

---

**JOSÉ LUIS MALAGUERA ROJAS**  
Universidad de los Andes  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
Escuela de Derecho  
Mérida- Venezuela  
CENIPEC  
joselmalaguera@yahoo.com

**EL DELITO DE TENENCIA Y / O POSESION ILICITA DE DROGAS, LA LEY DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY ORGANICA SOBRE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS (1993) Y EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD PENAL**

***Resumen***

El presente análisis está dirigido a la revisión del problema que surge con ocasión de la promulgación de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes, y Psicotrópicas (Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 30 de Septiembre de 1993 N° 4.636, Extraordinaria) y su aplicación jurisdiccional, en lo tocante a los cambios que en la Reforma sufrió el delito de tenencia de drogas ilícitas.

El análisis parte de la interrogante acerca de si serán iguales o distintos los tipos penales consagrados en el artículo 33 de la Ley derogada de 1984, y el 36 de la actual Ley de 1993, los cuales se refieren al delito de tenencia y/o posesión, respectivamente. La tarea fundamental consiste en precisar su identidad o por el contrario su no identidad y determinar las consecuencias que ello acarrea en el ámbito jurisdiccional penal.

***Palabras claves:*** Tenencia, posesión, acción y objeto material de la acción delictiva.

**THE CRIME OF TENANCY AND / OR UNLAWFUL POSSESSION OF DRUGS, THE LAW PARTIALLY AMENDING THE ORGANIC NARCOTICS AND PSYCHOTROPIC SUBSTANCES LAW (1993) AND THE PRINCIPLE OF PENAL NON-RETROACTIVITY**

**EL DELITO DE TENENCIA Y / O POSESION ILICITA DE DROGAS, LA LEY DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY ORGANICA SOBRE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS (1993) Y EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD PENAL**

***Abstract***

This analysis reviews the problem that arises in relation to the promulgation of the Law Partially Amending the Organic Narcotics and Psychotropic Substances Law (Extraordinary Official Gazette of the Republic of Venezuela, N° 4636, September 30<sup>th</sup> 1993) and its jurisdictional application in relation to the changes made in the Amendment concerning the crime of possession of unlawful drugs .

The analysis begins with the question of whether the crimes stipulated in the article 33 of the repealed 1984 Law, are the same or different from those in Article 36 of the present 1993 Law, that is, the crime of tenancy and/ or possession, respectively.

The basic task is the identification or non-identification of such crimes and determining the consequences that this has within the scope of penal jurisdiction.

**KEY WORDS:** Tenancy, Possession, Action and material object of the criminal act.

**. 1. INTRODUCCIÓN.**

El presente análisis está orientado concretamente a dar respuesta a un problema específico que surge con ocasión de la promulgación de la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 30 de Septiembre de 1993, N° 4636 Extraordinaria) y su aplicación jurisdiccional. La situación que se cuestiona es la siguiente:

Serán iguales o distintos los tipos penales consagrados en los artículos 33 de la reformada Ley Orgánica del 17 de julio de 1984 y 36 de la actual Ley del 30 de septiembre de 1993 y cuáles son las consecuencias en una u otra situación?

Un análisis crítico que conlleve a una solución del problema implica un estudio comparativo entre el tipo penal descrito en el artículo 33 de la Ley de 1984 y el contenido en el artículo 36 de

la Ley de 1993. Dicho análisis estará básicamente orientado hacia la revisión de los elementos fundamentales que conforman la estructura típica de ambas figuras delictivas. En tal sentido debe abordarse el estudio de la acción, sujeto activo, sujeto pasivo, objeto jurídico y objeto material de la acción delictiva.

Ello permitirá obtener una respuesta apropiada, en vista de que solo a través de la Teoría General del Delito, es que puede determinarse validamente si hay o no identidad entre ambos tipos penales y luego poder establecer las consecuencias a la luz del principio de la irretroactividad penal, consagrado en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 2 del Código Penal.

