

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

INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y JUSTICIA PENAL

Prof. Mireya Bolaños González*

Mérida, 2001

* Profesora Agregada de Derecho Penal General y Especial. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad de los Andes. Investigadora del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas. “Hector Febres Cordero” CENIPEC-ULA.

INTRODUCCIÓN

El hecho de aplicar normas jurídicas para resolver casos concretos de la vida real, ha dado en llamarse dentro de la dinámica jurídica “hacer justicia”. Esta tarea reviste una importancia social cuya relevancia es en algunas oportunidades desconocida, y exige de parte de quien la tiene a su cargo, un elevado nivel de responsabilidad que comienza con un profundo conocimiento sobre el ordenamiento jurídico a aplicar, un sentido crítico sobre el mismo y desemboca finalmente en lo que podría llamarse la materialización de los principios fundamentales sobre los que descansa el Derecho Penal, entre los cuales deben mencionarse fundamentalmente, los derechos humanos.

La función del juzgador requiere no sólo de los conocimientos técnico-jurídicos básicos que le permitan conocer a fondo el asunto que le ocupa, sino también de los principios éticos y morales que le permitan aplicar de manera justa tales conocimientos. Esto significa que el juzgador debe ubicar su tarea dentro de los límites en los cuales imperan las normas jurídicas, entendidas éstas como expresión de los valores y principios fundamentales de una sociedad. Esto es, su análisis debe superar las fronteras del propio texto legislativo, rebasando el imperio del silogismo y del derecho positivo rígido e impenetrable para ubicarse en un ámbito axiológico-normativo y aprehender de esta forma el verdadero sentido socio-cultural que impregna la existencia misma de la norma jurídica en un espacio y momento histórico determinado.

De esta forma el juez renuncia a una posición legalista a favor de una posición justa, todo ello conforme a los principios doctrinarios desarrollados en

materia penal, así como, los principios jurídico-penales acogidos por el legislador en el ordenamiento jurídico cuyo reconocimiento pretende enaltecer la condición y la dignidad humana. He allí la verdadera esencia de la función del juez.

**ANÁLISIS DEL TIPO PENAL CONTEMPLADO EN EL ARTICULO 33
DE LA LEY ORGÁNICA SOBRE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y
PSICOTRÓPICAS. (LEY DEROGADA)**

Art. 33. “El que ilícitamente tenga las sustancias, materias primas, semillas, plantas o sus partes a que se refiere esta Ley con fines distintos del consumo personal y, a los previstos en los artículos 3, 31 y 32 de esta ley, será sancionado con prisión de seis (6) a diez (10) años”. (L.O.S.S.E.P. 1984: 7-78)

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO: La Salud Pública

OBJETO MATERIAL DE LA ACCIÓN DELICTIVA: Las sustancias, materias primas, semillas, plantas o sus partes. (La Droga)

La determinación del objeto material de la acción delictiva contemplada en este tipo penal remite al Art. 2º. Ejusdem o reenvía a las listas de las leyes aprobatorias de la convención única sobre estupefacientes suscrita en Viena en 1961 y al convenio sobre sustancias psicotrópicas. De igual modo exige una revisión de aquellas otras sustancias que por resolución del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social sean consideradas como psicotrópicas o estupefactivos.

SUJETO ACTIVO: En el tipo penal que se estudia, el legislador ha señalado el sujeto activo del delito con la expresión “El que” para denotar el agente que

despliega la acción delictiva. En tal sentido se trata de un sujeto activo indiferente o indeterminado.

SUJETO PASIVO: El Estado

VERBO RECTOR: Tener

CONDUCTA: Se trata de una conducta positiva. Implica un hacer.

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO: Una análisis típico de esta norma jurídica, ajustado a los principios dogmáticos del Derecho Penal, nos permite valorar la presencia de un elemento subjetivo en su estructura. Esto significa que la acción del tipo penal no se agota con la simple tenencia, sino que además ésta debe concretarse sin fines de tráfico o destinados al consumo.

