente haya incluido el tráfico de estupefacientes, no significa que el de psicotrópicos (LSD y “éxtasis”, por ejemplo) no sea susceptible de la imprescriptibilidad e incondicional extradición comentada, ya que tal omisión involuntaria configura un tan evidente como simple error de forma, vacuo de contenido substancial. La misma Constitución suministra la regla a seguir en estas situaciones:

“ARTÍCULO 257 DE LA CONSTITUCIÓN: El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de

la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por omisión de formalidades no esenciales.” (Resaltado de la Sala).

En verdad, sí son delitos de lesa humanidad y por tanto de lesa Derecho, ya que causan un gravísimo daño a la salud física y moral del pueblo, aparte 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 del Estado mismo, ya que las inmensas sumas 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”: poco importa que sólo sea un Estado “puente”, o se crea o se finja creer que lo es, porque aun en ese caso se ha establecido que de allí se pasa siempre a estadios más lesivos: Estado “consumidor”, “productor” y “comercializador”. A sabiendas de que no es ortodoxo que una sentencia “justifique” la ley, ya que bastaría con invocarla; pero dadas las circunstancias y para únicamente hacer pedagógica referencia a los estragos de la cocaína en la salud física y moral, repárese en lo siguiente... (omissis).

Este criterio² fue ratificado por la Sala Constitucional en sentencia del mes de septiembre del año 2001 y posteriormente ha ampliado sus alcances como se evidencia en decisiones más recientes como la sentencia número 1082, del 25 de julio de 2012, en la que la misma Sala reiteró su criterio según el cual el narcotráfico es un delito de lesa humanidad y por lo tanto quienes estén siendo investigados o enjuiciados o ya hayan sido condenados por este ilícito no pueden gozar de los beneficios previstos en el Código Orgánico Procesal Penal (COPP), tal y como lo manda el artículo 29 de la Carta Magna.

A mayor abundamiento pueden mencionarse las sentencias números 1.485/2002, 1.654/2005, 2.507/2005, 3.421/2005, 147/2006, 1.114/

2 La adopción de este criterio por parte del máximo intérprete constitucional, ha sido objeto de múltiples críticas, basadas en torno a una supuesta errada y superficial interpretación de la concepción de crímenes de *lesa humanidad* establecida en Estatuto de Roma de La Corte Penal Internacional.

2006, 2.175/2007, todas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia entre otras, las cuales fueron ratificadas en sentencias recientes, como las números 1.874/2008, 128/ 2009 y 90/2012, dirigidas a confirmar la imposibilidad de conceder beneficio alguno a los delitos que atentan contra la salud física y moral del colectivo, como es el delito de tráfico de sustancias estupefacientes, en todas sus modalidades, por lo que se precisa, que a estos tipos penales no le es aplicable ninguna fórmula alternativa de cumplimiento de pena, ni algún otro beneficio de los establecidos en el Capítulo Tres del Libro Quinto, referido a la ejecución de la pena, del COPP, ni a la suspensión condicional de la pena prevista en el artículo 60 de la Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (2005) y en el 177 de la vigente Ley Orgánica de Drogas, que es un beneficio que se concede en la fase de ejecución del proceso penal, y que sí puede proceder en los casos del delito de posesión ilícita, previsto en el artículo 34 *eiusdem*.

Estudiando todas las disposiciones jurídicas transcritas anteriormente puede observarse que respecto al trato de los delitos relacionados con drogas existe una estructura más o menos uniforme caracterizada por:

Leyes especiales que regulan ampliamente la materia de drogas de manera detallada y plenamente diferenciable de las disposiciones que ordinariamente se establecen frente a otras figuras delictivas (delitos contra las personas, la vida, etc.) por encontrarse en leyes formales concretas (descodificación).

Delitos pechados con las más altas penas permitidas por el orden constitucional.

Trato diferencial para los consumidores y simples traficantes, fabricantes, facilitadores entre otros.

Aplicación obligatoria de “medidas de seguridad social” a los consumidores.

Organismos e instituciones especializadas en materia de investigación y persecución a narcotraficantes (creados solo para combatir el narcotráfico y sus efectos), así como atribuciones. Además de imponer a los particulares la adopción de medidas de colaboración para la investigación y seguimiento de estos delitos

Regulación constitucional expresa en relación estos delitos.

Desarrollo jurisprudencial tendiente a limitar algunos derechos y beneficios procesales en razón de la naturaleza de estos delitos.

MARCO JURÍDICO PENAL DE LAS DROGAS EN VENEZUELA Y EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

Se procede en este punto a analizar las características globales del sistema jurídico penal contra las drogas (venezolano) respecto de las premisas que a efectos de este trabajo se establecieron como determinantes de la existencia del DPE en una sociedad; y en base a ello se intentara llegar a una aproximación acerca de si realmente puede hablarse de un DPE en lo que respecta al trato específico del narcotráfico en Venezuela.