Solo desde esta perspectiva puede justificarse la identidad o por el contrario la no identidad de los tipos penales objeto del presente estudio.

Finalmente corresponde inferir las consecuencias jurídicas de naturaleza sustantiva y adjetiva que se desprenden de la postura asumida, todo de conformidad con lo establecido previamente por el legislador tanto en el Código Penal Venezolano (artículo 2) como en la Constitución de la República (Artículo 24).

## **2. EL DELITO DE TENENCIA Y/O POSESIÓN ILÍCITA DE DROGAS.**

La Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas del año 1984 consagraba el Delito de Tenencia de Drogas Ilícitas, en los siguientes términos:

### **Artículo 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.”

**EL DELITO DE TENENCIA Y / O POSESION ILICITA DE DROGAS, LA LEY DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY ORGANICA SOBRE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS (1993) Y EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD PENAL**

La actual Ley Antidrogas establece el Delito de Posesión de Drogas Ilícitas, de la siguiente manera:

**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 3,34,35 y al del consumo personal establecido en el artículo 75, será sancionado con prisión de cuatro (4) a seis años. A los efectos de la posesión se tomarán en cuenta las siguientes cantidades: hasta dos (2) gramos, para los casos de posesión de cocaína o sus derivados, compuestos mezclas con uno o en 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 la mismas. Los jueces apreciarán las circunstancias del culpable del hecho y la cantidad de sustancias decomisadas para imponer la pena en el límite inferior o superior, 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»”.

El estudio comparativo de los dos tipos penales anteriormente transcritos se hará de acuerdo con los elementos principales que conforman la estructura típica de ambas figuras, partiendo de la acción, abordando luego lo relativo al sujeto activo, sujeto pasivo, objeto jurídico, para analizar finalmente lo concerniente al objeto material de la acción delictiva.

**2.1 La Acción.**

De acuerdo con la doctrina penal la acción en los delitos aparece en las descripciones típicas representada por un verbo rector que

funge como núcleo del tipo. El núcleo de acuerdo con Sosa Chacín "*... lo forma el verbo principal que le da el carácter particular a cada delito, y, en forma general lo diferencia*". (1959; 70).

En el caso que nos ocupa la ley derogada señala como verbo principal, el vocablo "tenga", mientras que en la ley vigente (año 1993), el verbo principal aparece identificado con el vocablo "posea". En relación a este cambio "aparente" de términos, ha dicho el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley vigente que obedece a la necesidad de uniformar la terminología del texto del artículo con la terminología usada en la Convención de Viena del año 1988, no señalando ninguna otra razón que justifique la sustitución. Ante tal "justificación" por parte del legislador en relación al cambio de un término por otro, debe plantearse una interrogante que permita abordar los aspectos fundamentales del problema, de la siguiente manera: el término "posea", utilizado para la construcción de la figura típica de la vigente Ley, vigente que obedece a la necesidad de uniformar la terminología del texto del artículo con la terminología usada en la Convención de Viena del año 1988, no señalando ninguna otra razón que justifique la sustitución.

Ante tal "justificación" por parte del legislador en relación al cambio de un término por otro, debe plantearse una interrogante que permita abordar los aspectos fundamentales del problema, de la siguiente manera: el término "posea", utilizado para la construcción de la figura típica de la vigente Ley, produjo una variación sustancial que permita afirmar que se trata de una acción distinta a la que consagraba el tipo penal derogado, o simplemente se trata de sustituir un término por otro.?

La respuesta que exige esta interrogante requiere un análisis del aspecto lexicológico de ambos términos, que permita conocer el verdadero significado de cada uno. En tal sentido, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, "Tener" significa "Poseer, dominar o sujetar" (1984:1297) y "poseer" significa "...Tener uno en su poder una cosa" (1984:1090).