De acuerdo a los criterios doctrinarios a la luz de los cuales se han evaluado los llamados elementos subjetivos del tipo, éstos refieren la actitud psicológica del sujeto respecto al hecho, su fundamento está en “la necesidad de caracterizar adecuadamente conductas cuya identidad objetiva con otras, jurídicamente relevantes, exige una especificación de los motivos y tendencias en que se funda su ilicitud”. (Cury U, 1992: 318)

CULPABILIDAD: Dolosa. En este tipo penal se presume que el sujeto activo del delito “tiene” la droga con fines delictivos. Es decir, corresponde a este sujeto activo probar en el transcurso del proceso que la tenencia de la droga no es con fines delictivos o ilícitos. Esto significa que el legislador está presumiendo el dolo, entendiendo por dolo tanto la cognición de todos los elementos que conforman el

tipo penal como la voluntad libre y consciente de consumarlo. De acuerdo al desarrollo de la doctrina jurídica penal venezolana, el dolo, como forma de comportamiento relevante penalmente, no debe presumirse, debe ser probado en el curso del proceso. Partiendo del texto del artículo 61 del Código Penal Venezolano en el que se establece el principio general de culpabilidad, se excluye toda presunción de dolo, consagrando expresamente el legislador que para responder penalmente por la comisión de un delito, es necesario que el sujeto haya tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye.

De lo anteriormente expuesto se desprende que el principio general que rige en materia de culpabilidad en Venezuela se erige sobre la idea de no presumir sino de demostrar que el sujeto actuó con el ánimo que exige el tipo penal de que se trate y sin embargo el carácter represivo demostrado por el legislador en esta ley especial, requiere que el sujeto activo del delito demuestre en el proceso que no actuó con el ánimo que caracteriza los comportamientos consagrados en esta ley, es decir, se invierte el orden de lo que debe ser probado en el curso del proceso para determinar la culpabilidad del sujeto activo. Esto transforma este delito en un delito de consumación anticipada.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN: Esta figura delictiva admite la forma de autoría directa personal e inmediata y las distintas formas de co-autoría desarrolladas a nivel doctrinario y susceptibles de ser aplicadas en Venezuela, toda vez que no contradicen lo establecido en esta materia por el legislador venezolano.

ITER-CRIMINIS: El hecho delictivo se consuma con el sólo hecho de tener la droga.

TENTATIVA: Por tratarse de un delito de peligro, esta figura no admite formas imperfectas en su proceso de comisión, esto es, tentativa acabada o tentativa inacabada.

PENA: Prisión de seis (6) a diez (10) años.

Así mismo, sobre este tipo penal pueden señalarse las siguientes características:

Se trata de un tipo penal básico, su consumación y castigo no dependen de la preexistencia y consumación de otro delito. Es un tipo penal simple, basta con tener la droga para que se consume. Puede presentarse bajo la forma monosubjetiva o plurisubjetiva. Es un tipo penal de acción, su realización implica un quehacer. Es un tipo penal especial, está consagrado en una ley de naturaleza especial. Es una figura que admite causas de Justificación.

ANÁLISIS DEL TIPO PENAL CONTEMPLADO EN EL ARTICULO 36 DE LA LEY ORGÁNICA SOBRE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS. (LEY VIGENTE)

Art. 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 30, 34 y 35 y al del consumo personal establecido en el Artículo 75, será sancionado con prisión de cuatro a seis años. A los efectos de la posesión se tomarán en cuenta las siguientes cantidades: hasta dos gramos, para los casos de posesión de cocaína a sus derivados, compuestos o mezclas con uno o varios ingredientes; y hasta veinte 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.

Los jueves apreciarán las circunstancias del culpable del hecho y la cantidad de sustancias decomisadas para imponer la pena en el límite inferior, conforme a las reglas previstas en el artículo 37 del Código Penal. Podrán concederse los beneficios de sometimiento a juicio o suspensión condicional de la pena, a la persona que se encuentre incurso en el delito tipificado en esta norma, siempre que no concurra otro delito, que no sea reincidente, ni extranjero con condición de turista” (L.O.S.S.E.P, 1993: 113).