1. La distinción entre personas y no personas: la principal discriminación respecto a sujetos que se observa en la LOD se hace en base al consumo de sustancias, estableciéndose medidas de seguridad como sanción para los consumidores de droga y penas para el que incurra en el resto de los delitos. Pero ello no implica necesariamente que el sujeto activo pierda su cualidad de persona ante el ordenamiento jurídico por el simple hecho de incurrir en el ilícito (por mas grave que sea), ni mucho menos pierde, por lo menos oficialmente, facultades ni garantías procesales. Ahora bien, en lo que respecta a la imposición de “medidas de seguridad social” a los consumidores, tampoco puede equipararse del todo al trato que Günther Jakobs en su primigenia postulación describió respecto de los “inimputables”, ya que su criterio en este aspecto se baso en la idea clásica de la culpabilidad, según la cual no pueden ser culpables aquellos frente a quienes no existan expectativas normativas a ser defraudadas (esto incluye especialmente a los niños y a los privados de conciencia); en torno a ello cabría preguntarse hasta que punto un adicto a las drogas tiene plena conciencia de lo que hace y ello complejizaría el asunto, debiendo necesariamente recurrirse a la casuística. Pero, como quiera que sea, en opinión del suscriptor de este artículo, la LOD

no castiga el consumo, y siendo este el justificativo para la aplicación de la medida de seguridad resultaría impropio hablar de “inimputabilidad”, prueba de ello es que la LOD permite expresamente la aplicación conjunta de medidas de seguridad social y penas, de manera que adicto no es, a los efectos de la ley, sinónimo de inimputable.

2. La cualidad del enemigo: en este sentido la viabilidad del narcotraficante como enemigo, al menos operacionalmente, encuadraría en el trato material que le da la legislación nacional a esta figura, ya que como se verifico existen disposiciones en la LOD y en la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada que permiten la persecución del narcotraficante no solo internamente sino fuera del territorio nacional de conformidad con actividades coordinadas con otras naciones, así mismo su investigación y seguimiento a nivel internacional y conjunto de disposiciones dirigidas a particulares para que contribuyan en dichas labores imprimiendo una sensación de peligrosidad respecto al infractor. Cabe mencionar que el fallo jurisprudencial (2000) analizado en el presente trabajo al considerar el narcotráfico como delito de lesa humanidad respecto de estos delitos establece que deben ser entendidos como tal entre otras cosas por “poner en **peligro** y afectar en realidad la **seguridad social**”.
3. Régimen jurídico excepcional para el trato exclusivo del enemigo: como se mencionó dentro de las características globales del régimen jurídico del narcotráfico en Venezuela, existe un gran desarrollo normativo, que bien sea como sistema o como estructura regulan de manera específica y detallada todos los aspectos relacionados con las drogas. Ahora bien, su desarrollo en cuerpos legislativos distintos al Código Penal no implica necesariamente que se haga en detrimento específico de garantías y derechos de los destinados a sufrir la consecuencias de la norma, es decir, no hay vinculación directa entre el sentido que Jakobs le da en su tesis a la normativa específica contra los enemigos y las disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales bajo estudio, por lo menos no en su aspecto formal.

4. En cuanto al fin esencial de la pena: de acuerdo al fallo jurisprudencial estudiado, el fundamento para considerar los delitos relacionados con droga como crímenes de *lesa humanidad*, es precisamente que el mismo atenta contra los bienes jurídicos relacionados con la salud fisiológica de la población, manifestando expresamente que “causan un gravísimo daño a la salud física y moral del pueblo, aparte de poner en peligro y afectar en realidad la seguridad social”. Por lo que debe entenderse, al menos desde la óptica constitucional, que el fin propio de las penas en esta materia está orientado a la protección de los bienes jurídicos constitucionales de la salud, la moral y el derecho a la “seguridad”. Ello difiere del carácter que la tesis bajo estudio le otorga a la finalidad de la pena, ya que, en el DPE esta consiste en la simple restitución de la vigencia de la norma, prescindiendo de la necesidad de protección a algún bien jurídico como requisito, mientras que el sistema jurídico penal venezolano toma como justificación la protección de bienes jurídicos.
5. Atenuación o recorte de garantías penales y procesales: como se dijo anteriormente, no existe dentro del ordenamiento jurídico venezolano una disposición que expresamente suprima garantías procesales o derechos en razón de la especial comisión de algún delito de los relacionados con drogas. Lo más próximo a ello podría observarse en que el desarrollo constitucional y jurisprudencial respecto de la no prescriptibilidad de los delitos relacionados con narcotráfico. En ese sentido la interpretación de los artículos 29 y 271 de la Constitución, por parte de la Sala de Casación Penal, ratificado posteriormente por la Sala Constitucional, ha servido de fundamento al resto de los tribunales de la República, especialmente los de ejecución penal, para negar la concesión de formulas alternas al cumplimiento de la pena, por considerarlas “beneficios” que la Constitución prohíbe expresamente otorgar a los narcotraficantes, pero ello obedece a cuestiones de política criminal, no de discriminación propiamente dicha, al menos no fuera de los parámetros legales.

Se concluye de esta manera que, sobre todo en la distinción de personas- no personas, desde la óptica programática de la tesis de Jakobs, ni la Constitución, ni la LOD, ni ciertamente ninguna otra normativa, califica como un real “enemigo” al narcotraficante, no en el rigor de las características elementales que se desprenden de la tesis de Jakobs. De manera que no podría hablarse en Venezuela desde el punto de vista dogmático-formal, de la existencia de un DPE respecto a ninguna categoría de ciudadanos.

Lógicamente, no hay DPE sin enemigo. Pero el asunto no es tan sencillo, ya que si se deja de un lado el carácter justificativo-formal de la tesis bajo estudio, para enfocar la realidad desde un punto vista descriptivo, podría ser considerable la existencia “de hecho” o por lo menos la gestación de un enemigo “material” de la sociedad venezolana. Esta idea se sustenta en el hecho de que si bien es cierto que, como dogma, toda la normativa en Venezuela está inspirada y formulada en base a “la persona”, no es menos cierto que desde la norma suprema hasta las leyes especiales y la jurisprudencia, sin dejar por fuera instituciones dentro del Ministerio de la defensa, El Ministerio del Interior y Justicia y el Ministerio Público, conforman una autentica estructura “antidrogas” que con el paso del tiempo podrían engendrar un autentico DPE en pro de la manifiesta tendencia a la “defensa social”. Debe pues prestarse atención sobre esto si se considera que la tesis de Jakobs como propuesta es inaceptable, en los términos de un Estado Social Democrático de Derecho y de Justicia.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Más allá de redundar en lo que se ha dicho en el desarrollo de este artículo podría puntualizarse sobre algunos aspectos y llegar a algunas conclusiones:

El DPE como “programa” o “propuesta”, no es viable en Venezuela, pues el mismo contraría los más profundos principios constitucionales, desfigurando o pervirtiendo el concepto de persona y de ciudadano; ya que todo ser humano, independientemente de que incurra en conductas delictivas, de manera ocasional o habitual, sigue siendo una persona así como también un ciudadano. Y valga decir, que ni siquiera desde el punto de vista descriptivo

de la realidad jurídica (marco regulatorio las drogas) pudo demostrarse su auténtica existencia en nuestro país.

No es admisible una relativización de las garantías constitucionales frente a los supuestos “enemigos” de la sociedad. A pesar de los intentos de justificación de su postulante, no se puede racionalizar el uso del Derecho Penal al margen del Estado de Derecho, aun cuando se trate de crímenes muy graves (como los relacionados con el narcotráfico, aunque en el debate actual se habla también del terrorismo y delincuencia organizada). El Estado, en ningún caso puede actuar de manera semejante a un delincuente, en fin, no debe, el Estado convertirse en un enemigo de sus ciudadanos. Aunque en ciertos aspectos el aparataje jurídico penal creado contra las drogas en Venezuela pareció “rozar” o “aproximarse” al DPE, en realidad no es tal; se trata duras políticas criminales como un esfuerzo del Estado por rescatar a la sociedad y concretamente a sus ciudadanos de un problema de la sociedad misma, es decir, de algo que no es ajeno a ella, recurriendo a los mecanismos legales constitucionalmente permitidos para “educar” no solo al infractor sino al resto del conglomerado.

El Estado venezolano no puede, nunca, perder de vista esta perspectiva en su lucha contra las drogas y otros delitos como el terrorismo y la delincuencia organizada; ya que si bien es cierto que los mismos representan un grave quebrantamiento al orden social proyectado por la Constitución, no es menos ciertos que sus responsables son también personas y que aunque socialmente se justifique la política de los órganos concernientes, no debe el mismo Estado permitir el desborde de su poder en pro de una ideología tan peligrosa para sí mismo, como la postulada por Jakobs. Para ello debe luchar (al menos en el campo jurídico) contra problemas como la “descodificación” de la leyes penales, la falta de unificación de criterios por parte de los órganos del poder judicial, y mantener el máximo control sobre órganos policiales y de investigaciones en materia de drogas.

Aunque el endurecimiento en la lucha contra el narcotráfico sea una tendencia mundial, no debe la comunidad internacional legitimar, ni justificar conductas semejantes a las que los Estados Unidos de Norte América (el principal exponente del

DPE en la actualidad) ha mostrado respecto al terrorismo. No debe cerrarse esta reflexión sin hacerse mención obligada, en este punto, a los atropellos que al amparo de dicho país se han suscitado con ocasión a la “lucha contra el terrorismo”, contenida particularmente en la llamada “Patriot Act”, verificándose la grave violación a los Derechos Humanos de los detenidos en Guantánamo, lo que resulta a todas luces intolerable y que por fortuna ha sido públicamente denunciado y repudiado por gran parte de la comunidad internacional.