De lo anterior se deduce que lexicológicamente ambos verbos tienen la misma significación. Tener significa poseer y éste a su vez, significa tener.

**EL DELITO DE TENENCIA Y / O POSESION ILICITA DE DROGAS, LA LEY DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY ORGANICA SOBRE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS (1993) Y EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD PENAL**

No existe en el tipo penal contemplado en el artículo 36 de la Ley vigente una conducta distinta a la que hace referencia el verbo rector empleado en el tipo penal del artículo 33 de la Ley derogada en 1984. Sólo se trata de un término distinto que el legislador utiliza en la nueva Ley, que sustancialmente tiene el mismo significado que el vocablo utilizado en la Ley derogada. Esta inferencia nos lleva indefectiblemente a afirmar que si bien el verbo rector que utiliza el legislador en la nueva Ley, aparece representado o identificado con un vocablo distinto del utilizado en la Ley derogada, este nuevo vocablo no cambia el sentido de la acción delictiva, de modo que se trata de la misma acción.

Debe agregarse que el vocablo utilizado en la Ley vigente, cuyo significado es idéntico al vocablo utilizado en el tipo penal de la Ley derogada, no logró solucionar el grave problema que presenta esta figura delictiva, toda vez que ni el verbo "tener" ni el verbo "poseer" implican una conducta sino que por el contrario hacen referencia a un estado o a un hecho. Si se admite que el verbo rector refiere la conducta que despliega el agente, y que dicha conducta debe necesariamente consistir en una acción u omisión penalmente relevante, nos encontramos frente a un tipo penal de particulares características cuyo núcleo no expresa una actividad que debe desplegar el sujeto para cometer el delito en cuestión, sino que por el contrario hace referencia de manera indicativa a un "estado".

## ***2.2 El Sujeto Activo.***

Con respecto a este elemento del delito parece evidente la claridad sobre la cual están contruidos tanto el tipo penal de la nueva Ley como el de la Ley derogada. Ambas figuras delictivas se refieren al agente del delito en igualdad de condiciones, lo que permite afirmar que se trata del mismo sujeto activo para ambas hipótesis. El legislador utiliza la expresión "... el que ilícitamente..." para ambos casos, razón por la cual será sujeto activo de este delito "cualquier persona que ilícitamente posea". Se trata de un sujeto activo indiferente, en virtud de que la expresión utilizada por el legislador no precisa ninguna cualidad específica para el agente del delito.

### ***2.3 El Sujeto Pasivo.***

Doctrinariamente se entiende por sujeto pasivo el titular del bien o valor fundamental que la ley penal protege o tutela en los distintos tipos penales.

Como quiera que la determinación del sujeto pasivo se relaciona con el señalamiento concreto del bien jurídico tutelado en cada tipo penal, es preciso mencionar los inconvenientes que inconvenientes que se han presentado con ocasión de la determinación del bien jurídico penalmente protegido en la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

En este sentido el propio legislador tanto en la Exposición de Motivos de la Ley derogada como en la de la Ley vigente ha señalado expresamente que los delitos en materia de estupefacientes tienen carácter pluriofensivo, toda vez que con las acciones que dan vida a estas figuras delictivas se vulneran y ponen en peligro varios bienes penalmente protegidos en dicha ley (la salud pública, la seguridad, la soberanía e integridad del estado, etc.).

Esta posición del legislador, en lo que al bien jurídico-penal se refiere resulta totalmente divorciada de lo que actualmente en la teoría del delito se discute sobre el particular. En tal sentido, una de las opiniones doctrinarias más calificadas en Venezuela en el análisis del texto normativo antidrogas estima que el verdadero bien jurídico protegido en el delito de tenencia y/o posesión, es la salud pública. (Ver Borrego. y Rosales, 1992: 162-191). Si se tiene dicha afirmación como cierta, se entiende que el sujeto pasivo del tipo penal objeto del presente análisis es la comunidad en general.