BIEN JURÍDICO: La Salud Pública

OBJETO MATERIAL DE LA ACCIÓN DELICTIVA: El texto legislativo hace expresa referencia a: “...las sustancias, materias primas, semillas, plantas o sus partes a que se refiere esta ley...” y sobre tales entes recae la acción delictiva que despliega el sujeto activo del delito.

Esto a su vez remite al:

Artículo 2º. De la ley que al mismo tiempo reenvía a las listas de las leyes aprobatorias de la convención única de 1.961 sobre estupefacientes suscrita en Viena en 1961 y al convenio sobre sustancias psicotrópicas. De igual modo exige una revisión de aquellas otras sustancias que por resolución del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social sean consideradas como psicotrópicos o estupefactivos.

SUJETO ACTIVO: En el tipo penal objeto de estudio, el legislador ha denotado al sujeto activo de este delito con la expresión: “El que”. En tal sentido se trata de un sujeto activo indiferente o indeterminado.

SUJETO PASIVO: El Estado

VERBO RECTOR: Poseer

CONDUCTA: Es una conducta positiva. Implica un hacer

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD: Ilícitamente.

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO: En este aspecto nos remitimos a lo señalado con ocasión del análisis del artículo 33 de la ley derogada.

CULPABILIDAD: Dolosa. Se presume que el sujeto activo del delito posee la droga con fines delictivos (ilícitamente) y le corresponde demostrar lo contrario, es decir, que la posee con fines lícitos o legales*

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN: Esta figura delictiva admite la forma de autoría directa, personal e inmediata y las distintas formas de co-autoría desarrolladas por la doctrina y de aplicación en Venezuela por estimarse que no contradicen lo señalado en esta materia por el legislador venezolano.

CONSUMACIÓN: El hecho delictivo se consuma con el sólo hecho de poseer la droga.

ITER-CRIMINIS: De acuerdo a lo señalado expresamente en la exposición de motivos de esta ley, el delito contemplado en el artículo 36 es un delito de mera acción o peligro (Idem p. 19) lo cual significa que no admite las formas imperfectas de comisión de los hechos delictivos, es decir, tentativa acabada e inacabada.

PENA: Prisión de cuatro (4) a seis (6) años.

Así mismo, sobre este tipo penal pueden señalarse los siguientes datos:

Se trata de un tipo penal básico. Su existencia no depende de la existencia de otro hecho punible. Es un tipo penal simple basta con poseer las sustancias indicadas para que se consume. Puede presentarse bajo la forma monosubjetiva o plurisubjetiva. Se trata de un tipo penal de ACCION, su realización implica desplegar una conducta positiva. Es un tipo penal especial está consagrado en una ley de carácter especial. Esta figura admite causas de justificación.

ANÁLISIS DOCTRINAL

NOTAS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL TIEMPO:

La aplicación de la ley penal no debe entenderse en términos absolutos, está limitada en razón del tiempo, del espacio y de las personas a quienes les va a ser aplicada. En cada uno de estos ámbitos la aplicación de la ley penal está guiada fundamentalmente por un principio de carácter general y sus excepciones.

La eficaz aplicación de la ley penal en el tiempo se rige por el principio de la irretroactividad de la ley penal. Esto es, la ley penal tiene vigencia a partir del momento de su nacimiento desde el punto de vista formal (publicación en la gaceta oficial) hacia el futuro. Esto significa que los hechos que se han producido fuera de este lapso de tiempo no deben ser analizados a la luz de los preceptos que ella establece, sino de acuerdo a lo establecido en el texto de la ley que ha venido a sustituir el texto legal que perdió vigencia.

Resulta pertinente señalar que en el caso de la aplicación de la ley penal en el tiempo pueden presentarse tres hipótesis:

* Ver análisis de la culpabilidad del artículo 33 de la derogada ley.

- a.- La nueva ley establece un delito que no estaba contemplado en la ley anterior.
- b.- La nueva ley suprime un delito que estaba contemplado en la ley anterior.
- c.- La nueva ley modifica la sanción que pertenece a un tipo penal que esta consagrado en ambas leyes (Arteaga S, 1994: 70).

En la hipótesis del literal “a” rige el principio *tempus regit actum*, es decir, el acto perpetrado bajo la vigencia de la ley anterior, no es punible. La nueva ley es irretroactiva. Su fundamento es: *Nullum crimen sine praevia lege* (ley penal creadora de delito).

En la hipótesis “b” la nueva ley no considera punible un acto que se castigaba como punible por la ley derogada. En este sentido, los hechos cometidos bajo el imperio de la antigua ley (derogada) se estiman como si ya estuviesen penados, es decir, esta situación materializa la excepción del principio *tempus regit actum* por lo cual se reconoce la retroactividad de la ley penal mas favorable. Su fundamento reposa en el hecho de que la ley penal no puede tener eficacia en perjuicio de la persona a quien se le está aplicando, más allá del tiempo en que la misma estuvo en vigencia. (Ley penal abolutiva de delito).

En la tercera y última hipótesis, si la ley nueva causa un perjuicio mayor en los derechos del procesado, el hecho cometido debe evaluarse y juzgarse de conformidad con lo establecido en la derogada ley, es decir, el texto legal que ha sido sustituido por el vigente debe aplicarse, en razón del principio *tempus regit actum*.

(Ley penal modificativa)

En este sentido, todo acto delictivo ha de valorarse de acuerdo a la ley que en su tiempo impera, así, excepcionalmente la ley penal podrá ser aplicada a hechos que se hayan producido fuera del lapso de tiempo de su vigencia o ciclo vital. Esta excepción está consagrada en el texto del artículo 2º. Del Código Penal y del artículo 44 de la Constitución Nacional y está fundamentada en el favorecimiento que represente la aplicación de dicha ley para el reo frente a lo que significaría la aplicación de la nueva ley penal.

Ahora bien, se entiende por ley penal más favorable al reo aquella que le brinde un tratamiento menos riguroso y para evaluar esta situación se debe analizar la duración de la pena y su especie, las penas que le son accesorias, asó como las circunstancias que eventualmente podrían atenuarla o agravarla. Todo ello en función de la calificación jurídica del hecho.

De acuerdo a lo expresamente señalado por el legislador en la exposición de motivos de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1984 (derogada), en el artículo 33 de esta ley, “se crea el delito autónomo de tenencia ajena al consumo o a las conductas delictivas de los artículos 31 y 32 ejusdem, para evitar todo tipo de posesión de las sustancias a que se refiere esta ley dada su peligrosidad social”. (I.O.S.S.E.P., 1984: 28).

De igual forma, ha referido el legislador venezolano en la exposición de motivos de la legislación antidrogas vigente que: “se reforma el delito de tenencia de drogas, se cambia el vocablo “tenencia” por “posesión”, para uniformarlo con la terminología de la nueva Convención de Viena (1988)...” (L.O.S.S.E.P, 1993: 17). La intención de esta innovación está fundamentada en la naturaleza jurídica del delito de posesión o tenencia, el cual es de mera acción o de peligro, el legislador no

quiere que existan cantidades de drogas ilícitas en la sociedad, esto significa, que no es de interés para el legislador considerar los aspectos de la ausencia de efectos nocivos de las sustancias psicotrópicas o estupefacientes en la persona que funge como sujetos activos del delito de tenencia. En este sentido, lo que determina la antijuridicidad del hecho delictivo es la sola tenencia de las sustancias antes mencionadas.

A los efectos del análisis que se expone en el presente artículo debe entenderse que en los delitos de mera acción el momento de la conducta relevante jurídicamente y el momento del resultado coinciden en el tiempo y se sueldan íntimamente. El acto y su efecto se presentan inseparablemente unidos. (JIMENEZ de A, 1964: 467-468). De acuerdo a lo señalado expresamente por el legislador en relación a la naturaleza jurídica de los tipos penales que se analizan, éstos se caracterizan por ser delitos de mera o simple actividad.

De igual forma se estima como delitos de peligro aquellos en los cuales para consumir la realización típica, resulta suficiente que se haga correr un riesgo al objeto jurídico penal, para ello ha de exigirse la posibilidad inmediata de que ello suceda, es decir, la concreta y real probabilidad de que el peligro efectivamente se produzca. (Idem. , p. 472)

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Con relación a la aplicación del artículo 36 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas por parte de los órganos de administración de justicia puede señalarse lo siguiente:

-De acuerdo a lo establecido en la exposición de motivos de esta ley, los jueces, en su gran mayoría, han entendido que el artículo 36 sustituye completamente el artículo 33 de la ley derogada en materia de estupefacientes. Es decir, de acuerdo a esta concepción existe sólo un simple cambio de vocablos, así, el término “Tenencia” sustituye al término “Posesión”. Todo ello en función de uniformar el texto legislativo con la terminología de la nueva Convención de Viena del año 1988. (L.O.S.S.P, 1984: 17)

Ahora bien, si nos detenemos a analizar la pena de ambas normas, observamos que el artículo 36 (ley vigente) establece una pena menor a la que señalaba en el artículo 33. (ley derogada), de forma tal que de acuerdo a las ideas anteriormente expuestas con relación a la aplicación de la ley penal en el tiempo, estaríamos en presencia de una hipótesis de ley penal modificativa. La interpretación de los jueces arroja como resultado que si estamos en presencia de la misma norma jurídica y que de un texto legal a otro sólo se ha experimentado un cambio en los términos que denotan la acción delictiva y un cambio a nivel de la pena que corresponde aplicar la cual, es más benigna desde el punto de vista cuantitativo en el tipo penal vigente.

Este último aspecto constituye el punto de referencia que nos permite calificar la ley vigente, como una ley penal más favorable al reo. En este sentido, siguiendo esta línea de análisis corresponde hacer una revisión de los cómputos de las penas impuestas a los sujetos activos de este tipo penal, señalando en las sentencias de estos casos la vigencia de una ley más benigna o favorable que ha venido a sustituir la ley que imperaba al momento de cometer el hecho.

De acuerdo al criterio de interpretación hasta ahora manejado por la mayoría de los jueces, el caso que nos ocupa, desde el punto de vista de la estructura lógica de la norma jurídico-penal estaríamos en presencia del mismo

supuesto de hecho en ambas normas, habiendo sólo una modificación en cuanto a la pena, toda vez que en concierto con el texto de la exposición de motivos, el cambio en los términos que denotan la acción delictiva en ambos tipos penales, es irrelevante, pues con ello sólo se pretende adaptar la ley vigente a la nueva Convención de Viena suscrita en 1988.

Planteado en estos términos, el caso que nos ocupa constituye una hipótesis de materialización de la excepción al principio de irretroactividad de la ley penal que rige en materia de aplicación de la ley penal en el tiempo (retroactividad de la ley penal más favorable al reo), y en este sentido, los jueces asumieron su responsabilidad haciendo de nuevo el cálculo de las penas ya establecidas en los casos correspondientes y beneficiando de esta manera a sus destinatarios.

Lo antes afirmado puede verificarse revisando cualquiera de los expedientes en los cuales se haya ventilado un caso de drogas y que estuviere comprendido en el lapso de tiempo de sustitución de una ley por otra. A esto se reduce la praxis judicial con relación a la aplicación del Artículo 36 de la vigente ley antidrogas.

ANÁLISIS PERSONAL. CONCLUSIÓN

Este análisis exige establecer la similitud o diferencia entre las normas objeto de estudio (artículo 33 de la derogada ley antidrogas y artículo 36 de la vigente ley antidrogas), así como determinar las consecuencias procesales que de dicho análisis se desprenden.

En tal sentido, puede afirmarse lo siguiente:

Una lectura detallada, detenida y concordada del artículo 36 y del artículo 33 de la vigente y derogada ley antidrogas respectivamente, la revisión de los

términos “tenencia” y “posesión” a la luz del Derecho Penal, la puntualización de los errores de técnica legislativa, las fallas con relación a la interpretación del legislador en la exposición de motivos de esta ley y finalmente la consideración de los principios rectores del Derecho Penal en función de la condición humana del hombre, exigen un estudio más profundo de estas normas jurídicas y nos lleva a concluir en función de una marcada diferencia entre ambas.

En una primera aproximación podemos señalar que en la ley derogada no se establecían cantidades con relación al objeto material de la acción delictiva (droga). Las penas señaladas en cada tipo penal son sustancialmente diferentes, y a disposición del propio legislador sólo la pena del tipo penal de la ley vigente permite al reo gozar de beneficios de libertad, lo cual resulta de gran trascendencia a nivel procesal.

El tipo penal contemplado en el artículo 36 no constituye una modificación del tipo penal contemplado en el artículo 33, en consecuencia, aquel, no debe entenderse como un sustituto de éste. Procesalmente esto significa, que la conducta regulada en el artículo 33 de la ley antidrogas derogada se extingue como conducta punible, esto es, desaparece como hecho delictivo, en consecuencia las personas que estaban siendo procesadas y las que habían sido condenadas por la comisión de este delito bajo la vigencia de esta norma deben ser puestas en libertad, toda vez, que el delito por el cual se les castiga ha sido abolido por la ley vigente en la materia.

Sin embargo, cabe acotar que el análisis antes indicado pareciera prohibido por el propio legislador, quien con evidente insistencia enfatiza en la exposición de motivos de la ley, que se trata del mismo tipo penal el cual ha sufrido modificaciones a propósito de la incorporación de algunos elementos. “La interpretación no depende de la voluntad del legislador que pretende regularla,

sino al revés, y ello por la simple razón de que también esa voluntad debe ser interpretada... quien se esfuerza en imponer un método de interpretación obtiene el efecto opuesto de contribuir a la libertad interpretativa..." (Zagrebelsky, G. 1995: 135)

En este sentido, lo manifestado por el legislador en la exposición de motivos del texto legal conlleva a una errónea interpretación que sirve de justificación a la uniformidad que se observa en la actitud de los jueces en lo que han sido las soluciones de estos casos, al tener dicha afirmación como cierta da lugar a varias observaciones:

El estimar una ley penal como más favorable al reo exige la valoración de la norma penal en cuestión, tomada en su totalidad, es decir, el texto de la norma debe ser estudiado en forma íntegra. Bien lo señala Arteaga Sánchez al establecer que el juez no puede combinar varias leyes y aplicarlas simultáneamente, tomando retazos de una y de otra y creando por esta vía una tercera ley que a su juicio favorezca más al reo.

Esta ha sido justamente, la situación que se ha presentado con las normas jurídicas objeto de estudio en el presente trabajo. En la redacción del artículo 36 de la ley vigente se mantienen datos y partes de la estructura gramatical de ciertos fragmentos del texto del artículo 33 de la derogada ley, sin embargo, esto no puede servir de justificación a la afirmación de que se trata del mismo tipo penal.

De otra parte, tal como señala Elsie Rosales (1995: 139) al determinar entre ambas normas, cuál debe tomarse como más favorable al reo, obviamente corresponde señalar como tal a la ley vigente, (Art.36), siendo así, retrotraer la ley vigente para aplicarla a los casos ocurridos bajo la vigencia de la ley anterior (Art. 33) únicamente aquellos en los que el objeto material de la acción delictiva no

exceda la cantidad de 20 grs., en los casos de marihuana y 2 grs., en los casos de cocaína.

Esta situación, a criterio de esta autora, generaría un panorama de discriminación entre la población reclusa que está siendo procesada por este delito, ya que sólo para algunos habría derecho a beneficios procesales, todo ello partiendo de que la afirmación del legislador en la exposición de motivos de la ley, pueda tomarse como cierta, tal como se indicó anteriormente.

Así mismo, la lectura detallada del texto del artículo 36 nos obliga a estudiar lo que debería suceder en los casos de tenencia de cantidades de droga superiores a las establecidas por el legislador. Tasar la cantidad del objeto material de la acción delictiva (drogas), conlleva a la posibilidad de considerar que fuera de los casos expresamente señalados por el legislador, quien posea droga en cantidades superiores a las establecidas, sin destinarlas al tráfico o consumo, no estaría dentro del supuesto de hecho del tipo penal analizado. De forma tal que estando expresamente excluido de la conducta típica de que se trata, mal puede ser sancionado por la comisión de este delito, concretándose de esta forma una hipótesis de atipicidad, lo cual llevaría indefectiblemente a considerar dichos casos como hipótesis fuera de la ley, razón por la cual no pueden ser castigados. Esta interpretación de la norma jurídica, traería como consecuencia, desde el punto de vista procesal, la libertad inmediata de todo aquel cuya conducta estuviera comprendida dentro de esta hipótesis, toda vez que a partir de la consideración del objeto material de la acción delictiva, se está frente a un caso de ley penal abolutiva, es decir, la ley vigente sólo considera como punibles los casos que estén comprendidos en su supuesto legal y los casos que no se ajusten a la cantidad por él establecida, están automáticamente fuera de su supuesto. Todo ello atendiendo a una correcta interpretación del principio de legalidad penal de sus implicaciones.

Hecho este planteamiento, es obligatorio afirmar que la praxis judicial que se ha llevado adelante en los casos que nos ocupan, ha sido hartamente errónea. Por una parte constituye un acto de irresponsabilidad por parte del legislador insistir en la exposición de motivos de la vigente ley, que el supuesto de hecho del artículo 36 debe entenderse como un sustituto del supuesto de hecho del artículo 33 de la derogada ley, siendo que de la lectura cuidadosa de ambos textos legales se desprende fácilmente lo contrario. Igualmente correspondía a los jueces hacerse de opiniones más técnicas y científicas sobre este aspecto en particular, para verificar el origen y la naturaleza de los criterios en los cuales se había apoyado el legislador para hacer tal afirmación y en consecuencia hacer un análisis crítico y una justa aplicación de este texto legal.

Tal como lo señala Zagrebelsky la actividad interpretativa está orientada en función de la concepción teórica del Derecho o de su concepción práctica. Según esta última, la interpretación jurídica, es la búsqueda de la norma adecuada tanto al caso como al ordenamiento, poniendo de relieve el carácter bipolar de la interpretación, haciendo coincidir ambas vertientes en un resultado satisfactorio a ambas. Continúa afirmando el autor que en el proceso de interpretación del Derecho, el caso es el motor que impulsa al intérprete y marca la dirección, partiendo del caso se acude al derecho para interrogarlo y obtener de él una respuesta. A partir del caso el intérprete procede a buscar las reglas y vuelve a él, en un procedimiento circular de dirección bipolar que finaliza cuando se componen de modo satisfactorio las exigencias del caso y las pretensiones de las reglas jurídicas. (1995: 132-133).

En el caso que nos ocupa, la labor de los jueces como intérpretes del Derecho ha satisfecho únicamente la parte teórica y rígida de la ciencia jurídica, dejando de lado la obligación de agotar las expectativas planteadas desde el punto de vista práctico, esto es, tomando en consideración la realidad reducida a un caso

concreto. El caso que nos ocupa demuestra con absoluta claridad la importancia que tiene la actividad de interpretación, la cual alcanza su punto más álgido en la función de los jueces a quienes corresponde aplicar la normativa vigente a casos concretos de la vida real.

CONSECUENCIAS PROCESALES. SITUACIONES

De lo anteriormente expuesto se desprende que el tipo penal contemplado en el artículo 36 de la vigente ley antidrogas, no debe entenderse como un sustituto del artículo 33 de la ley antidrogas derogada (1984). Se trata de dos tipos penales distintos. Esta afirmación comporta las siguientes consecuencias procesales de acuerdo al momento en que la nueva ley entra en vigencia.

a.- Si al momento de vigencia de la nueva ley es antes de dictarse el Auto de Proceder: De acuerdo a lo establecido en el texto del Artículo 989 del Código de Enjuiciamiento Criminal no hay lugar a la formación del sumario, por no revestir carácter penal los hechos punibles.

Art. 99 C.E.C. "Cuando el hecho denunciado no revistiere carácter penal o la denuncia versare sobre hechos punibles de acción privada o sobre hechos cuya acción estuviere evidentemente prescrita, el tribunal o funcionario instructor declarará no haber lugar a la formación del Sumario; sin perjuicio, no obstante, de la responsabilidad en que pueda incurrir por desestimar indebidamente dicha denuncia..."

b.- Si al momento de vigencia de la nueva ley es posterior al auto de Proceder pero anterior al Auto de Detención: se declara sin lugar la averiguación por no haber lugar a proseguirla de acuerdo a lo establecido en el ordinal 6º. Del Artículo 206 del Código de Enjuiciamiento Criminal.

Art. 206. C.E.C. "Antes de dictarse el auto de detención o el sometimiento a juicio, puede el Juez instructor declarar terminada la averiguación por no haber lugar a proseguirla: ...

Ord. 6º... Cuando la amnistía, o una nueva ley penal que quite todo carácter punible a los hechos sobre los cuales versa la averiguación, se hubieren dictado después de iniciada ésta..."

c.- Si el momento de entrada en vigencia de la nueva ley es posterior al momento en que se dictó el Auto de Detención en Primera Instancia y el auto de detención está siendo revisado en el Tribunal Superior: El Juez Superior debe revocar dicho auto de detención, toda vez que los hechos que dieron lugar al mismo en primera instancia ya no revisten carácter penal. En consecuencia corresponde declarar terminada la averiguación de acuerdo a lo establecido en el ordinal 6º del Artículo 206 del Código de Enjuiciamiento Criminal.

d.- Si el momento de entrada en vigencia de la nueva ley es posterior al momento en que el Auto de Detención ha quedado firme en el Tribunal Superior: corresponde sobreseer la causa de acuerdo a lo establecido en el Artículo 312 ordinal 3º del Código de Enjuiciamiento Criminal. (Antes de dictarse sentencia definitiva).

Art. 312 C.E.C. "El Sobreseimiento procede en el sumario después de haberse dictado el auto de detención o de sometimiento a juicio, y en cualquier instancia de la causa, en el plenario:

Ord. 3º: ...Por haber quedado abolida toda pena respecto al hecho enjuiciado, por una ley posterior a su perpetración..."

Si la nueva ley entra en vigencia dentro del lapso de sentencia, el Tribunal debe dictar una sentencia de sobreseimiento.

e.- Si el momento de entrar en vigencia la nueva ley es posterior al momento de dictarse sentencia condenatoria de primera instancia y la causa se encuentra en segunda instancia: el Juez debe revocar la sentencia condenatoria y sobreseer la causa de acuerdo a lo establecido en el ordinal 3º del artículo 312 del Código de Enjuiciamiento Criminal.

f.- Si el momento de entrar en vigencia la nueva ley es posterior al momento en que se dictó sentencia condenatoria definitivamente firme: el Juez debe aclarar la inmediata libertad de la persona que ha sido condenada por el delito contemplado en la ley que fue abolida. En consecuencia cesa la ejecución de la condena. (Código de Enjuiciamiento Criminal 1962).

BIBLIOGRAFIA:

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

CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

CURY URZÚA. Enrique. Derecho Penal. Parte General. Editorial Jurídica de Chile.
Santiago de Chile. 1992

JIMENEZ DE ASUA. Luis. Tratado de Derecho Penal. Editorial Losada. S.A.
Buenos Aires. Argentina. 1964

LEY ORGÁNICA SOBRE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y
PSICOTRÓPICAS. Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 4636.
Extraordinaria del 30 de Septiembre de 1993.

ROSELL SEHEN, Jorge y otros. La droga frente a la ley. Un nuevo enfoque.
Ediciones Colegio de Abogados del Edo. Lara. 1994

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley Derechos y Justicia. Editorial
Trotta. Valladolid. España. 1995.