### ***2.4 El Bien Jurídico Tutelado.***

A pesar de que el legislador ha hecho expresa mención del carácter pluriofensivo de estos delitos en el sentido de que atenta al mismo tiempo contra bienes jurídicos distintos, tales como: la salud pública, la seguridad, la soberanía e integridad del Estado, el funcionamiento de las Fuerzas Armadas, la economía nacional, la política, la fe pública y el deporte, entre otros (Borrego y

**EL DELITO DE TENENCIA Y / O POSESION ILICITA DE DROGAS, LA LEY DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY ORGANICA SOBRE SUSTANCIAS ES-TUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS (1993) Y EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD PENAL**

Rosales 1992:58), dicha afirmación no tiene asidero o fundamento dentro de la dogmática-jurídico-penal contemporánea.

La concepción dogmática del delito en la actualidad no puede concebirse aislada de la noción de bien jurídico, estimándose que el bien jurídico constituye en buena parte el fondo o la esencia donde reposa la descripción típica del legislador. Todo tipo penal debe contener una conducta que vulnere, menoscabe o ponga en peligro un bien jurídico penalmente protegido y su concreción debe agotarse en la producción efectiva del daño o de la puesta en peligro de dicho bien jurídico.

En relación a ello cabe señalar que en materia penal el principio de tipicidad legal cumple una función agotadora, toda vez que el tipo penal debe ser suficiente y contener todo cuanto sea necesario para afirmar la existencia del delito, en tal sentido, el tipo penal debe ser preciso, concreto, cierto y elaborado sobre una fórmula lo más exacta posible.

En el caso del delito de tenencia y/o posesión, el legislador, propone un bien jurídico plural que plantea un tipo penal impreciso e indeterminado, situación que se contradice abiertamente con el principio de legalidad en materia penal.

Esta imprecisión del tipo penal repercute negativamente en el proceso de subsunción típica que debe hacerse entre el hecho de la realidad y el tipo penal que contiene su descripción, lo cual puede eventualmente desembocar en excesos por parte del Estado en lo que concierne al funcionamiento y puesta en marcha de los mecanismos de control social.

Por ello, tal como lo han expresado en la doctrina patria Borrego y Rosales

*"... la única protección razonable se reduce a la salud pública. Proceder de otro modo haría imposible el estudio del bien jurídico para determinar el ámbito de las conductas criminalizables" (1992: 201).*

Finalmente se debe asumir que el bien jurídico penal protegido en el delito de tenencia y/o posesión, tanto en la derogada como en la Ley actual, es la salud pública.

### ***2.5 El Objeto Material De La Acción Delictiva.***

El objeto material de acuerdo con Reyes Echandia es *"... aquello sobre lo cual se concreta la vulneración del interés jurídico que el legislador pretende tutelar en cada tipo y hacia el cual se orienta la conducta del agente"* (1986: 155).

Tanto en el artículo 33 de la Ley Antidrogas del año de 1984, como en el artículo 36 de la actual Ley, el objeto material de la acción delictiva, desde el punto de vista cualitativo sigue siendo el mismo, esto es, sustancias, materias primas, semillas y plantas a las que se refiere la propia ley, con el agregado en la nueva Ley de las "resinas" lo que constituye una ampliación en lo cualitativo.

Desde el punto de vista cuantitativo, el artículo 36 de la actual Ley vigente, introduce una modificación importante que consiste en tarifar la cantidad de la droga vinculada a la posesión. En este sentido, señala para los casos de posesión de cocaína o sus derivados compuestos o mezclas con uno o varios ingredientes, la cantidad de hasta dos gramos y la cantidad de hasta veinte gramos para los casos de marihuana. El tipo penal derogado no señalaba límites en relación a la cantidad vinculada a la tenencia y en consecuencia correspondía al juzgador establecer en cada caso concreto si la cantidad incautada era adecuada al tipo.

Con esta nueva redacción, el objeto material de la acción delictiva aparece reformado sustancialmente en su aspecto cuantitativo. La inclusión de la tasación de la droga vinculada al delito de posesión, constituye un elemento novedoso que obliga a un cuidadoso análisis.

El objeto material de la acción delictiva a que hace referencia el tipo penal de la Ley de 1984, es cuantitativamente distinto al que refiere el tipo penal de la vigente Ley. El elemento cuantita-

**EL DELITO DE TENENCIA Y / O POSESION ILICITA DE DROGAS, LA LEY DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY ORGANICA SOBRE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS (1993) Y EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD PENAL**

tivo que introduce el legislador en el nuevo tipo penal, acarrea implicaciones político criminales que deben abordarse en un análisis comparativo de ambas normas.

En el aspecto cualitativo el objeto material de la acción delictiva sigue siendo el mismo en los dos tipos penales analizados, salvo el agregado de las "resinas" que lo amplía levemente.

**2.6 Consideraciones Finales.**

El análisis comparativo realizado a la luz de los elementos principales que conforman la estructura típica de las figuras delictivas contenidas en los artículos 33 de la Ley de 1984, y 36 de la Ley de 1993, nos lleva a las consideraciones finales siguientes:

- a) La acción, el sujeto activo, el sujeto pasivo y el objeto jurídico, son idénticos en ambas figuras delictivas.
- b) El objeto material de la acción delictiva desde la perspectiva cualitativa, es el mismo en ambas figuras delictivas, salvo la agregación de las "resinas" como un nuevo tipo de sustancia integradora de la incriminación.

Desde el punto de vista cuantitativo, el objeto material de la acción delictiva ha sido blanco de una significativa reforma, al exigir el legislador que dicho elemento debe ajustarse a determinadas porciones que lo reducen a cantidades muy pequeñas de droga.

- c) Los dos tipos penales analizados, resultan ser la misma figura delictiva.  
La redacción del tipo penal vigente con la inclusión en su estructura de la cuantificación del objeto material de la acción delictiva, no constituye, desde el punto de vista dogmático, un criterio suficiente para afirmar la existencia de un nuevo tipo penal abolutivo. Tal como se señaló anteriormente el tipo penal que contiene esta figura delictiva solo ha sufrido una leve modificación. Si bien es cierto que dicha modificación (cuantificar el objeto material de la acción delictiva) genera diversas hipótesis que surgen a partir del análisis del tipo penal vigente, este nuevo elemento cuantitativo no constituye un factor de entidad suficiente para

tativo no constituye un factor de entidad suficiente para asumir, de acuerdo a la estructura típica de los delitos, que se trata de un tipo penal diferente.

- d) El tipo penal contemplado en el artículo 36 de la vigente Ley consagra una penalidad, desde el punto de vista cuantitativo, menor que la del tipo penal derogado, así mismo el tipo penal vigente establece la libertad bajo sometimiento a juicio para los sujetos procesados por el delito de posesión. Estos dos aspectos (penalidad cuantitativamente menor y establecimiento de beneficios) no deben entenderse como criterios válidos que permitan afirmar la existencia de una nueva figura delictiva, esto es, una figura delictiva autónoma, distinta e independiente a la consagrada en el tipo penal derogado.

Ello no obsta para señalar que con respecto al tipo penal derogado, el vigente representa una versión más benigna para el reo.

### ***3. EL DELITO DE POSESIÓN Y LA IRRETROACTIVIDAD PENAL.***

Partiendo de la posición que se ha sostenido de considerar que el tipo penal que contempla el delito de posesión en la vigente Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas el mismo tipo penal de la Ley derogada, pero con ciertas modificaciones que lo hacen más benigno, deben tenerse en cuenta aspectos relativos a la aplicación de la Ley penal en el tiempo sobre la base del texto del artículo 2° del Código Penal Venezolano que establece:

“Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo, aunque al publicarse hubiere ya sentencia firme y el reo estuviere cumpliendo condena”

**EL DELITO DE TENENCIA Y / O POSESION ILICITA DE DROGAS, LA LEY DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY ORGANICA SOBRE SUSTANCIAS ES-TUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS (1993) Y EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD PENAL**

Todo ello implica, entre otras cosas, una revisión de las sentencias condenatorias dictadas bajo el imperio de la Ley derogada, que frente a la vigente, aparece como menos benigna, así como una serie de particulares situaciones que surgen a propósito de la publicación de la ley vigente.

El principio de irretroactividad penal, de rango constitucional (Art. 24 C.R.B.V.), se plantea como relevante, toda vez que se está en presencia de una hipótesis de sucesión de leyes penales en el tiempo y más concretamente frente a la hipótesis que el legislador consagra como la situación posible en la que puede quebrantarse el principio general de irretroactividad de la ley penal, es decir, la ley que sucede a la derogada es una ley penal más benigna en lo que a la pena se refiere.

Esta revisión, que necesariamente le corresponde realizar a los órganos jurisdiccionales, lleva a la aplicación del tipo penal vigente por ser éste de consecuencias más favorables para el reo. Esto significa que todas aquellas sentencias condenatorias por hechos cometidos bajo el imperio de la Ley derogada, así como los casos en que se lleve adelante el iter procesal en causas por delitos contemplados en esa misma ley, sin haber llegado a sentencia definitiva, deben ajustarse a lo contemplado en el tipo penal vigente.

En este asunto de la retroactividad, Rosales ha señalado que la aplicación retroactiva del artículo 36 de la nueva ley, se presta a confusiones, en vista de que no se trata de un caso en que el tipo actual ha sufrido reformas en algunos de los supuestos en relación al derogado. (1994:137)

La cuantificación del objeto material de la acción delictiva y la incorporación de elementos que benefician al sujeto activo durante el procedimiento y al momento de la aplicación de la pena, al mismo tiempo, parecen y no parecen ser factores que permitan afirmar la existencia de un nuevo tipo penal y en consecuencia de un tipo penal abolutivo.

Ahora bien, partiendo de nuestra posición que plantea que el tipo penal vigente es el mismo tipo penal de la Ley derogada con algunas modificaciones, se entiende, por mandato de la propia Constitución que debe aplicarse retroactivamente la disposición contemplada en el tipo penal vigente. Esto es, se deben revisar todas las sentencias definitivas así como los procesos que estuvieren en curso a propósito de hechos cometidos durante la vigencia del tipo penal derogado, toda vez que el actual favorece al reo y se plantea en términos de mayor benignidad durante el proceso y al momento de aplicar las penas.

En este sentido, las consecuencias que se desprenden de la aplicación retroactiva de la ley penal vigente, son las siguientes:

1. Las sentencias definitivamente firmes dictadas de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la derogada Ley y que hayan recaído sobre personas que poseían en ese momento cantidades de droga que encuadren en las tarifas que establece el tipo penal vigente, deben ser revisadas. En este sentido de acuerdo a lo establecido en el artículo 463 ordinal 6º del Código Orgánico Procesal Penal, 24 de la Carta Magna y 2º del Código Penal, debe revisarse y rehacerse el cómputo de la condena a que estuvieren sometidas estas personas.

De esta última situación (La revisión del quantum de la pena) pueden desprenderse básicamente dos situaciones:

- 1.1. Que hecho el nuevo cómputo resulte que el condenado ya ha cumplido la totalidad de la pena, toda vez que a raíz de la revisión de la misma y por efectos de la disminución que acarrea la aplicación del vigente tipo penal, resulta agotado el tiempo que le corresponde por condena. En estos casos, la persona debe ser puesta en libertad de inmediato (Extinción de la pena).

**EL DELITO DE TENENCIA Y / O POSESION ILICITA DE DROGAS, LA LEY DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY ORGANICA SOBRE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS (1993) Y EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD PENAL**

- 1.2. Que de la revisión resulte una cantidad de tiempo, aun no cumplida en su totalidad por el condenado. En estos casos corresponde conceder al reo el beneficio de "suspensión condicional de la pena" en aquellas hipótesis en las que se agoten los extremos de la Ley de Beneficios en el Proceso Penal.
- 2) A las personas condenadas por sentencia definitivamente firme de conformidad con el artículo 33 de la vieja Ley, por cantidades de droga superiores a las establecidas en la tarifa del artículo 36 de la actual Ley de 1993 y que se encuentren cumpliéndola, también se les debe revisar la condena recaída, en vista de la aplicabilidad de la sanción más benigna.

Este criterio surge del convencimiento de que el tipo penal del artículo 36 de la nueva Ley es el mismo tipo penal del artículo 33 de la vieja Ley, tan solo que modificado en su objeto material, modificación esta que no lo hace distinto desde el punto de vista de la Teoría General del Delito. Si ambos tipos son los mismos, resultaría totalmente incongruente plantear que no es aplicable la sanción más benigna del artículo 36. Asumir aquí la inaplicación de la ley más favorable sería aseverar que estamos en presencia de un "nuevo" tipo penal (artículo 36) distinto al anterior, que nos llevaría a la tesis de la abolición de aquellos casos en que la cantidad de droga supere la tarifa establecida en la nueva Ley, tesis esta que no compartimos.

La razón de fondo para considerar que es procedente la retroactividad, también para los casos de tenencia (Artículo 33) en que se hayan decomisado cantidades de droga superiores a las señaladas en el artículo 36 de la Ley vigente, es que ambos delitos (tenencia y posesión) regulan la misma conducta. Además como lo plantea Rosales, retrotraer la ley actual, sólo a los casos de la ley anterior en los que el objeto material versaba sobre cantidades menores a los 20 gramos de marihuana y dos gramos de cocaína, sería crear una discriminación, ya que se

tendría dos tipos de reclusos por la misma infracción, unos gozando de beneficios y otros sin ellos, (1994:139) Sumando al criterio de Rosales, agregaríamos que con la retroactividad parcial de la actual norma, tendríamos dos tipos de condenados por la misma conducta incriminada, unos con condenas entre seis y diez años y otros con condenas entre cuatro y seis años.

En definitiva, en los casos anteriores de tenencia (artículo 33), aun cuando la cantidad de droga sobrepase los límites fijados por el artículo 36 de la actual Ley, debe operar la retroactividad de la nueva norma, de manera total, por ser más favorable. Es imperativo aplicar la nueva pena, esto es, cuatro a seis años y concederse el beneficio de suspensión condicional de la pena. Lo contrario, sería violatorio del principio de favorabilidad y contrario al principio de igualdad, consagrado en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica; que se traduce en que todos los ciudadanos tenemos el derecho a ser tratados de igual manera ante la ley y en el proceso penal y a igual protección de la ley sin discriminación alguna.

Para concluir es importante señalar que sobre este aspecto en particular no existe unanimidad en la jurisprudencia de instancia. Existen tribunales que acogen la retroactividad para todos los casos, sin distinguir en la cantidad de droga decomisada. De igual forma existen juzgados en los que la cantidad de droga incautada constituye un factor de diferenciación y acogen la retroactividad parcial. Estas divergencias en la jurisprudencia de instancia, como consecuencia de la dudosa conveniencia jurídico penal de haberse tasado o tarifado la cantidad de droga en lo relativo al delito de posesión, expresando el legislador que lo hacia en aras de la seguridad jurídica (Ver Exposición de Motivos), cuando la realidad del asunto reposaba en prohibir al Juez la potestad de fijar él mismo los límites de las cantidades,

**EL DELITO DE TENENCIA Y / O POSESION ILICITA DE DROGAS, LA LEY DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY ORGANICA SOBRE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICAS (1993) Y EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD PENAL**

no han podido ser zanjadas ni siquiera por el máximo Tribunal de Justicia.

La Sala de Casación Penal, en fecha 24 de Abril de 1996, en un fallo que no puede menos que catalogarse de arbitrario, estableció lo siguiente:

“.. De lo antes transcrito se evidencia que el Tribunal A-Quo estableció que Francisco Antonio Salazar incurrió en el delito de tenencia ilícita de Estupefacientes, denominado en la novísima ley Posesión ilícita de Estupefacientes, hecho punible éste que se configuró a través de la ilícita posesión de 1 kilogramo con 974 gramos de cocaína, por lo cual determinó que la pena aplicable al nombrado ciudadano era la de 4 años de prisión, conforme a lo previsto en el artículo 44 de la Constitución Nacional, 60 del Código de Enjuiciamiento Criminal y 36 de la Ley Orgánica sobre sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

El artículo 36 de la L.O.S.E.P. dispone:

“...El que ilícitamente posea...”

El hecho punible descrito amerita una pena de prisión de 4 a 6 años por la posesión de hasta 2 gramos de cocaína o sus derivados, compuestos o mezclas con uno o varios ingredientes.

Como se puede apreciar de lo antes expuesto, la razón asiste a la formalizante, pues la recurrida infringió el artículo 36 de la nueva Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas al aplicar al procesado Francisco Antonio Salazar la pena de cuatro (4) años de prisión por el delito de Posesión Ilícita de Estupefacientes, a pesar de haber establecido que al mencionado procesado se le atribuye la posesión de 1 kilogramo 974 gramos de cocaína. En consecuencia el presente recurso debe declararse con lugar” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 24-04-96).

En este fallo la Sala de Casación Penal, declaró con lugar el recurso de casación de fondo formalizado por la Fiscalía del Ministerio Público por infracción del artículo 36 de la actual Ley, por indebida aplicación.

Para el máximo Tribunal no es procedente la aplicación retroac-

tiva del artículo 36 de la nueva Ley, para los casos de condenatorias por el delito de tenencia contenido en el artículo 33 de la derogada Ley, cuando la cantidad de droga decomisada sobrepasa los límites de la actual tarifa. Sin embargo se observa claramente en el fallo, una absoluta ausencia de las razones de fondo, por las cuales se llega a la mencionada consideración. No explica el máximo Tribunal si la tenencia y la posesión, constituyen el mismo tipo penal, o si se trata de dos conductas delictivas distintas. Lastimosamente la antigua Corte no despejó las dudas existentes sobre el asunto que nos ocupa, manteniéndose de esta manera la incertidumbre jurídica. No es posible deducir del texto del fallo las razones jurídicas, así como tampoco los fundamentos político-criminales sobre los cuales debe sostenerse la afirmación de que se viola la disposición del artículo 36 de la vigente Ley, si se aplica retroactivamente a quienes estuvieren condenados por el delito de tenencia de conformidad con lo estipulado en la derogada Ley, en aquellas hipótesis en que las cantidades de droga incautada sobrepasen o excedan los límites de la actual tarifa legal. Esto se traduce en el grave vicio de ausencia de motivación de la decisión, por parte de la Sala de Casación Penal del máximo Tribunal.

### **REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.**

SOSA CHACIN, Jorge (1959). **La Tipicidad**. U.C.V.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (1984). **Real Academia Española**. Vigésima Edición. Tomo II.

BORREGO, y ROSALES, E. (1992) **Drogas y Justicia Penal. Interpretación Jurídica y Realidad Judicial**. Caracas: Lirrosca C.A

REYES ECHANDIA, A. (1986) Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

ROSALES, E. y otros (1994). **La Droga Frente a la ley: Un nuevo enfoque**. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara.