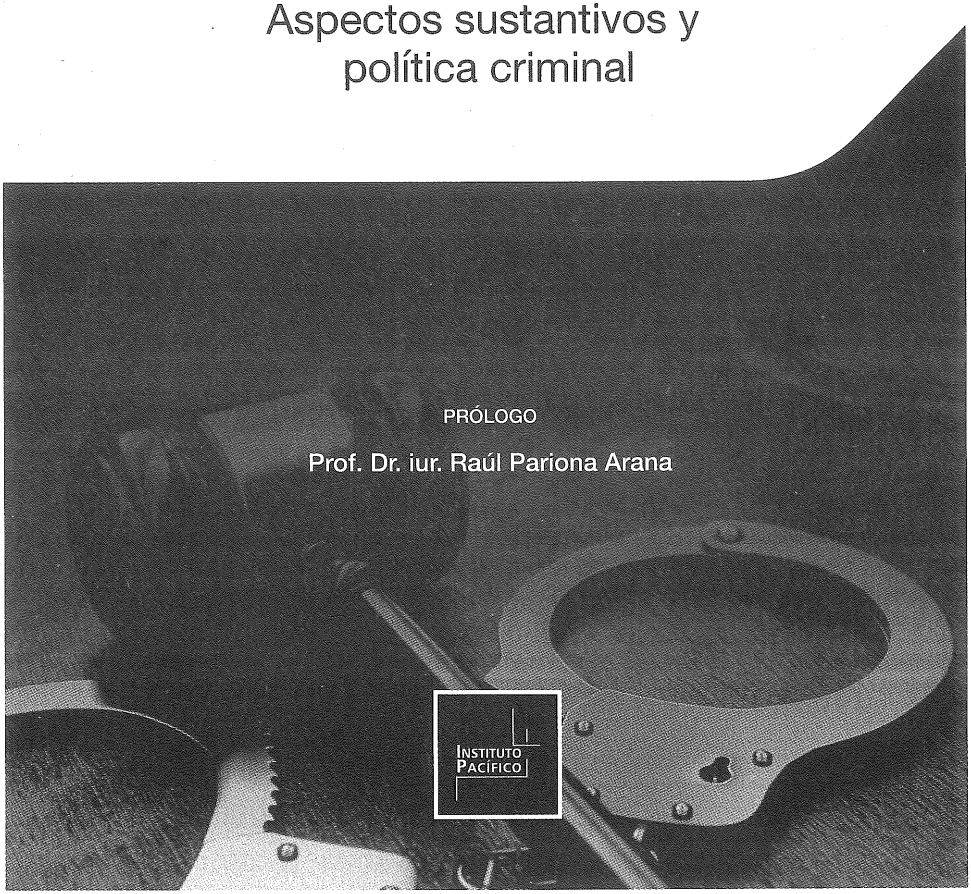
JUAN ANTONIO ROSAS CASTAÑEDA

Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Juez titular especializado en lo penal del Callao

LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Aspectos sustantivos y política criminal



PRÓLOGO

Prof. Dr. iur. Raúl Pariona Arana

INSTITUTO PACÍFICO



LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS
ASPECTOS SUSTANTIVOS Y POLÍTICA CRIMINAL

Autor:
© Juan Antonio Rosas Castañeda, 2019

Primera edición-Junio 2019

Copyright 2019
Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:
Luis Ruiz Martinez

Edición a cargo de:
Instituto Pacífico S.A.C.-2019
Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña
Central: 619-3700
E-mail: preprensa@institutopacifico.pe

Tiraje: 4,000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial : 31501051900642
ISBN : 978-612-322-164-5
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.° : 2019-08003

Impresión a cargo de:
Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N.° 224-Breña
Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.
Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

A Cristirosi, el amor que persiste
a pesar de las adversidades

PRÓLOGO

El mundo académico es uno de los espacios que ofrece, con frecuencia, grandes satisfacciones intelectuales y personales. Precisamente este ha sido el caso cuando Juan Antonio Rosas Castañeda me solicitó presentar su libro sobre los delitos de tráfico ilícito de drogas. Para mí ha sido una experiencia enriquecedora leer su libro y aprender sobre un ámbito del derecho sobre el que se ha escrito poco en el Perú; sin embargo, la mayor satisfacción ha sido —sin duda— constatar que se trata de un libro rigurosamente escrito, y que deja ver el gran dominio dogmático de su autor.

El libro resulta de innegable trascendencia, así como de gran utilidad teórica y práctica. El autor aborda de manera íntegra la problemática criminológica, política criminal y dogmática de los delitos de tráfico ilícito de drogas. En la obra se pone de relieve que el tráfico ilícito de drogas se ha caracterizado por ser uno de los delitos que ha sufrido una constante sobrecriminalización y endurecimiento penal, llegando incluso a sancionarse el delito con la pena más alta que conoce nuestro ordenamiento jurídico.

El trabajo aborda el tratamiento de los delitos contenidos en los artículos que van desde el 296 al 303 del Código Penal, los cuales han sido sistematizados en nueve capítulos. El libro comienza con el análisis de la política criminal del tráfico ilícito de drogas, iniciando con la perspectiva internacional y constitucional. Se estudian los tratados internacionales en materia de tráfico ilícito de drogas, poniendo énfasis en la Convención de Viena de 1988, la cual impone la obligación, a los Estados parte, de reprimir todas las etapas del ciclo de la droga. Bajo esa perspectiva se verifica la armonización de estas disposiciones en el

ordenamiento jurídico nacional, el impacto de las mismas, y si existe, en ese sentido, un correlato con la realidad criminológica peruana. Aquí el autor subraya que el modelo prohibicionista adoptado no resulta ser el más conveniente, y que es necesario replantear la política criminal y la estrategia para enfrentar el tráfico ilícito de drogas.

En el segundo capítulo se analiza cuál es el bien jurídico que se protege con la criminalización del delito de tráfico ilícito de drogas, comprobando que, si bien hay unanimidad en señalar que el valor protegido es la "salud pública", no hay consenso en cuanto al alcance de este concepto, debido a que se presenta como un bien jurídico supraindividual, y, además, porque existen diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de dicho bien. El tercer capítulo gira en torno al estudio del objeto material del delito sobre el que recaen las conductas del tráfico ilícito de drogas, las cuales se encuentran contenidas en el art. 296 del Código Penal. Al respecto, de la lectura literal de la norma se verifica que se limita a indicar como objeto material del delito a las "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas", sin definir dichos términos ni remitir su significado a alguna otra norma. Ante ese problema de determinación, mediante la labor interpretativa, la doctrina ha arribado a dos soluciones con el fin de afrontar tal problemática, las cuales, a su vez, llevan a distintas consecuencias prácticas. La primera solución consiste en considerar el elemento "droga tóxica, estupefacientes o sustancias psicotrópicas" como norma penal en blanco, mientras que la segunda postura lo considera como un elemento normativo del tipo.

El cuarto capítulo se dedica especialmente al análisis dogmático del tipo penal de tráfico ilícito de drogas (contenido en el art. 296 del Código Penal). En el quinto capítulo se abordan los tipos contenidos en el tercer párrafo del art. 296 y 296-B del Código Penal, los cuales regulan dos formas o modalidades del denominado "tráfico de precursores", esto es, el tráfico de materias primas o sustancias químicas necesarias para la elaboración o fabricación de drogas. De este modo se reprimen conductas como la introducción, producción, acopio, provisión, comercialización o transporte de estas sustancias, cuando se destinen a la elaboración de drogas o se apliquen a las etapas de maceración y procesamiento de

materias primas para la obtención de drogas. El sexto capítulo efectúa el análisis dogmático del delito de conspiración para cometer delitos de tráfico ilícito de drogas, el mismo que tipifica actos preparatorios y refleja la decisión legislativa de adelantar las barreras de punición a un supuesto de coautoría anticipada. En ese orden de ideas se desarrollan también sus antecedentes, características y legitimidad en los delitos de tráfico ilícito de drogas. El séptimo capítulo trata sobre el estudio de los arts. 296-A y 296-C del Código Penal, donde el primero criminaliza actos de cultivo y siembra de plantas de amapola o adormidera de la especie *papaver somniferum*, así como la planta de marihuana de la especia *cannabis sativa*; además, se criminaliza actos de comercialización y transferencia de semillas de estas plantas, así como la siembra o cultivo compulsivo de las mismas y de la planta de coca, dejando fuera de la normativa al cultivo del arbusto de coca por motivos de uso cultural y ancestral. Por su parte, el art. 296-C criminaliza los actos de resiembra de arbustos de coca en predios que hayan sido sometidos a programas de erradicación de cultivos ilegales. El octavo capítulo se dedica a examinar las figuras agravadas de los delitos de tráfico ilícito de drogas contenidas en el art. 297 del Código Penal, desarrollando de esta manera las siete circunstancias agravantes específicas de primer nivel y dos supuestos de circunstancias agravantes de segundo nivel. Finalmente, el estudio concluye con el análisis de las figuras atenuadas y de otros tipos penales relacionados al tráfico ilícito de drogas.

La revisión del trabajo de Juan Antonio Rosas Castañeda me ha generado una grata satisfacción intelectual por las diversas ideas —muy interesantes— contenidas en el libro, las cuales seguro serán líneas de investigación que se irán desarrollando en el futuro, pues toda obra es un punto de llegada, pero a la vez punto de partida para el desarrollo más profundo de nuevas ideas. Esta obra es, sin duda, un logro importante en la producción académica del autor, y constituye un aporte a nuestra creciente doctrina nacional.

Lima, junio del 2019

Prof. Dr. iur. Raúl Pariona Arana

INTRODUCCIÓN

El tráfico ilícito de drogas es una de las perversas caras con la que se muestra el crimen organizado. Su estructura se basa en distintos niveles y jerarquías que van desde los jefes y financistas hasta los últimos eslabones de la cadena (los encargados de transportar y distribuir la droga). Una de las características más notables del tráfico es la superación de las fronteras nacionales por parte de sus personeros y el aprovechamiento de la economía globalizada, no solo para distribuir la droga, sino para el lavado de ingentes activos procedentes de esta abyecta actividad. La actividad delictiva transnacional caracteriza al tráfico ilícito de drogas, por cuanto existen países productores de droga y países de tránsito, así como centros de distribución y consumo, por lo cual debe ponerse de relieve que esta división no resulta tajante, ya que, a su vez, en cada uno de estos países ese circuito puede quedar completado[1].

En la actualidad, el ciclo de la cadena productiva de las drogas ilícitas se encuentra dominado por redes transnacionales de organizaciones criminales, los cuales actúan coordinadamente para elaborar el circuito de la droga, desde los países productores hasta la puesta a disposición de la misma a los "usuarios" finales en los países consumidores. Claro que, como se ha dicho, esta distinción no es absoluta; pues en un solo país puede darse todo este proceso, pero se advierte la tendencia de que los países ricos absorben la mayor demanda de drogas ilegales. En esa línea es conveniente observar que el "proceso o ciclo de la droga" ya no está dominado por una única organización criminal fuerte (cartel), sino por múltiples organizaciones nacionales, regionales y transnacionales

1 Cornejo, Abel, *Estupefacientes*, 2.ª ed., Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2009, p. 129.

que actúan de forma coordinada; es así que existe una suerte de división internacional del trabajo con países productores de droga y países de tránsito, así como centros de distribución y consumo, donde las redes criminales interactúan encargándose de uno o algunos de esos ciclos productivos de drogas ilegales.

Bajo esa perspectiva, según la realidad criminológica, somos un país productor de drogas. En países como el nuestro, el ciclo de la droga comprende desde los actos de siembra y cultivo de hoja de coca (incluso desde el acopio de los precursores químicos), pasando por la elaboración de drogas cocaínicas, hasta la disposición final de las mismas al consumidor individual potencial en los países desarrollados, de ahí que la mayor cantidad de droga producida en el Perú es destinada principalmente al consumo externo, debido a que las modalidades delictivas relacionadas a este segmento del fenómeno del tráfico ilícito de drogas se vinculan con actos legales o ilegales del comercio exterior; donde solo una pequeña cantidad de estas sustancias se orientan al mercado local. Para abarcar todas estas etapas del ciclo de la droga es necesario el accionar de organizaciones criminales que manejan todos o alguno de estos eslabones de la cadena, los cuales buscan, en última instancia, exportar la droga hacia los mercados europeos, norteamericanos y asiáticos, y más recientemente al mercado brasileño.

En el plano de la política criminal, diseñada en los tratados internacionales sobre el tráfico ilícito de drogas, es pertinente hacer una especial mención a la Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, (Convención de Viena del 20 de diciembre de 1988), o simplemente Convención de Viena de 1988, que dispone la obligación internacional a los Estados parte de reprimir todo el ciclo de la droga. El art. 3.1.a.i) de la citada convención conmina a los Estados parte a considerar en sus legislaciones internas como delitos a los siguientes actos: la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualquier condición, el corretaje, el envío, el envío

en tránsito, el transporte, la importación o exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica.

En ese marco, en cumplimiento con las obligaciones internacionales en materia de tráfico ilícito de drogas, el art. 8 de la Constitución Política del Perú establece la obligación constitucional de combatir y reprimir el tráfico ilícito de drogas, lo que supone, conforme lo ha expresado el Tribunal Constitucional en jurisprudencia constante, la tipificación adecuada de estas conductas que debe comprender todo el ciclo de la droga, desde la producción hasta la comercialización de las mismas. Bajo la misma perspectiva, en consonancia con la política criminal impuesta por la Convención de Viena de 1988, el legislador peruano en la tipificación de los delitos de tráfico ilícito de drogas pretende abarcar todo el ciclo de la droga. Así, el art. 296 del Código Penal comprende cuatro delitos autónomos que abarcan desde los actos de conspiración hasta la comercialización de drogas, pasando por la criminalización de las materias primas y precursores indispensables para la fabricación de drogas. Lo que se ve complementado con los arts. 296.A, que regula el delito de siembra y cultivo de plantas fiscalizadas; 296.C sobre el delito de resiembra de cultivados erradicados; y el 296.B sobre tráfico ilícito de precursores.

En ese marco, la presente investigación realiza el examen dogmático y de política criminal de las regulaciones dispensadas por el Código Penal a los delitos sobre tráfico ilícito de drogas. En estos capítulos se analizan las disposiciones, desde el art. 296 al art. 303 del Código Penal. El primer capítulo analiza la política-criminal en la manera impuesta por los tratados internacionales, en especial, la Convención de Viena de 1988, y la recepción de estas disposiciones en el ordenamiento jurídico interno. El segundo capítulo analiza el bien jurídico protegido en estos delitos, verificando que la salud pública en cuanto interés colectivo (cuya titularidad no corresponde a un individuo en específico, sino a una colectividad) ha generado que en la doctrina se discuta cuál es el alcance de este concepto, esto es, entender a la "salud pública" como la suma de las saludes individuales o como un concepto autónomo. Esta discusión

tiene importantes consecuencias prácticas, pues de ello dependerá si en la construcción de los tipos penales se exige la lesión concreta del bien jurídico o su simple puesta en peligro. Nuestro legislador ha optado por construir los tipos penales sobre tráfico ilícito de drogas como delitos de peligro abstracto, adelantando las barreras de punición a la simple puesta en peligro del interés colectivo (salud pública).

El tercer capítulo estudia el objeto material del delito sobre el que recaen las conductas de tráfico ilícito de drogas (contenidas en el art. 296 del CP). El texto de la ley hace referencia a las "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas"; sin embargo, el Código Penal no ofrece una definición de este concepto. Por ello, la doctrina sostiene que el primer problema interpretativo del tipo penal de tráfico ilícito de drogas es, precisamente, el que atañe al significado del objeto sobre el que recaen las conductas tipificadas. En la doctrina se han planteado dos soluciones para afrontar esta problemática. La primera propone considerar el elemento "drogas tóxicas" como una norma penal en blanco, siendo necesario para completar este concepto recurrir a la lista de drogas tóxicas contenidas en la legislación administrativa o en los tratados internacionales que reprimen el tráfico de drogas; mientras que una segunda postura propone considerar el concepto "drogas tóxicas" como un elemento normativo del tipo, y como tal, para completar el mismo se parte de los preceptos del Código Penal, de su bien jurídico, de su dañosidad y de su ubicación sistemática, siendo la labor interpretativa del juez establecer, en cada caso, el objeto material del delito.

El cuarto capítulo se encuentra destinado al análisis dogmático del primer párrafo del art. 296 del CP, aquí se advierte que en la estructuración del delito de promoción y favorecimiento al consumo de drogas tanto los actos de fabricación o tráfico como el sujeto activo deben tener la intención de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de droga. En ese sentido, se debe tener en cuenta que *promueve* el que realiza cualquier contribución fáctica para crear las bases o condiciones necesarias para el inicio de la acción u operación, o que posibilita una mejor puesta en marcha y desarrollo de la misma, sin llevar a cabo

directa o mediatamente su desarrollo; en este caso, el consumo ilegal de drogas. Por otro lado, *facilita* quien apoya positivamente —a través de contribuciones fácticas— la expansión del negocio de la droga; y *favorece* quien —de alguna manera— hace más fácil el consumo ilegal de drogas. En suma, "promover, favorecer o facilitar" comprenden todos aquellos actos que contribuyan, de alguna manera, al consumo ilegal de dichas sustancias, siempre conectadas a los actos de fabricación o tráfico. Siendo así, en el aspecto subjetivo se requiere que el sujeto activo tenga conocimiento de la calidad de drogas ilegales de la sustancia fabricada o traficada, y la voluntad de promover, favorecer o facilitar el consumo de drogas tóxicas, en cuanto finalidad ulterior o intención, lo cual resulta ser un elemento subjetivo diferente al dolo, el cual debe estar presente al momento de la comisión del delito, pero sin llegar a configurarlo.

En el cuarto capítulo también se realiza el examen dogmático del segundo párrafo del art. 296 del CP, donde se prescribe lo siguiente: "El que posea drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito". Contemplando una modalidad de "delito de posesión", vemos que su configuración típica debe responder a las exigencias dogmáticas referidas a la caracterización de la posesión sobre la cosa prohibida (droga) y la intencionalidad ulterior o el destino que se piensa dar a la misma (para su tráfico), en esa medida, en un análisis dogmático del delito de posesión de drogas (tipificado en el segundo párrafo del art. 296 del CP) se advierte que no es un delito de mera posesión, pues en este tipo penal se reprime el control que ejerce el sujeto sobre la droga poseída, o sea, la relación de dominio o control sobre la cosa. Pero, además, la posesión de drogas por mandato del legislador solo será punible si concurre en ella la intención de traficar, y, en consecuencia, para su sanción deberá probarse la concurrencia de dicho elemento subjetivo del tipo.

El quinto capítulo se refiere al estudio del tercer párrafo del art. 296 y del art. 296.B del Código Penal, que regulan dos modalidades del denominado delito de tráfico de precursores, esto es, el tráfico de materias primas o sustancias químicas necesarias para la fabricación o

elaboración de drogas. En el caso del tercer párrafo del art. 296 se estructura como un tipo penal complejo y alternativo, bastando que el sujeto activo realice alguno de los actos de tráfico o de colaboración al tráfico para configurar el delito, siempre que las materias primas o insumos químicos, controlados o no, se destinen a la elaboración de drogas, a la maceración o a alguna de las etapas de procesamiento de drogas, pero que no sean considerados insumos químicos fiscalizados por disposiciones administrativas. En suma, también se castigan las etapas previas a la elaboración de drogas. Además, el tipo penal eleva formas de participación criminal a la categoría de autoría al reprimir actos de promoción, facilitación y financiamiento de alguno de esos actos de tráfico. En esa línea represiva, el delito regulado en el art. 296.B también responde a un tipo penal alternativo y complejo, donde se adelantan las barreras de punición, reprimiendo conductas de importación, exportación, fabricación, producción, preparación, elaboración, posesión, transporte, venta o cualquier otro modo de transferencia sobre insumos químicos o productos fiscalizados. Todo ello contando con autorizaciones o certificados respectivos para que, haciendo uso indebido de las mismas, estas sustancias sean destinadas a la elaboración ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

El sexto capítulo estudia el delito de conspiración para comerte delitos de tráfico ilícito de drogas, así se constata que, en términos generales, nuestro derecho penal no sanciona ni las ideas ni los actos preparatorios, por eso, en principio, es extraño considerar un acuerdo para delinquir como punible. Sin embargo, en el caso del tráfico de drogas, el legislador ha adelantado las barreras de punición a un supuesto de coautoría anticipada. Esta excepción a la regla de no punir actos preparatorios solo se justifica en la medida en que se protejan bienes jurídicos de particular importancia, vinculados, sobre todo, con cuestiones de orden público, lo que provoca que supuestos propios de actos preparatorios sean considerados delitos autónomos. En el caso de la conspiración para el tráfico ilícito de drogas, precisamente las razones de orden público están dadas por la naturaleza propia de los delitos vinculados con el tráfico ilegal internacional de estupefacientes

respaldados, en ese sentido, por el art. 3 de la Convención de Viena de 1988 y su impacto negativo en las sociedades democráticas.

El sétimo capítulo realiza un estudio de los tipos penales contenidos en el art. 296-A y 296-C del Código Penal, de esta manera se advierte que en el primer párrafo del artículo 296-A se criminalizan los actos de cultivo y siembra de plantas de amapola o adormidera de la especie *papaver somniferum* y de la planta de marihuana de la especie *cannabis sativa*, excluyendo con objeto material del delito al arbusto de coca. En el segundo párrafo se criminaliza los actos de comercialización y transferencia de semillas de estas plantas fiscalizadas (adormidera y *cannabis sativa*), mientras que el último párrafo criminaliza la siembra o cultivo compulsivo de estas plantas y de la planta de coca, apareciendo el arbusto de coca como objeto material de este tipo penal. Por su parte, el artículo 296.C criminaliza los actos de resiembra de arbusto de coca en predios que hayan sido sometidos a programas de erradicación de cultivos ilegales.

El octavo capítulo se refiere a las circunstancias agravantes específicas contenidas en el art. 297 del CP. Esta norma establece dos niveles, grados o escalas de circunstancias agravantes específicas, contemplando escalas punitivas conminadas de diferente extensión y gravedad, incrementando la pena conminada según el grupo en que haya sido catalogada la circunstancia agravante. Una primera escala de agravación de la pena, para siete supuestos graves de comisión de delito, aparece en el primer párrafo del citado artículo, estableciendo una pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años, además de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación, conforme los incs. 1, 2, 4, 5 y 8 del art. 36, mientras que en el segundo párrafo del artículo bajo comento, se establece una segunda escala de agravación de la pena en dos supuestos tasados, regulando la escala punitiva en el rango no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

Entre las figuras agravadas destaca la contenida en el art. 297.6 del Código Penal, esta norma comprende alternativamente dos cir-

cunstancias agravantes referidas a la comisión del delito del tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas: la primera, cuando el hecho es cometido por tres o más personas; y la segunda, cuando el hecho es cometido por el agente en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o a la comercialización de insumos para su elaboración. En el caso de las circunstancias agravantes del art. 297.6 del Código Penal, no se tratan de tipos autónomos, sino que suponen un incremento del desvalor de la conducta que es reconocido por el legislador asignándole una elevación de pena al sujeto.

Para completar el estudio de los delitos de tráfico ilícito de drogas, reguladas en el Código Penal, debemos analizar las disposiciones contenidas en los artículos que van desde el art. 298 al 303 de este cuerpo legal. De esta manera, el art. 298 regula únicamente dos supuestos de atenuación en sus incs. 1 y 2. En ambos casos, la menor penalidad toma en cuenta el volumen de las drogas, materias primas e insumos que son objeto de la acción delictiva que ejecuta el agente. En la medida en que no se superen las cantidades definidas por la ley, el atenuante se configurará. También es importante destacar que las conductas referidas a los verbos rectores como fabricar, extractar y preparar pequeñas cantidades de drogas del art. 298.1 del CP deberán concordarse con el tipo básico del primer párrafo del art. 296 (actos de fabricación); mientras que los actos de comercialización y posesión con fines de comercialización de pequeñas cantidades de drogas, también contenidos en el art. 298.1, deberán ser concordados con el segundo párrafo del art. 296, actos de posesión para su tráfico ilícito, tipo básico. En el caso del art. 298.2 del Código Penal, referido a la comercialización de pequeñas cantidades de materias primas o insumos, deberá ser concordado con el tercer párrafo del art. 296, referido al tipo básico del tráfico ilícito de precursores. Estas disposiciones se estudian en el capítulo IX.

El autor

Santa Beatriz, junio del 2019

TABLA *de* CONTENIDO

Prólogo 9
Introducción 17

27 **Capítulo I: Represión penal del tráfico ilícito de drogas: política criminal internacional y mandato constitucional**

I. Los tratados internacionales en materia de tráfico ilícito de drogas y política criminal 34
1. Los tratados internacionales sobre tráfico ilícito de drogas: las vicisitudes de la regulación 37
2. La Convención de Viena de 1988 y la consolidación de la política-criminal prohibicionista y represiva 47

II. El mandato constitucional de combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas: la respuesta penal y la realidad criminológica peruana 58
1. Análisis del artículo 8 de la Constitución Política del Perú 58
2. La respuesta penal: política criminal internacional y la configuración del artículo 296 del Código Penal 66
3. Caracterización del fenómeno de narcotráfico en el Perú 75

III. El impacto negativo del modelo prohibicionista: hacia una nueva política criminal en materia de tráfico ilícito de drogas 82
1. El mercado ilegal del tráfico de drogas 86
2. El narcotráfico y el crimen organizado: violencia y corrupción 90
3. La política de reducción de daños: hacia una nueva política criminal en materia de tráfico ilícito de drogas 96

105 **Capítulo II: Bien jurídico protegido en el delito de tráfico ilícito de drogas**

I. La teoría del bien jurídico tutelado: los bienes jurídicos individuales y supraindividuales 109
1. Necesidad de establecer el concepto de bien jurídico tutelado 109
2. Bienes jurídicos supraindividuales 119

II. El bien jurídico tutelado en los delitos de tráfico ilícito de drogas 130
1. Salud pública como legítimo interés de protección constitucional 131
2. La salud pública como bien jurídico supraindividual: el problema de la autonomía del bien jurídico 138
III. Naturaleza jurídica de los delitos de tráfico ilícito de drogas: delitos de peligro abstracto 147
IV. Conclusiones del capítulo 159

165 **Capítulo III: Objeto material del delito en el tráfico ilícito de drogas**

I. El objeto material del delito 169
II. El objeto material del delito en el tráfico ilícito de drogas 172
1. Problema de falta de definición del elemento "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas" 172
2. Postura sobre el carácter vinculante de las listas contenidas en los convenios internacionales para la determinación del objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas 178
3. Postura sobre el carácter orientativo de las listas contenidas en los convenios internacionales para la determinación del objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas 184
III. Teoría que plantea que nos encontramos ante una norma penal en blanco 189
1. El recurso a la técnica legislativa de la norma penal en blanco para la construcción del tipo penal 189
2. Objeto material del delito "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas" como ley penal en blanco 197
IV. Postura que considera al elemento "drogas tóxicas" como elemento normativo del tipo 205
1. Los elementos descriptivos y elementos normativos en la construcción del tipo penal 205
2. Elemento normativo y ley penal en blanco 210
3. Objeto material del delito "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas" como elemento normativo de tipo 213
V. Posición del autor: considerar el término "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas" como elemento normativo del tipo 220
1. El tipo penal peruano de tráfico ilícito de drogas no cumple los requisitos para ser considerado una norma penal en blanco 220
2. La aparición de nuevas sustancias y el sistema de clasificación internacional de control de drogas 227
3. El tipo penal peruano de tráfico ilícito de drogas se ajusta mejor a la definición de elemento normativo del tipo 236
VI. Conclusiones del capítulo 238

245 **Capítulo IV: Análisis dogmático de los delitos contenidos en el primer y segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal**

I. Examen dogmático del primer párrafo del artículo 296 del Código Penal: delito de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas mediante actos de fabricación o tráfico ilícito 248
1.2. Tipicidad subjetiva y los alcances del término "promover, favorecer o facilitar" el consumo ilegal de drogas tóxicas 292

1.2.1. Tipicidad subjetiva 292
1.2.2. Alcances del término "promover, favorecer o facilitar" el consumo ilegal de drogas tóxicas: presencia de un elemento subjetivo diferente al dolo-tendencia interna transcendente 298
1.3. Características del delito 306
1.3.1. Supuesto de adelantamiento de barreas de punición: imposibilidad de la tentativa 310
1.3.2. Desdibujamiento de los contornos de la autoría y participación 319
1.4. Conclusiones del apartado 332
2. Tipicidad objetiva: la posesión de drogas 346
3. Tipicidad subjetiva y el elemento de tenencia interna trascendente: finalidad de tráfico 352
4. Acreditación de la predisposición al tráfico y prueba indiciaria 360
5. Actos de posesión para su comercialización inmediata como fase enmarcada en el ciclo de la droga 373
III. Conclusiones del apartado 378
IV. Criterios para la distinción de los comportamientos de "posesión de drogas" comprendidos en el primer y segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal 381
1. Confusión sobre la tipificación de los supuestos de "posesión de drogas" del primer y segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal 384
1. Intentos de la jurisprudencia de establecer un criterio de distinción: el Recurso de Nulidad N.° 1165-2015, la apreciación del "destino de la droga" 395
2. La finalidad en la "posesión de la droga" enmarcada en el ciclo de la droga, como criterio de distinción 398
V. Conclusiones del apartado 401

405

Capítulo V: Delitos de tráfico ilícito de precursores: análisis de los tipos penales contenidos en el tercer párrafo del artículo 296 y en el artículo 296.B del Código Penal

I. Caracterización de los tipos penales 410
II. La Convención de Viena de 1988 y el sistema internacional de control de insumos químicos y bienes fiscalizados que pueden ser utilizados para la elaboración de drogas ilícitas 416
III. Normativa administrativa sobre el sistema nacional de control de insumos químicos y bienes fiscalizados que pueden ser utilizados para la elaboración de drogas ilícitas 429
IV. Delito de suministro, producción o comercialización de materias primas o insumos destinados no fiscalizados a la elaboración de drogas y actos afines de promoción, facilitación o financiación 442
1. Objeto material del delito: distinción con la hipótesis legal del delito contemplado en el artículo 296-B 443
2. Tipicidad objetiva 450
2.1. Supuestos de actos preparatorios considerados como delito consumado 451
2.2. Supuestos de formas de participación considerados autoría 458
3. Tipicidad subjetiva 462
V. Delito de tráfico ilícito de insumos químicos y productos fiscalizados 465

1. Objeto material del delito 466
2. Delito de tráfico ilícito de insumos químicos fiscalizados 476
3. Delito de emisión indebida de documentos para el tráfico ilegal de insumos químicos fiscalizados 485
VI. Conclusiones del capítulo 487

493 **Capítulo VI: Conspiración para delinquir en los delitos de tráfico ilícito de drogas: análisis dogmático del cuarto párrafo del artículo 296 del Código Penal**

I. La conspiración como supuesto de coautoría anticipada y su legitimidad en los delitos de tráfico ilícito de drogas 497
II. Antecedentes del delito de conspiración 507
III. Características del delito de conspiración 517
IV. Su relación con la antigua asociación ilícita para delinquir 520
V. Momento consumativo y acreditación 526
1. Momento consumativo: la conspiración abarca desde el acuerdo criminal exteriorizado hasta antes del inicio de la tentativa del delito principal 526
2. Actos demostrativos de la intención conspiradora 530
3. ¿Algunos supuestos excepcionales de concurso con el delito principal? 540
VI. Conclusiones del capítulo 542

547 **Capítulo VII: Delitos de siembra y cultivo de plantas fiscalizadas destinadas al tráfico ilícito de drogas: análisis dogmático y político-criminal de los artículos 296.A y 296.C del Código Penal**

I. Obligación internacional de reprimir actos de cultivo y siembra de arbusto de coca, amapola y marihuana, con el propósito de elaborar drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas 552
1. Las drogas de origen natural 552
2. La criminalización de los actos de cultivo según los tratados internacionales sobre tráfico ilícito de drogas 553
II. El problema del cultivo de la hoja de coca en el Perú 561
1. El uso tradicional de la hoja de coca 561
2. Los cultivos ilegales de hoja de coca y mecanismos de fiscalización . 569
III. Análisis del artículo 296.A del Código Penal 574
1. Actos vinculados a la siembra y cultivo de amapola y marihuana 577
02. Comercialización o transferencia de semillas 592
3. Figuras atenuadas 594
4. Actos de siembra y cultivo compulsivos 595
5. Supuesto de atipicidad y el delito de emisión irregular de licencia 596
IV. Análisis del artículo 296.C del Código Penal: delito de resiembra de cultivo de arbusto de coca 604
1. El programa de erradicación de cultivos ilegales de hoja de coca y el desarrollo alternativo 604
2. Delito de resiembra de cultivos erradicados 611
V. Conclusiones del capítulo 614

621 Capítulo VIII: Figuras agravadas de los delitos de tráfico ilícito de drogas: artículo 297 del Código Penal

I. Las circunstancias agravantes específicas 624
II. Circunstancias agravantes de primer grado o nivel 631
1. Agravantes por la condición personal del agente 634
1.1. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la funcion público 636
1.2. El agente tiene la profesión de educador o se desempeña como tal en cualquiera de los niveles de enseñanza 645
1.3. El agente es médico, farmacéutico, químico, odontólogo o ejerce otra profesión sanitaria 650
2. Agravantes por el lugar de comisión del delito 653
3. Agravantes por el modo de ejecución 660
4. Agravantes por el destinatario del tráfico ilícito 665
5. Circunstancia agravante por la pluralidad de agentes en la Comisión de Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas: aproximación desde los Acuerdos Plenarios N.os 03-2005/CJ-116 y 03-2008/CJ-116 670
5.1. La circunstancia agravante de pluralidad de agentes como supuesto de coautoría de tres o más personas 672
5.2. Supuesto especial del "correo de la droga": coautor con dominio limitado de los hechos 685
5.2.1. Aproximación al fenómeno de los "correos de la droga" 685
5.2.2. Supuesto de coautor con dominio limitado de los hechos: análisis del Acuerdo Plenario N.° 3-2008/CJ-116 693
5.3. Diferenciación con la circunstancia agravante de "comisión del hecho como integrante de una organización criminal" 700
5.4. Conclusiones del apartado 704
6. Agravante por integrar una organización criminal 708
6.1. Fundamentos de la agravación: el accionar transnacional del crimen organizado y el narcotráfico 711
6.1.1. El narcotráfico como manifestación de la criminalidad organizada transnacional 712
6.1.2. La represión de la criminalidad organizada en el Perú: precisiones político-criminales 720
6.2. La circunstancia agravante por la comisión del delito en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas 730
6.2.1. Requisitos para la configuración de la agravante de "comisión del delito en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al TID" 730
6.2.2. El elemento de existencia de una organización criminal 732
6.2.3. Hecho ilícito (TID) es cometido como integrante de una organización criminal dedicada al TID 742
6.3. Conclusiones del apartado 763
7. Agravante por excesiva cantidad del objeto de acción del delito 768
III. Circunstancias agravantes de segundo nivel o grado 774
1. Agravante por dirigir una organización criminal 776
2. Agravante por financiamiento de actividades terroristas 787

795

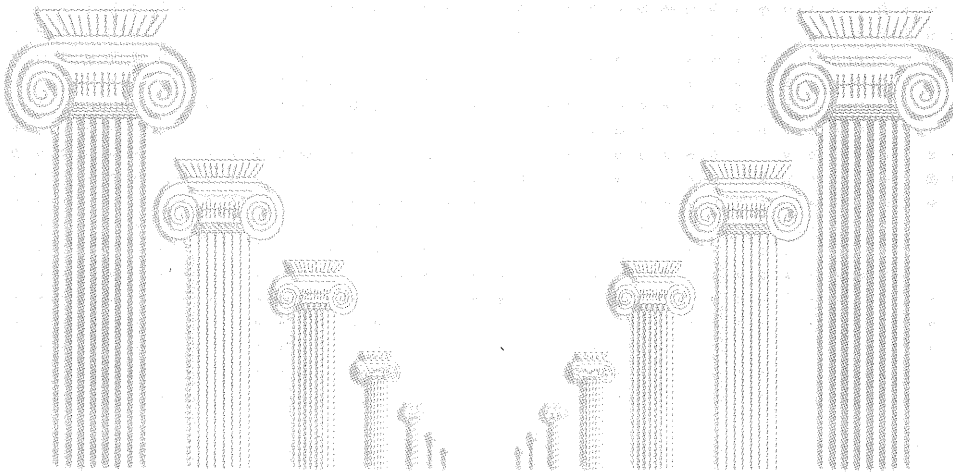
Capítulo IX: Figuras atenuadas y otras normas penales: análisis de los artículos 298 al 303 del Código Penal

I. La circunstancia atenuante del artículo 298 del Código Penal 779
II. Delito de comercialización o distribución de pegamentos sintéticos 811
III. Circunstancia agravante del último párrafo del art. 298 del Código Penal ... 816
IV. Posesión no punible: artículo 299 del Código Penal 819
V. Delitos periféricos 829
1. Delito de prescripción, administración y expendio de medicamentos compuestos con sustancias fiscalizadas: análisis del artículo 300 del Código Penal 829
2. Delito de consumo involuntario de drogas mediante engaño o coacción 836
3. Delito de instigación al consumo indebido de drogas 840
VI. La pena de expulsión del país 844

Bibliografía 857

CAPÍTULO I

REPRESIÓN PENAL DEL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS: POLÍTICA CRIMINAL INTERNACIONAL Y MANDATO CONSTITUCIONAL



El uso de las drogas es tan antiguo como la humanidad, este uso tiene hondas raíces en la historia de los seres vivos. De uso ritual, mágico o como remedio, ya en la prehistoria han ido sufriendo múltiples adaptaciones al ser empleadas según las épocas y lugares, según contextos éticos, religiosos o políticos. La mayoría de sociedades han hecho uso de drogas con fines religiosos y culturales e incluso recreacionales. Será con el proceso de industrialización, a finales del siglo XIX, en que las drogas dejaron de consumirse, en general, en su forma natural, dando lugar a los procesos de sintetización química para obtener del opio, la morfina y de esta, la heroína. A partir de ese momento los efectos del consumo son más fuertes y las toxicomanías se manifiestan con sus estragos más devastadores, dando lugar ahora a una nueva modalidad de drogadicción: la "toxicomanía", masificada con los problemas sociales que ello acarrea. En esa medida, la represión de la fabricación, comercialización y consumo de ciertas drogas es un fenómeno relativamente reciente que se inicia en las primeras décadas en el siglo XX. Por efecto, se producen en el plano internacional distintos cuentos; como la Convención Internacional sobre el Opio de la Haya del 23 de agosto de 1912, la cual fue complementada con otras en el seno de la Sociedad de las Naciones.

Será después de la Segunda Guerra Mundial que se empieza a diseñar el modelo de represión del tráfico ilícito de drogas que hoy conocemos. En el marco de la ONU, en 1961, se aprobó la Convención Única de Sustancias Estupefacientes, que se constituyó en el primer tratado de magnitud mundial encaminado a combatir el narcotráfico con un enfoque unilateral: el control de la oferta de sustancias de origen natural, es decir, marihuana, hoja de coca y amapola. Se establecieron cuatro listas de sustancias psicoactivas con distintos grados de control en su comercio mundial. La lista 1, la más restrictiva, contiene a la hoja de coca, cuando en términos objetivos no es un estupefaciente, sino más

bien un estimulante. Otro error grueso es que, mientras los derivados del cannabis (marihuana) se encuentran en la misma lista 1, su principio activo —el tetrahidrocanabinol (THC)— se encuentra en una lista más flexible. Más tarde, en 1971, se aprobó la Convención sobre Sustancias Sicotrópicas relacionadas a un conjunto de sustancias que habían sido dejadas de lado, en virtud al énfasis puesto en la persecución de las sustancias de origen natural. En 1972 se aprobó el Protocolo Modificatorio de la Convención de 1961.

En Estados Unidos de América se va a forjar un modelo punitivo-represivo que luego se va a expandir al resto del mundo, configurándose en política-criminal internacional con la Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 20 de diciembre de 1988). Esta convención constituye una verdadera revolución si comparamos su contenido con todas las anteriores que se han firmado a partir del Convenio de La Haya de 1911, y, especialmente, de la Convención Única de Viena de 1961, que fue adicionada por la de Nueva York de 1971, porque todas las precedentes se habían limitado única y exclusivamente a reprimir las conductas relacionadas con la siembra, fabricación y comercialización de sustancias estupefacientes y sicotrópicos, mientras que la Convención de Viena específicamente contempla una serie de formas sancionatorias novedosas, buscando, por un lado, garantizar un control efectivo de precursores, solventes y disolventes utilizados en la producción de drogas, para evitar su procesamiento por la ausencia de materias primas, considerando estos actos como delitos; y, por otro lado, procura fundamentalmente atacar o perseguir el narcotráfico atacando las ganancias de este lucrativo negocio a través de mecanismos de decomiso de bienes surgidos directa o indirectamente de tal actividad y de la represión de conducta de legitimación de activos provenientes del comercio de las drogas.

Se traza, además, un claro propósito político-criminal de reprimir todo el ciclo de la droga, así, la tipificación de los delitos de tráfico ilícito de drogas —abarcando el ciclo de la droga en todas sus facetas—viene establecida en el art. 3 de la Convención de Viena de 1988, que marca la

política criminal internacional actual mediante las prescripciones establecidas a los países integrantes de la misma. De esta manera, el art. 3.1.a.i de la citada convención conmina a los Estados parte a considerar en sus legislaciones internas como delitos los siguientes actos: la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualquiera condición, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica.

En ese marco, en cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de tráfico ilícito de drogas, el art. 8 de la Constitución Política establece la obligación constitucional de combatir y reprimir el tráfico ilícito de drogas, lo que supone, conforme lo ha expresado el TC en jurisprudencia constante, la tipificación adecuada de estas conductas, que debe comprender todo el ciclo de la droga, desde la producción hasta la comercialización de las mismas. Bajo la misma perspectiva, en consonancia con la política criminal impuesta por la Convención de Viena de 1988, el legislador peruano en la tipificación de los delitos de tráfico ilícito de drogas pretende abarcar todo el ciclo de la droga; así, el art. 296 del CP comprende cuatro delitos autónomos, que abarcan desde los actos de conspiración hasta la comercialización de drogas, pasando por la criminalización de las materias primas y precursores indispensables para la fabricación de drogas.

Esta tipificación de los delitos de tráfico ilícito de drogas tiene una correlato con la realidad criminológica peruana. El Perú es un importante productor y exportador de cocaína; siendo necesario diferenciar dos mercados: el interno (consumo en el propio país) y el externo (relacionado con la exportación ilegal de drogas). En esa medida, el ciclo de la droga comprende desde los actos de siembra y cultivo de hoja de coca (incluso desde el acopio de los precursores químicos), pasando por la elaboración de drogas cocaínicas hasta la disposición final de las mismas al consumidor individual potencial en los países desarrollados. De ahí que la mayor cantidad de droga producida en el Perú es destinada principalmente al consumo externo, por lo que las modalidades delictivas

relacionadas a este segmento del fenómeno del tráfico ilícito de drogas se vinculan con actos legales o ilegales del comercio exterior; donde solo una pequeña cantidad de estas sustancias se orientan al mercado local. Para abarcar todas estas etapas del ciclo de la droga, es evidente el accionar de organizaciones criminales que manejan todos o alguno de estos eslabones de la cadena y buscan en última instancia exportar la droga hacia los mercados europeos, norteamericanos y asiáticos. En el aspecto penal prima el modelo prohibicionista.

Sin embargo, el régimen internacional de prohibición en materia de drogas, por muy legítimo que sea para contener los riesgos de difusión desmesurada de la toxicomanía, subestima las consecuencias sociales, económicas y políticas de la creación de un mercado ilegal muy fuertemente internacionalizado y ampliamente accesible, a pesar de los medios dedicados a la represión. De esta manera, el modelo prohibicionista ha generado un mercado ilegal de drogas tóxicas que necesita para su manejo de una red de organizaciones criminales que ocupan los mercados lícitos, la sociedad y el Estado, expandiendo su influencia corruptora a todos estos estamentos debido al poder económico derivado de las ingentes ganancias que generan estas actividades ilícitas. La fuerza de la represión (en algunos países como México se utiliza el ejército para la represión del narcotráfico), la necesidad de controlar el mercado ilícito y la pugna entre las diversas organizaciones criminales, deriva en el uso de violencia causante de inseguridad y graves violaciones de derechos humanos, circunstancias que evidencian una grave amenaza a la seguridad de los Estados. Mientras que en el plano local el consumo de drogas genera la violencia e inseguridad propia de los adictos, y el control de los mercados locales de los microcomercializadores.

Por otro lado, existe una respuesta asimétrica en la represión de estas conductas, lo cual conlleva a que los Estados sancionen fundamentalmente a los sectores menos favorecidos del circuito ilegal del tráfico de drogas causando que las cárceles estén plagadas de agricultores pobres, microcomerciadores y correos de la droga, que muchas veces se ven empujados a involucrarse en estas actividades delictivas por necesidad

económica; mientras que los miembros más importantes de las organizaciones criminales que se benefician directamente de los ingresos económicos derivados de este tráfico ilícito, en escasas ocasiones reciben sanciones penales.

Ante esta coyuntura, un sector importante de la doctrina incide en la necesidad de replantear la política criminal y la estrategia para afrontar el tráfico ilícito de drogas a través de una *política de reducción de daños* desarrollado en varios países europeos, como un conjunto de políticas, programas y prácticas que tienen el propósito de minimizar las consecuencias negativas del uso de drogas, tanto en el impacto de las sustancias como en las consecuencias de la sanción social y estigmatización sobre los consumidores. En la última década, esta perspectiva se ha extendido a programas en ciudades de Brasil, Canadá y Colombia, quienes plantearon un acceso a servicios de salud para la población en condición de vulnerabilidad por razones del consumo, ya sea de cocaína fumable, heroína, *crack* o inhalantes, a través de estrategias denominadas de "bajo umbral" o fácil acceso. Entre otras experiencias interesantes como en Holanda con los *coffee shops*, y España con los clubes de cannabis. Así, también en Uruguay se aprobó la Ley N.°. 19172, que supone un nuevo marco regulatorio y paradigma interpretativo que buscó privilegiar el abordaje sociosanitario sobre el penal, propiciando nuevos modos de relación entre los usuarios de drogas, el sistema de salud y el educativo. Con esta norma, el Estado uruguayo pasa a tener control del mercado de la marihuana, con lo cual pretende gradualmente quitarles ese control a las organizaciones criminales, controlando la adicción y erradicando la criminalidad asociada al consumo. Aún falta ver los efectos de la ley y si logra cumplir con sus objetivos.

Con todo, en estas experiencias de control de daños, suministro controlado de drogas duras, clubes de cannabis, y creación de mercados legales de venta controlada de algunas drogas blandas como la marihuana, se evidencia la imposibilidad legal de una completa despenalización de las sustancias controladas contenidas en las listas de los convenios internacionales, de la que la mayoría de países son signatarios. En esa

medida, una despenalización de ciertas sustancias pasa necesariamente por la enmienda o modificación de las listas, que supone un proceso complejo.

I. LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y POLÍTICA CRIMINAL

El uso de las drogas es tan antiguo como la humanidad, este uso "tiene hondas raíces en la historia de los seres vivos. De uso ritual, mágico o como remedio ya en la prehistoria, han ido sufriendo múltiples adaptaciones, al ser empleadas según las épocas y lugares, y según contextos éticos, religiosos o políticos"[1]. La mayoría de sociedades han hecho uso de drogas con fines religiosos y culturales e incluso recreacionales, la represión de la fabricación, comercialización y consumo de ciertas drogas[2] es un fenómeno relativamente reciente que se inicia en las primeras décadas en siglo XX y que se concreta en el plano internacional, con la Convención Internacional del Opio firmada en la Haya el 23 de agosto de 1912.

Muñoz Conde entiende la droga como toda sustancia capaz de causar, de forma singular y cuando es consumida de forma repetida,

---

1 Escohotado, Antonio *et al.*, *Las drogas: de ayer y mañana*, Madrid: Talesa, 1994, p. 9.

2 En la actualidad se tolera la comercialización y consumo de las denominadas drogas sociales, como el tabaco y el alcohol a pesar de que son dañinos a la salud, así lo advierte acertadamente Castro de la Mata, "las drogas sociales, [son] aquellas cuyo consumo es libre para los adultos y que forman parte importante de los usos y costumbres de la sociedad. En esta categoría se incluyen el alcohol y el tabaco (aunque este último esté perdiendo poco a poco ese carácter). El hecho de ser droga social, de venta libre y de consumo muy extendido no implica, de ninguna manera, que sean inocuas. Al revés: el alcohol es la droga más implicada en casos delictivos y accidentes, además de ser la principal causa de adicción. El tabaco, por su parte, es la principal causa de enfermedades cardiacas y del cáncer sobre todo pulmonar, y se lo considera como la causa más frecuente de muerte en relación con las enfermedades prevenibles. Alcohol y tabaco también están involucrados en un muy activo e importante contrabando, y en el caso del alcohol se asocia también con una producción clandestina a menudo contaminada con productos tóxicos tales como el alcohol metílico, causante de numerosas muertes". Castro de la Mata, Ramiro, "El consumo de drogas en el Perú", en *Debate Agrario: Análisis y Alternativas*, n.° 39, Lima: 2005, pp. 130 y 131.

dependencia física (necesidad de uso permanente en orden a evitar síndrome de abstinencia) y psíquica (deseo abrumador y necesidad de continuar el consumo), así como tolerancia (tendencia a aumentar la dosis)[3]. Así, de esta manera al tráfico se le reserva especial régimen punitivo en vista de su aptitud difusora, que convierte la entidad individual de la sustancia en relevancia colectiva, con efectos potencialmente destructivos a la incolumidad social[4]. En el ámbito interno, el D. L. N.° 22095, Ley de Represión del Tráfico de Drogas, en su art. 89.13, define las drogas de la siguiente manera:

> [C]ualquier sustancia natural o sintética que, al ser administrada al organismo, altera el estado de ánimo, la percepción o el comportamiento, provocando modificaciones físicas o psíquicas y que son susceptibles de causar dependencia; comprende las sustancias contenidas en las listas anexas; para los efectos de la represión penal, se considera únicamente las listas I y II[5].

Como explica Expósito López, dependiendo de su procedencia, se puede diferenciar entre drogas naturales y sintéticas. Drogas naturales son las que se obtienen de la naturaleza, de materias primas naturales (planta adormidera, cannabis, etc.). Drogas sintéticas son las producidas en el laboratorio a raíz de procedimientos químicos (drogas sintéticas). Las primeras drogas aparecieron en plantas o partes de plantas, como resultado de lo que hoy se llama coevolución entre el reino botánico y el animal[6]. Rodríguez Núñez comenta que existe un tráfico legal de

---

3 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 15.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 660.

4 Cfr. Araujo Rebouças, Sergio Bruno, "Autoría y participación en los delitos de tráfico de drogas: derecho penal español y comparado", en *Revista Facultade de Dereito*, n.° 1, Fortaleza: 2013, p. 545.

5 Para un análisis del objeto material del delito en el tráfico ilícito de drogas, entre otros, Rosas Castañeda, Juan Antonio, "El objeto material del delito en el tráfico ilícito de drogas: ¿norma penal en blanco o elemento normativo del tipo?", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, n.° 74, Lima: agosto del 2015, pp. 122-170.

6 Expósito López, Lourdes, *Criminalidad organizada y tráfico de drogas. Las transformaciones del sistema jurídico penal sustantivo y procesal*, tesis para optar el grado académico de doctor, Madrid: Universidad Nacional de Educación a

drogas con fines industriales, terapéuticos, científicos y docentes rigurosamente controlado por la administración sanitaria. Fuera de este control el uso y tráfico de drogas es ilegal, dando origen a la represión penal de estas conductas de tráfico por considerarlas nocivas a la salud pública. Así, se denomina de forma genérica "droga" a la sustancia o preparado medicamentoso, o no, de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno. En materia de drogas el CP solo reprime el tráfico ilegal de las que no están socialmente admitidas[7].

Expósito López señala que atendiendo al concepto farmacológico de estas sustancias, y de su fiscalización, se pueden distinguir entre drogas legales (alcohol, tabaco y café) y drogas ilegales (el resto de drogas). Para la OMS, son drogas ilegales "las sustancias psicoactivas cuya producción o venta están prohibidas. En sentido estricto, la droga en sí no es ilegal, lo son su producción, su venta, o consumo en determinadas circunstancias en una determinada jurisdicción". En el mismo sentido, Castro de la Mata advierte lo siguiente acerca de las drogas ilegales:

> [Son aquellas] cuya venta libre está prohibida y penalizada, al que llamamos grupo de las drogas ilegales, de alta toxicidad y elevada potencialidad adictiva. Tienen importancia entre nosotros la marihuana, la cocaína (en sus formas habituales pasta básica y clorhidrato) y, más recientemente, las drogas sintéticas como el éxtasis, aunque también se ha observado algunos casos de consumo de heroína[8].

Mientas que las drogas legales son las drogas legalmente disponibles mediante prescripción médica, o en ocasiones también sin ella, en una determinada jurisdicción[9].

Distancia, 2015, p. 36.

7 Rodríguez Núñez, Alicia, "Delitos contra la salud pública", en La Marca Pérez, Carmen (coord.), *Delitos y faltas. La parte especial del derecho penal*, Madrid: Colex, 2012, p. 619.

8 Castro de la Mata, "El consumo de drogas en el Perú", art. cit., p. 131.

9 Expósito López, *Criminalidad organizada y tráfico de drogas. Las transformaciones del sistema jurídico penal sustantivo y procesal*, ob. cit., p. 36.

1. Los tratados internacionales sobre tráfico ilícito de drogas: las vicisitudes de la regulación

Desde los primeros tratados sobre tráfico ilícito de drogas, a principios del siglo XX, se ha trazado una política criminal internacional que busca agrupar a los miembros de la comunidad internacional a fin de unir esfuerzos en una lucha sin fronteras contra las drogas, con una marcada tendencia prohibicionista. Sin embargo, como explica SOBERÓN GARRIDO, en la historia de la lucha mundial contra las drogas tenemos que, en su origen, jugaron un conjunto de factores ajenos a la defensa de la salud pública. A saber, la presencia norteamericana en el sudeste asiático y Filipinas, la presencia laboral de inmigrantes chinos y mexicanos en la costa occidental de EEUU, y una serie de consideraciones relacionadas a la discriminación racial, entre otros. Estos hechos motivaron la realización de la primera Conferencia de Shangai, realizada en 1909, donde participaron básicamente países europeos.[10] Conferencia internacional que generó la primera convención sobre esta materia, La cual se remonta a la Convención Internacional Opio, firmada en La Haya el 23 de agosto de 1912, primer tratado internacional que ordena y regula el tráfico de opio, cocaína, heroína y sus derivados. En ese marco, CONTRERAS observa lo siguiente:

> A principios del siglo XX, Estados Unidos tomó la iniciativa de organizar una reunión internacional con países que tenían intereses principalmente de orden económico en el Lejano Oriente; en Shangai, China, sobre el comercio del opio. Los *Estados Unidos, por la naturaleza del comercio de las drogas, querían lograr el control de los embarques internacionales del opio en bruto hacia los países que lo procesaban y de este modo controlar el mercado.* Se instauró un grupo de trabajo que fue mejor conocido como la Comisión del Opio. Las primeras reuniones se realizaron en Shangai, China, en 1909. El trabajo de esta Comisión culminó en 1912 con la firma del primer tratado de fiscalización de drogas: el "Tratado Internacional del Opio", en La Haya, Países Bajos.

10 SOBERÓN GARRIDO, Ricardo, "Influencia del tema del narcotráfico en el desarrollo del derecho internacional y las relaciones internacionales", en *Agenda Internacional*, n.° 2, vol. 1, Lima: 1994, p. 95.

> Este Tratado, que se encuentra suscrito por trece países, entre los que se encuentran los Estados Unidos, Gran Bretaña, China, Alemania y Japón, entró en vigor el 11 de febrero de 1915 y constituye el primer instrumento obligatorio de derecho internacional aplicable al envío de estupefacientes. Su objeto principal era controlar el transporte de drogas consideradas necesarias para usos médicos. En este instrumento internacional se somete la cocaína, por vez primera, a control y fiscalización[11].

De esta manera, será recién desde las primeras décadas del siglo XX que se empieza a prohibir la fabricación, comercialización y posesión de drogas tóxicas de uso recreacional, hasta la configuración de una política internacional represiva y prohibicionista, impulsada principalmente por los Estados Unidos de América. Ya desde finales del siglo XIX, como explica MUSTO, por estudios científicos como los de Sigmund Freud (1884), empezaron a exaltar las propiedades medicinales de la cocaína como antiséptico, lo cual tuvo como efecto inmediato el aumento de la producción de hoja de coca en lo que hoy es Perú e Indonesia, y de las exportaciones, especialmente hacia Estados Unidos, donde la aparición de una epidemia de adicción a finales del siglo XIX, visibilizó sus perjudiciales efectos colaterales y desembocó en la imposición de estrictos controles para su importación y consumo[12]. OBANDO observa que:

> [L]a cocaína era vendida en las farmacias y sin receta en el mundo occidental como remedio para la fatiga a comienzos del siglo XX. En 1909 existían en los Estados Unidos más de 70 bebidas registradas con componentes de cocaína. El problema parece estar más bien en el abuso de su consumo. Dicho abuso comenzó desde inicios del siglo XX, de allí que se prohibiera la venta de cocaína en EEUU desde 1914[13].

---

11 CONTRERAS, Hugo, "El tratamiento internacional del problema de las drogas", en *Debate Agrario: Análisis y Alternativas,* n.° 39, Lima: 2005, p. 222.

12 MUSTO, David, *La enfermedad americana. Orígenes del control antinarcóticos en EU,* Bogotá: Tercer Mundo, 1993, p. 34, citado por FUNDACIÓN DE IDEAS PARA LA PAZ, "Solución al problema de las drogas", en *Negociaciones de Paz. Boletín de Paz,* n.° 34, 2014, p. 3. Recuperado de <https://bit.ly/2Ex4FXU>.

13 OBANDO, Enrique, "El tráfico ilícito de drogas en el Perú, cuarenta años después",

Bajo esa lógica, es importante destacar lo siguiente:

> [E]l capitalismo del siglo XIX y la Revolución Industrial promovieron los grandes cambios técnicos al impulsar el desarrollo de las fuerzas productivas que son los motores dinámicos para la creación de la industria química. La necesidad de encontrar fármacos para controlar los efectos estresantes del proceso de trabajo llevó al descubrimiento de otras drogas como la morfina, sintetizada en 1806; la cocaína sintetizada en 1859; los barbitúricos en 1863 y la heroína sintetizada en 1898. Las drogas dejaron de consumirse en general en su forma natural, dando lugar a los procesos de sintetización química, para obtener del opio la morfina y de esta la heroína; los efectos del consumo son más fuertes y las toxicomanías se manifiestan con sus estragos más devastadores, dando lugar ahora a una nueva modalidad de drogadicción: la "toxicomanía" masificada[14].

En los principales países industriales aparece el nuevo fenómeno de la drogadicción con todos sus efectos negativos. En esa medida, Tickner y Cepeda explican que la situación que empezó a vivirse en Estados Unidos generó un debate sobre los efectos de las sustancias psicoactivas a partir de dos grandes premisas que se mantienen hasta hoy: 1) que las drogas son un mal moral y 2) que representan una amenaza para la seguridad. Así, desde el punto de vista moral, el abuso de estas sustancias fue visto en ese país como el que generaba un comportamiento depravado que atentaba contra los principios y valores sobre los que se soporta la sociedad estadounidense, con orígenes por fuera de Estados Unidos en los países productores, y por dentro en grupos sociales indeseables

---

en *Revista Temática del Centro de Altos Estudios Nacionales,* n.° 2, Lima: 2016, p. 20. Este autor explica que, hace cuarentaicinco años, el presidente norteamericano Richard Nixon utilizó por primera vez el término "guerra contra las drogas". Fue un 17 de junio de 1971. "El abuso de drogas es el enemigo número uno de los Estados Unidos", puntualizó. Dicha "guerra" terminaría llegando al Perú a fines de los años 70 y primeros 80 en razón del crecimiento exponencial que había tenido en esos años en el país el cultivo de coca, de la cual se extrae una de las drogas de gran consumo en los Estados Unidos, la cocaína.

14 Universidad Nacional Autónoma de México, "Fase capitalista del opio: la mercancía en el Siglo XIX", p. 37. Recuperado de <https://bit.ly/2CoK4Cm>.

(extranjeros y grupos étnicos)[15]. Contreras advierte, en esa medida, que por la forma en que surge la represión del consumo de drogas en Estados Unidos, "[E]l problema de las drogas es más bien un campo de batalla de conflictos económico-sociales e ideológicos que parece funcionar para proteger monopolios nacionales y/o internacionales"[16]. Así plantea lo siguiente:

> El tratamiento del problema de las drogas en los Estados Unidos, basado en acciones de Estado fundadas en normas de derecho penal (y su consiguiente ejecución por los aparatos represivos del Estado), así como su extensión al resto de países del mundo, sustituye a las legislaciones "permisivas" que solo contemplaban los aspectos económicos y de "utilidades". El nuevo enfoque "jurídico-represivo" surge a partir de razones más económicas y políticas que de salud y moral. Así, la denominada "Marihuana Tax Act" (1937) busca que reprimir el consumo de esa hierba, cuya introducción en Norteamérica se achacaba a los trabajadores inmigrantes provenientes de México. El fondo de esa ley buscaba discriminar a los mexicanos que, en la época de la Depresión, se habían constituido en una seria amenaza laboral contra los trabajadores blancos estadounidenses. Esa misma razón se aplicó al momento de legislar sobre sustancias tales como el opio y la cocaína, leyes que antes de la Segunda Guerra Mundial buscaron segregar, por motivos económicos y políticos, a chinos y negros respectivamente (los primeros, mano de obra empleada para la construcción de ferrocarriles en California, los que, tras la culminación de esas obras, devinieron en fuerza laboral "excedentaria"; los segundos, mano de obra empleada intensivamente en la agricultura, minoría que comienza "peligrosamente" a emerger a la vida política —y al reclamo de sus derechos civiles— a través del proceso de urbanización en ese país)[17].

---

15 Tickner, Arlene y Carolina Cepeda, "Las drogas ilícitas en la relación Colombia-Estados Unidos: balance y perspectivas", en Gaviria Uribe, Alejandro y Daniel Mejía Londoño (compiladores), *Políticas antidrogas en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2011, pp. 205 y 206, citado por Fundación de Ideas Para la Paz, "Solución al problema de las drogas", art. cit., p. 3.

16 Contreras, "El tratamiento internacional del problema de las drogas", art. cit., p. 223.

17 *Loc. cit.*

Bajo la misma perspectiva, Musto señala que empezó a surgir una suerte de temor hacia los efectos que para la estabilidad interna de Estados Unidos podría tener el inusitado y progresivo aumento del consumo de opio y cocaína. Con lo cual, aunque en los primeros años del siglo xix estas drogas eran distribuidas con fines medicinales sin ningún tipo de restricción (derivados del opio como la morfina eran utilizados como analgésicos y la cocaína servía para curar los hábitos del opio y del alcohol), el descubrimiento y posterior aprovechamiento de sus propiedades calmantes y relajantes empezaron a generar altos niveles de adicción, especialmente entre la población china inmigrante (opio) y la población negra del sur (cocaína)[18].

Respecto de estos fenómenos, la Fundación de Ideas para la Paz concluye lo siguiente:

> [B]ajo los supuestos de la seguridad y la moral, a principios del siglo xix se empezó a construir un discurso punitivo y prohibicionista que impulsó acciones orientadas a atacar la oferta en los países productores (erradicación, interdicción y combate a las redes criminales) y la demanda interna (criminalización y encarcelamiento). Hasta aquí se evidencia una clara tendencia hacia la imposición de controles y restricciones al uso de sustancias psicoactivas a nivel local y aunque el caso del aumento vertiginoso del consumo indiscriminado de opio no fue la excepción, su alto impacto lo convertiría en el detonante para que se empezara a pensar en abordar medidas con un alcance más amplio a nivel multilateral[19].

Así también lo explica Escohotado: "[H]acia 1900 todas las drogas conocidas se encuentran disponibles en farmacias y droguerías pudiéndose comprar también al fabricante por correo. Esto sucede a nivel planetario, lo mismo en América que en Asia y en Europa"[20], de esta

18 Musto, *La enfermedad americana. Orígenes del control antinarcóticos en EU*, ob. cit., pp. 30 y 31.

19 Fundación de Ideas Para la Paz, "Solución al problema de las drogas", art. cit., p. 4.

20 Escohotado, Antonio, *Las drogas*, Madrid: Alianza Editorial, 1994, p. 85.

manera, el uso y la comercialización de las drogas, en los primeros años del siglo xx, no es un asunto jurídico o político, es así que, posteriormente, por influjo del puritanismo y la progresiva liquidación del estado mínimo en los Estados Unidos, surge una corriente prohibicionista del uso y comercialización de algunas drogas calificadas como "ilegales", así, en 1920 la denominada ley seca entró en vigencia, esta ley prescribía multa y prisión para la venta y fabricación de bebidas alcohólicas, para 1932, después de doce años de vigencia, la ley seca había creado medio millón de nuevos delincuentes y una corrupción en todos los niveles, ya para 1933, la ley fue derogada[21].

La primera convención sobre esta materia se remonta a la Convención Internacional del opio firmada en La Haya el 23 de agosto de 1912, primer tratado internacional que ordena y regula el tráfico de opio, cocaína, heroína y sus derivados, que adquirió validez mundial al ser incorporada al Tratado de Versalles que puso fin a la Primera Guerra Mundial[22]. Así, el art. 20 de la referida convención prescribía lo siguiente:

> Las potencias contratantes examinarán la posibilidad de dictar leyes o reglamentos que penalicen la posesión ilegal de opio en bruto, de opio preparado, de morfina, de cocaína y de sus sales respectivas, a menos que la materia esté ya regulada por leyes o reglamentos existentes.

21 Frisancho Aparicio, Manuel, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, 2.ª ed., Lima: Jurista, 2006, p. 18.

22 Del 1 al 26 de febrero de 1909 se reunió en Shanghái una *Comisión Internacional del Opio*, en la que estuvieron representadas trece naciones y celebró catorce sesiones (en inglés y francés). Esta comisión impulsó la celebración de una *Convención Internacional del Opio*, que se reunió en La Haya, y que el 23 de enero de 1912 adoptó este *Convenio*, primer tratado internacional que ordena y regula el tráfico de opio, cocaína, heroína y sus derivados. Tras la Gran Guerra este *Convenio* fue incorporado al Tratado de Versalles, 28 junio de 1919. En 1920 la Sociedad de Naciones asumió el control internacional sobre las drogas, celebrando durante el periodo de entreguerras cuatro convenciones en 1920, 1925, 1931 y 1936. Tras la Segunda Guerra Mundial fue la Organización de Naciones Unidas quien heredó la tarea, a través de su *Comisión de Estupefacientes*, impulsora en 1961 del *Convenio Único Sobre Estupefacientes*. Cfr. Comisión Internacional del Opio, *Convenio Internacional del Opio*, La Haya: 1912. Recuperado de <https://bit.ly/2J2IUh0>.

Sequeros Sazatornil explica que en el acuerdo se trazaban, además, respecto a los tóxicos citados: las líneas generales sobre las limitaciones de su producción y fabricación a los establecimientos autorizados; las medidas sanitarias para su venta y expedición y exigencia de los libros necesarios para su control[23].

Esta convención fue complementada con el Convenio Internacional del Opio, suscrita en Viena el 19 de febrero de 1925, que agrega al listado de tóxicos prohibidos los preparados galénicos derivados del cáñamo indio. Como plantea Soberón Garrido, desde 1919 hasta su desaparición en 1939, la Sociedad de Naciones ocupó un rol importante en la confección de posteriores tratados y convenciones, así como en la construcción de la primera estructura internacional encargada de promover la lucha contra el tráfico ilegal de sustancias controladas[24]. Sequeros Sazatornil explica que se creó en el seno de esta organización un comité internacional con el fin de supervisar las actividades de los países signatarios acerca de la producción y fabricación de las sustancias relacionadas, así como los actos de confiscación efectuados por los mismos sobre las ilícitamente comercializadas. Asimismo, el autor español señala que la finalidad última de estas regulaciones era la de ejercer un control lo más efectivo posible sobre los países productores de opiáceos, cocaína y cannabis, con el fin de evitar desviaciones en su distribución[25]. Este grupo de tratados, auspiciados por la Sociedad de las Naciones, culminó con la Convención para Limitar la Fabricación y Reglamentar la Distribución de los Estupefacientes de Ginebra (1931) y el Segundo Convenio Internacional de Ginebra de 26 de junio de 1936, Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas.

---

23 Sequeros Sazatornil, Fernando, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*, Madrid: La Ley, 2000, p. 4.

24 Soberón Garrido, "Influencia del tema del narcotráfico en el desarrollo del derecho internacional y las relaciones internacionales", art. cit., pp. 95 y 96.

25 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*, ob. cit., p. 4.

Luego de este período, conforme señala Soberón Garrido, y a partir del nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas en 1945, se puso en marcha el traslado de las funciones a este nuevo organismo internacional. La creación de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y las demás instancias técnicas facilitaron ésta transferencia de atribuciones y su posterior expansión[26]. El art. 1 de la OMS plantea como finalidad: "alcanzar para todos los pueblos el grado más alto de salud" mientras que en su Preámbulo la salud se propone como un estado completo de bienestar físico, mental y social y no solamente de ausencia de afecciones o enfermedades.

En el marco de la ONU, en 1961, se aprobó la Convención Única de Sustancias Estupefacientes, que se constituyó en el primer tratado de magnitud mundial encaminado a combatir el narcotráfico con un enfoque unilateral: el control de la oferta de sustancias de origen natural, es decir, marihuana, hoja de coca y amapola. Se establecieron cuatro listas de sustancias psicoactivas con distintos grados de control en su comercio mundial. La lista 1, la más restrictiva, contiene a la hoja de coca, cuando en términos objetivos no es un estupefaciente, sino, más bien, un estimulante. Otro error grueso es que, mientras los derivados del cannabis (marihuana) se encuentran en la misma lista 1, su principio activo —el tetrahidrocanabinol (THC)— se encuentra en una lista más flexible. Mientras que, en 1971, se aprobó el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas relacionadas a un conjunto de sustancias que habían sido dejadas de lado, en virtud al énfasis puesto en la persecución de las sustancias de origen natural. En 1972 se aprobó el Protocolo Modificatorio de la Convención de 1961[27].

Bewley-Taylor y Jelsma observan que el art. 36.1.a de la Convención Única de 1961 no deja de ser significativo porque fue la primera vez en que se incluyeron —y, de hecho, pasaron a ser pieza central— disposiciones penales en un tratado internacional de fiscalización de

26 Soberón Garrido, "Influencia del tema del narcotráfico en el desarrollo del derecho internacional y las relaciones internacionales", art. cit., p. 96.

27 *Loc. cit.*

estupefacientes ampliamente aceptado.[28] Asimismo, advierten los citados autores que la Convención Única expandió el ámbito del régimen para que este abarcara también el cultivo de plantas utilizadas como materia prima para la producción de estupefacientes naturales. Con ello, no solo seguía manteniendo un estricto control sobre la producción de opio, sino que también *extendió los controles internacionales sobre la producción de la paja de adormidera, la hoja de coca y el cannabis*, con lo que la Convención Única se convertía así en *la primera convención multilateral que establecía disposiciones que imponían prohibiciones con respecto al cultivo del arbusto de coca*[29]. En suma, la Convención Única introdujo obligaciones penales ampliamente aceptadas para que las partes criminalizaran, en su legislación nacional, la producción y el comercio no autorizados, y extendió el régimen de fiscalización existente hasta el cultivo de plantas.

Estas normas internacionales son impulsadas por Estados Unidos de América donde se advierte un fenómeno de amento de la venta de drogas. Al respecto, Obando sostiene lo siguiente:

> [E]l abuso estalló de manera incontrolada en la década del 60 de ese mismo siglo, generando una adicción cada vez mayor entre la población, llegando a constituir, para los norteamericanos, un problema de seguridad nacional, lo que dio lugar a la Ley de Sustancias Controladas (*Controlled Substances Act*) en 1970 y a la política de guerra contra las drogas de Nixon en 1971"[30]. Como advierte, Flores Díaz, "en los

28 El art. 36.1 de la Convención Única de 1961, prescribe: "A reserva de lo dispuesto por su Constitución Política, cada una de las partes se obliga a adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, no conformes a las disposiciones de esta convención [...] se consideren como delitos si se cometen intencionalmente y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad".

29 Bewley-Taylor, David y Martín Jelsma, "Cincuenta años de la Convención Única de 1961 Sobre Estupefacientes: una relectura crítica", en *Serie reforma legislativa en materia de drogas*, n.° 12, Ámsterdam: marzo del 2011, p. 10.

30 Obando, Enrique, "El tráfico ilícito de drogas en el Perú, cuarenta años después",

> ochenta, con la subida de Ronald Reagan, los Estados Unidos consideraron el narcotráfico [...] como una amenaza a la seguridad nacional y por ello apoyaron a los países productores, en particular a Colombia, el Perú y Bolivia, en su lucha contra este fenómeno. El presidente Reagan propuso una política exterior que buscara vigorosamente la interdicción (corte de abastecimiento) y la erradicación (reducción de hectáreas cultivadas) de las drogas ilícitas donde sea que estas se cultiven, procesen o transporten. Fue en la arena internacional donde se concentraron sus mayores esfuerzos. Pronto se asociaron las drogas a los crímenes callejeros y a la falta de una moral puritana. Debido a que la mayoría de las drogas naturales no eran producidas en los Estados Unidos, la administración hizo de la lucha contra las drogas un componente importante de su política exterior[31].

En esa medida, en Estados Unidos de América se va a forjar un modelo punitivo-represivo que luego se va a expandir al resto del mundo, configurándose en política-criminal internacional con la Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, realizada en Viena el 20 de diciembre de 1988. Al respecto, GAMELLA plantea lo siguiente:

> El modelo punitivo-prohibitivo puede sostenerse sobre presupuestos culturales, éticos y religiosos muy diversos, pero el énfasis se coloca siempre en vigilar, perseguir y castigar a los transgresores. Y cualquier contacto con las sustancias prohibidas es considerado trasgresor. La mayor parte de los recursos en relación con este problema se gastan en coerción, persecución y castigo, o lo que eufemísticamente se llama

---

en *Revista Temática. Centro de Altos Estudios Nacionales*, n.° 2, Lima: 2016, p. 20. Este autor explica que, hace cuarentaicinco años, el presidente norteamericano Richard Nixon utilizó por primera vez el término "guerra contra las drogas". Fue un 17 de junio de 1971. "El abuso de drogas es el enemigo número uno de los Estados Unidos", puntualizó. Dicha "guerra" terminaría llegando al Perú a fines de los años 70 y primeros 80 en razón del crecimiento exponencial que había tenido en esos años en el país el cultivo de coca, de la cual se extrae una de las drogas de gran consumo en los Estados Unidos, la cocaína.

31 FLORES DÍAZ, Elizabeth, *Balance de la política antidrogas en Bolivia y el Perú*, tesis para optar el grado de magíster, Lima: Academia Diplomática del Perú, 2003, p. 123.

> control de la oferta: policía, aduanas, juzgados, cárceles [...]. En un grado comparativamente menor se realizan programas de sustitución de cosechas en regiones productoras de amapola, cáñamo o coca que suelen nacer ya abocadas al fracaso dada la enorme disparidad de precios entre los productos alimenticios y los psicoactivos en las zonas de cultivo"[32]. Explica este autor que, en los Estados Unidos, como líder indiscutible del sistema internacional de control de drogas ilegales, "las políticas públicas permanecen congeladas en posición punitiva. Las drogas ilícitas se consideran primariamente como un problema penal más que como un problema de salud pública. La respuesta que se considera apropiada, por tanto, es el castigo severo, y esta ha sido el elemento central de las políticas públicas desde 1980[33].

2. La Convención de Viena de 1988 y la consolidación de la política-criminal prohibicionista y represiva

La Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, realizada en Viena el 20 de diciembre de 1988, o simplemente Convención de Viena de 1988, es el resultado de todo este largo proceso. En términos prácticos, como anota Saavedra Rojas[34], la citada convención constituye una verdadera revolución si comparamos su contenido con todas las anteriores que se han firmado a partir del Convenio de La Haya de 1911, y especialmente de la Convención Única de Viena de 1961, que fue adicionada por la de Nueva York de 1971, porque todas las precedentes se habían limitado única y exclusivamente a reprimir las conductas relacionadas con la siembra, fabricación y comercialización de sustancias estupefacientes y sicotrópicos, mientras que la Convención de Viena específicamente

32 Gamella, Juan, "Prohibición, despenalización, legalización. Tres modelos en el control jurídico y político de las drogas ilegales", p. 4. Recuperado de <https://bit.ly/2yLkiVy>.

33 *Loc. cit.*

34 Cfr. Saavedra Rojas, Édgar, "La política criminal del narcotráfico como consecuencia de la Convención de Viena de 1988", art. cit., pp. 3 y 4. Así mismo, Cfr. Rosas Castañeda, Juan, "Instrumentos internacionales en materia de lavado de activos y obligación de armonización de la legislación interna", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, n.° 63, Lima: setiembre del 2014, pp. 121-164.

contempla una serie de formas sancionatorias novedosas, buscando, por un lado, garantizar un control efectivo de precursores, solventes y disolventes utilizados en la producción de drogas, para evitar su procesamiento por la ausencia de materias primas, considerando estos actos como delitos; y, por otro lado, procura fundamentalmente atacar o perseguir el narcotráfico atacando las ganancias de este lucrativo negocio a través de mecanismos de decomiso de bienes surgidos, directa o indirectamente, de tal actividad, y de la represión de conductas de legitimación de activos provenientes del comercio de las drogas.

Se traza, además, un claro propósito político-criminal de reprimir todo el ciclo de la droga; así lo explica Molina Mansilla:

> La tipificación de los delitos de tráfico ilícito de drogas —abarcando el ciclo de la droga en todas sus facetas— viene establecida en el art. 3 de la Convención de Viena de 1988, que marca la política criminal internacional actual mediante las prescripciones establecidas a los países integrantes de la misma...[35].

Entre los que se encuentra el Perú. Es entonces en la Convención de Viena de 1988, se delinea la política criminal internacional de represión al fenómeno del tráfico ilícito de drogas a escala mundial. De esta manera, el art. 3.1.a.i de la citada convención conmina a los Estados parte a considerar en sus legislaciones internas como delitos los siguientes actos: la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualquier condición, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica. El art. 3.1.a de la Convención de Viena prescribe lo siguiente:

35 Molina Mansilla, María del Carmen, "El delito de tráfico de drogas: el tipo básico y los subtipos agravados", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. lix, 2006, pp. 281 y 282.

Art. 3: Delitos y sanciones:

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) La producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971;

ii) El cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada;

iii) La posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica con objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado i);

iv) La fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el Cuadro I y el Cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para dichos fines;

v) La organización, la gestión o la financiación de alguno de los delitos enumerados en los precedentes apartados i), ii), iii) o iv).

Sequeros Sazatornil pone de relieve, además, que gracias a la Convención de Viena de 1988 es la primera vez que se considera como delito al tráfico de precursores, elevando un clásico caso de actos preparatorios a la categoría de delito autónomo; así precisa que:

> Se definen en su art. 3 las actividades que conforman las infracciones delictivas objeto de proscripción, en las que se incluyen, además de los modos tradicionales de tráfago relacionados con mejor o peor fortuna, las operaciones de fabricación, transporte o distribución de los equipos, materiales y sustancias relacionadas a los cuadros I y II, "a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas o para

> dichos fines". Dándose entrada por primera vez de esta forma a la regulación del tráfico de precursores, como actos preparatorios, con entidad autónoma, en la comisión de delitos contra la salud pública, cuya configuración se limita a la forma dolosa de su perpetración[36].

En esa línea, Saavedra Rojas hace la siguiente observación:

> El art. 3 de la convención, titulado Delitos y Sanciones, es una estructura típica compleja en cuanto completa tres grandes grupos. En el primero se aglutinan conductas similares relacionadas con el manejo de las sustancias estupefacientes y sicotrópicas; en otro, conductas referidas a equipos, materiales o sustancias utilizadas para el proceso de estupefacientes o sicotrópicos y, finalmente, en un tercer grupo, las relativas a los bienes o productos derivados de las transacciones del narcotráfico, donde también se agrupan las vinculadas con el lavado de los dineros obtenidos en tales negociaciones, y en cuanto a los delitos considerados en el primer párrafo advierte que "se trata de un tipo básico alternativo, en cuanto contempla quince diversos comportamientos, todos relacionados con las conductas prohibidas, que se perfeccionarían con la realización de acciones previstas en los verbos rectores allí incluidos"[37].

Además, como observa Prado Saldarriaga, el art. 3.2 de la Convención de Viena postuló, frente al consumo personal de drogas y los demás actos dirigidos hacia el propio consumo, una postura abiertamente criminalizadora, aunque la implementación concreta en los ordenamientos jurídicos penales internos fue dejada a los principios constitucionales nacionales[38].

---

36 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*, ob. cit., p. 13.

37 Saavedra Rojas, Édgar, "La política criminal del narcotráfico como consecuencia de la Convención de Viena de 1988", en Saavedra Rojas, Édgar y Rosa del Olmo (coords.), *La Convención de Viena y el Narcotráfico*, Bogotá: Temis, 1991, pp. 25 y 26.

38 Prado Saldarriaga, Víctor, *Criminalidad organizada. Parte especial. Constitución, promoción e integración de organizaciones criminales. Tráfico ilícito de drogas y otros delitos afines. Lavado de activos. Financiación del terrorismo. Trata de personas y minería ilegal. Acuerdos plenarios*, Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 113.

En suma, la importante norma penal consignada en el art. 3 de la Convención de Viena establece obligaciones internacionales concretas a los estados partes de criminalizar todo el ciclo de la droga, desde los actos de cultivos de plantas, actos de fabricación, tráfico y comercialización de drogas, así como el denominado tráfico de materias primas y precursores químicos útiles para la fabricación o elaboración de sustancias prohibidas. Incluyendo formas de la criminalización de todas las formas de participación criminal que contribuyan de cualquier manera con los actos considerados delictivos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, incluyendo los actos de conspiración para la comisión de alguno de esos delitos, conforme al art. 3, inc. 1, literal c), numeral iv.

> La participación en la comisión de alguno de los delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el presente art., la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos, y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión.

En el ámbito penal, explican Ambos y Núñez, la Convención de Viena para los delitos graves establece la obligación de aplicar sanciones proporcionadas a su gravedad, y se menciona como ejemplo la pena de prisión u otras formas de privación de la libertad, las sanciones pecuniarias y el decomiso. La convención también requiere que las partes tengan en cuenta la gravedad de los delitos al considerar la posibilidad de conceder la libertad anticipada o condicional[39]. Sequeros

39 Ambos, Kai y Noelia Núñez, "Marco jurídico internacional en materia de drogas Estado actual y desafíos para el futuro", en Ambos, Kai; Ezequiel Malarino, y Marie Fuchs, (edits.), *Drogas ilícitas y narcotráfico. Nuevos desarrollos en América Latina*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2017, p. 40. La Convención de Viena de 1988, en cuanto a otras normas penales prescribe que cuando los Estados contemplan periodos de prescripción en sus legislaciones, deberán establecer plazos prolongados para los delitos graves, que se agravarán cuando el sospechoso haya eludido la administración de justicia. En materia probatoria se admite la inversión de la carga de la prueba respecto de los bienes sujetos a decomiso, de forma que se consideren, salvo prueba en contrario, que han sido adquiridos ilícitamente. Teniendo en cuenta que para algunos ordenamientos la inversión de la carga de la prueba puede significar una afectación de los derechos

Zasatornil destaca que el art. 5 de la Convención de Viena define los supuestos de tráfico agravado relacionados con estructuras y tramas organizadas, actividades paralelas de su ejecución de cargos y funciones de sus infractores, victimización y utilización de menores efectuadas en determinados establecimientos, así como la utilización del recurso agravatorio de la reincidencia internacional[40].

De esta manera, la política criminal internacional sobre el tráfico ilícito de drogas establece una tendencia abarcadora del fenómeno de todo el ciclo de la droga, incluyendo los procesos de legitimación de activos de origen ilícito, y una tendencia extremadamente punitiva. En esa línea Cardenal Murrillo manifiesta lo siguiente:

> Las altas cotas de criminalidad alcanzada por el narcotráfico, tanto a nivel nacional como internacional, han provocado una tendencia favorable y generalizada, en los últimos años, a recrudecer punitivamente su persecución, abandonando enfoques meramente resocializadores o incluso despenalizadores anteriores. Tendencia que ha resultado ser la finalmente imperante en la Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, celebrada en Viena el 20 de diciembre de 1988...[41].

---

del acusado, se dispone que la adopción de medidas a este respecto debe estar en consonancia con la naturaleza de los procedimientos judiciales de las partes. En materia probatoria también dispone que los elementos subjetivos de los delitos (finalidad, conocimiento) podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso. Esta disposición tiene en cuenta las dificultades que normalmente plantea la prueba de estos elementos. Asimismo, la Convención de 1988 contiene también disposiciones referidas al decomiso, el embargo preventivo y la incautación, que merecen algunos comentarios. En la convención, el decomiso se distingue del embargo preventivo y la incautación. Mientras que con decomiso se hace referencia a la privación con carácter definitivo de algún bien, entre la incautación y el embargo preventivo no existen diferencias conceptuales, ambos se entienden como la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes o su custodia temporal.

40 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial,* ob. cit., p. 13.

41 Cardenal Murrillo, Alonso, "El régimen específico de comiso en materia de tráfico de drogas", en *Anuario de la Facultad de Derecho,* n.° 11, Logroño: Universidad de la Rioja, 1993, p. 279.

Esta tendencia de la política criminal internacional irradiada a la legislación interna se debe a la alarma social que provoca el fenómeno y el impacto desestabilizador en las sociedades democráticas.

> El excesivo peligro que la existencia del narcotráfico plantea para la propia subsistencia de una sociedad democrática, dado el poder económico que para determinadas organizaciones criminales genera este tipo de actividad susceptible de corromper las propias estructuras democráticas, ha provocado la alarma social[42].

De otro lado, Ambos y Núñez sostiene que la Convención de 1988 es el primer instrumento internacional que respalda la práctica de las entregas vigiladas, esto es, dejar que las sustancias salgan de un territorio, atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de los delitos. Asimismo, la cooperación entre los Estados es un aspecto esencial en la lucha contra el narcotráfico, fundamentalmente debido a su carácter transnacional. Las distintas

42 Cardenal Murillo, "El régimen específico de comiso en materia de tráfico de drogas", art. *cit.*, p. 279. Cabe advertir, además, que la política criminal internacional en materia de tráfico ilícito de drogas no solo abarca la represión de los comportamientos directamente relacionados con ciclo de la droga, sino que además se busca que este tipo de delitos no sean rentables, implementándose mecanismo de comiso de activos de origen ilícito, Cardenal Murillo, hace referencia a que, en la Convención de Viena de 1988, se plantean acciones tendientes a contrarrestar dichos beneficios económicos, como elementos idóneos en la lucha contra el narcotráfico, no solo la multa y la pena privativa de la libertad, que pudieran hacerse recaer sobre los responsables del delito, sino también el despojo de los instrumentos del delito y de todos los bienes que pudieran haber sido fruto o consecuencia del mismo. Con esa dinámica no solo se intenta privar al individuo de toda aquella ventaja patrimonial que la hubiera podido representar la comisión del delito, sino también, y a modo de intimación y prevención general, frustrar las expectativas de enriquecimiento que pudiera atraer al delincuente potencial a esta clase de delincuencia. Cfr. Cardenal Murillo, "El régimen específico de comiso en materia de tráfico de drogas", art. cit., p. 279 y 280. El preámbulo de la Convención de Viena de 1988 precisa que las partes se muestran: "decididas a privar a las personas dedicadas al tráfico ilícito del producto de sus actividades delictivas y eliminar así su principal incentivo para tal actividad".

tradiciones y ordenamientos jurídicos establecen procedimientos y exigencias diferentes, tanto sustantivas como de forma, que pueden ser un obstáculo para una cooperación eficaz, sobre todo si se prescinde de una regulación común que establezca determinadas pautas. Los tres instrumentos internacionales sobre drogas contienen disposiciones referidas a la cooperación judicial, que en el caso de la Convención de 1988 constituyen uno de los ejes centrales de la regulación y, por tanto, son mucho más exhaustivas y detalladas.[43] Asímismo, se señala que en materia de extradición:

> [L]a Convención de 1988 reconoce el principio *aut dedere aut iudicare*, de modo que cuando un supuesto delincuente se encuentre en el territorio de un Estado y este no lo extradite, debe declararse competente para juzgarlo. Este principio tiene carácter obligatorio para las partes si la extradición se deniega porque el delito se ha cometido en el territorio del Estado requerido (art. 4.2.a.i) o por uno de sus nacionales (art. 4.2.a.ii); tiene solo carácter facultativo cuando la denegación se basa en otras razones[44].

43 Ambos y Núñez, "Marco jurídico internacional en materia de drogas. Estado actual y desafíos para el futuro", art. cit., p. 42.

44 *Ibid.*, p. 43. En materia de asistencia judicial, La Convención de 1988 prácticamente ofrece un pequeño tratado en materia de asistencia judicial que se fundamenta en el principio de que las partes se presten la más amplia asistencia judicial en las investigaciones, los procesos y las actuaciones judiciales referentes a los delitos tipificados en la convención (con la excepción de la adquisición, posesión y el cultivo para consumo personal). Sus disposiciones están redactadas de manera lo suficientemente flexible como para dar cabida a los diversos procedimientos de los ordenamientos jurídicos nacionales. Prevé la posibilidad de que las solicitudes de asistencia se formulen con arreglo a la misma convención, y enumera una serie de medidas que pueden ser objeto de cooperación, aunque no tienen carácter exhaustivo: recibir testimonios, presentar documentos judiciales, efectuar inspecciones e incautaciones, examinar objetos y lugares, facilitar información y elementos de prueba, entregar originales o copias auténticas de documentos y expedientes relacionados con el caso, identificar elementos con fines probatorios y remitir actuaciones penales. Se prevé, además, la cooperación para llevar a cabo decomisos y entregas vigiladas. En ningún caso las partes podrán invocar el secreto bancario para negarse a prestar colaboración. (Ambos y Muñoz, "Marco jurídico internacional en materia de drogas. Estado actual y desafíos para el futuro", art. cit., pp. 43-44.

En el marco de reprimir todo el ciclo de la droga, también se introducen disposiciones penales, por primera vez, para sancionar el delito de lavado de activos como mecanismo para atacar los efectos patrimoniales del delito. Como advierte Abel Souto, el art. 3.1.b de la Convención de Viena establece para los estados miembros la obligación de castigar con sanciones penales el blanqueo de dinero relacionado con la droga.[45] La referida norma prescribe de la siguiente manera:

> **Art. 3: Delitos y sanciones:**
> 1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:
>   i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;
>   ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos.

En suma, como señalan Ambos y Núñez[46], el marco jurídico internacional está conformado por tres convenciones de las Naciones Unidas

45 Abel Souto, Miguel, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales,* Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2002, p. 86. En el mismo sentido Cfr. Fabian Caparros, Eduardo, "La fenomenología del lavado de dinero, sus efectos sobre la economía y el bien jurídico protegido", en Blanco Cordero, Isidoro *et al., Combate al lavado de activos desde el sistema judicial,* edición especial para el Perú, Lima: OEA, 2014, p. 17; Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales,* 3.ª ed., Navarra: Aranzadi, 2012, p. 109; Rosas Castañeda, Juan, *La prueba en el delito de lavado de activos,* Lima: Gaceta Jurídica, 2015, pp. 72-77.

46 Ambos y Núñez, "Marco jurídico internacional en materia de drogas. Estado

sobre drogas que funcionan de manera complementaria. El espíritu de esta regulación se basa en la idea de que la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo, y entraña un peligro social y económico para la sociedad. El objetivo principal de esta regulación es proteger la salud y el bienestar de las personas, eliminando el uso ilícito de las drogas y asegurando su disponibilidad para usos médicos y científicos. De acuerdo con ello, los usos médicos y científicos de las sustancias fiscalizadas se encuentran sometidos a medidas de control, esencialmente administrativas, para evitar su desvío a actividades ilícitas y usos ilícitos. Esto tre como consecuencia un sistema de control represivo que impone a los Estados parte el deber de criminalizar la mayoría de las conductas relacionadas con el tráfico ilícito. Este carácter represivo se fortaleció en cada una de las convenciones.

Se plantea, entonces, una política criminal de prohibición estricta o "guerra contra las drogas", que se inicia en Estados Unidos, pero que se expande a nivel global con la interpretación estricta de estas convenciones internacionales, las cuales buscan erradicar todo tipo de consumo de drogas con fines recreativos. Al respecto, Uprimny, Chaparro y Cruz explican lo siguiente:

> El esfuerzo de Estados Unidos durante el siglo xx de promover un sistema internacional de control de drogas que limitara sus usos a los fines médicos y científicos fue un tema que le permitió a ese país posicionarse como un dinamizador del escenario y la política internacional. Sin embargo, fue solo hasta 1970 que el gobierno de Richard Nixon declaró la guerra contra las drogas, con el propósito de lograr un "mundo libre de drogas", apelando a la maximización del derecho penal, mediante la prohibición absoluta de la producción, la comercialización y el consumo de sustancias controladas para fines recreativos[47].

---

actual y desafíos para el futuro", art. cit., p. 48.

47 Uprimny, Rodrigo, Sergio Chaparro y Luis Felipe Cruz, "La regulación de las drogas ilícitas reducir los daños de las políticas para contener los posibles daños de las sustancias", en Ambos, Kai, Ezequiel Malarino, y Marie Fuchs, (edits.), *Drogas ilícitas y narcotráfico. Nuevos desarrollos en América Latina*, Bogotá: Fundación

Bajo esa perspectiva, Prado Saldarriga se pronuncia de la siguiente manera:

> [U]na consecuencia necesaria de la adopción del llamado modelo Geopolítico Estructural que consolidó la Convención de las Naciones Unidas Contra el tráfico ilícito de drogas estupefacientes o sustancias psicotrópicas de 1988 —también conocida como la Convención de Viena— como base de las políticas de intervención en el problema de la droga, fue el replanteamiento del tratamiento penal que se venía aplicando a los actos de posesión de drogas para el propio consumo personal. Ese nuevo paradigma ideológica y político criminal, surgido bajo influencia del controvertido enfoque de "Guerra de la Droga" que promovió la administración Reagan, planteaba, en lo esencial, la criminalización absoluta y general de toda conducta ligada con el ciclo de la droga[48].

En esa medida, la guerra contra las drogas tiene su base normativa en una interpretación estricta de estos convenios, que pretende erradicar la expansión del consumo de drogas, considerando todo consumo como una adicción, como una enfermedad que hay que curar[49], y en el plano práctico, criminalizando (prohibición absoluta) toda forma de la

---

Konrad Adenauer, 2017, p. 58.

48 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada. Parte especial,* ob. cit., p. 113.

49 De ahí que, Uprimny, Chaparro y Cruz observen que: "[L]a guerra contra las drogas, que tiene su base en una interpretación extremista de lo establecido por la Convención Única de Estupefacientes (1961), el Convenio Sobre Sustancias Sicotrópicas (1971) y la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988) consiste en la expansión de un régimen que pretende evitar a toda costa el consumo de estas sustancias basándose en el perfeccionismo moral y en la promoción de un modelo de vida virtuosa y saludable. Una vida libre de vicios en la que el mensaje central es que el Estado puede imponer una manera de ser, en términos médicos. El consumo de algunas sustancias (seleccionadas arbitrariamente) se considera abusivo e intolerable. Cualquier consumo se compara con la adicción, lo que constituye una enfermedad que hay que curar, una acción que hay que castigar, y de la que hay que salvar a todas las personas, pero en especial a niños, niñas y jóvenes". Uprimny, "La regulación de las drogas ilícitas reducir los daños de las políticas para contener los posibles daños de las sustancias", art. cit., p. 58.

producción, la comercialización y el consumo de sustancias controladas para fines recreativos.

II. EL MANDATO CONSTITUCIONAL DE COMBATIR Y SANCIONAR EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS: LA RESPUESTA PENAL Y LA REALIDAD CRIMONILÓGICA PERUANA

1. Análisis del artículo 8 de la Constitución Política Del Perú

La Constitución Política del Estado establece la obligación constitucional de combatir y reprimir el tráfico ilícito de drogas, lo que supone, conforme lo ha expresado el TC, en jurisprudencia constante, la tipificación adecuada de estas conductas que debe comprender todo el ciclo de la droga, desde la producción a la comercialización de las mismas, lo que encuentra su correlato en las obligaciones impuestas al Estado por los convenios internacionales sobre la materia.

El mandato constitucional de combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas, que se condice con las obligaciones internacionales del Estado peruano sobre la materia, se encuentra regulado en el art. 8 de la Const. Pol., donde se prescribe que: "El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, regula el uso de los tóxicos sociales". Como sostiene San Martín Castro[50], la exigencia de criminalización del tráfico ilícito de drogas puede clasificarse como una cláusula de penalización, así, siguiendo lo planteado en la sentencia del TC emitida en el Exp. N.° 0016-2001-HC/TC, se puede considerar el tráfico de drogas como: "[U]n hecho despreciable en la conciencia social de la población y ocasiona un daño calificado a la sociedad". Según el referido autor nacional, cabe deducir que, para el TC, las conductas vinculadas al comercio ilícito de drogas constituyen un bien merecedor de tutela penal. Chanamé Orbe señala lo siguiente con respecto a esta disposición constitucional:

50 San Martín Castro, César, "Constitución, Tribunal Constitucional y derecho penal nacional", en *Revista Oficial del Poder Judicial*, n.° 2, vol. 1, Lima: 2008, p. 74.

> El Estado peruano combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas que es uno de los peligros más graves que amenaza a la sociedad en los últimos tiempos, y tiende agravarse si no se toman medidas preventivas. Este fenómeno, que se presenta en todos los países del mundo es muy dañino no solo para la salud individual, sino también para el conjunto de la sociedad por su secuela de pobreza, delincuencia, fármaco-dependencia, entre otras lacras[51].

De la misma manera, el máximo intérprete de la Const. Pol, en su sentencia de pleno jurisdicción de fecha 27 de setiembre del 2005, en el Exp. N.° 0020-2005-PI/TC, referido al proceso de inconstitucionalidad contra las ordenanzas regionales que legalizan el cultivo de hoja de coca, ha señalado que el referido art. proyecta desde la propia Constitución una política de interés nacional en la erradicación del flagelo social de tráfico ilícito de drogas. Reflexiona el TC, en ese sentido, que la existencia y propagación del tráfico ilícito de drogas afecta en grado sumo diversos valores e instituciones básicas en todo Estado social y democrático de derecho, tales como el principio-derecho de dignidad de la persona, la familia, la educación, el trabajo, la paz social, entre otros[52]. Además, el TC sostiene que el flagelo del tráfico ilícito de drogas tóxicas, que implican su consumo, no solo tiene un alcance nacional sino internacional, que compromete a la humanidad entera. Asimismo, se ha comprobado médica y psicológicamente que el consumo de drogas afecta sensiblemente a la dignidad del ser humano, el derecho a la salud, libre desarrollo y bienestar personal y familiar[53].

En jurisprudencia constante, el TC ha constatado que el tráfico ilícito de drogas asociado con el fenómeno de la criminalidad organizada, por la fuerte cantidad de dinero que genera, expande su influencia

---

51 Chanamé Orbe, Raúl, *Comentarios de la Constitución Política*, Lima: Jurista, 2005, p. 119.

52 Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 0020-2005-PI/TC*, f. j. n.° 118, Lima: 27 de setiembre del 2005; consideración que ha sido reiterada en la STC *Exp. N.° 04750-2007-PHC/TC*, f. j. n.° 6; Lima: 9 de enero del 2008.

53 Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 0020-2005-PI/TC*, f. j. n.° 121, Lima: 27 de setiembre del 2005.

corruptora a todas las instancias del aparato estatal para garantizar la impunidad de sus actividades. Al respecto el TC señala lo siguiente:

> [S]e trata de una actividad ilícita en la que sus miembros, haciendo gala de su poder corruptor, influencias y suficientes recursos económicos, impiden que sus organizaciones sean descubiertas y sus integrantes identificados. Es pues el poder económico de estas organizaciones lo que les permite corromper a las fuerzas del orden y a la administración de justicia, a los miembros del sistema policial y judicial y a la policía, y atentando contras las personas y los bienes públicos y privados; este poder les permite también a través de artilugios, alterar el orden legal, a fin de evitar sanciones (los miembros de estas organizaciones, especialmente quienes las dirigen y controlan permanecen en la clandestinidad, pues ocultan sus verdaderas identidades), y cooptar los órganos del poder político con el propósito de manipular las decisiones o de orientarlas hacia rumbos que favorecen su accionar delictivo[54].

Bajo esa perspectiva, el TC, en el caso del proceso de inconstitucionalidad contra las ordenanzas regionales que legalizan el cultivo de hoja de coca, advierte que el referido art. 8 impone como obligación constitucionalmente exigible al Estado que este adopte diversas medidas destinadas a combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas. El TC explica lo siguiente:

> Esas medidas constitucionalmente exigibles al Estado, conforme precisa el art. 8 de la Constitución, son esencialmente de dos clases. Por un lado, la Norma Suprema impone como una obligación constitucional al Estado que este "sancione" el tráfico ilícito de drogas", lo que ha quedado consagrado en el CP, norma de competencia nacional que, con respeto de los principios y derechos constitucionales, ha criminalizado el tráfico de drogas prohibidas; estableciendo penas severas, proporcionales a los bienes constitucionalmente protegidos que se

54 Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 04750-2007-PHC/TC*, f. j. n.° 7, Lima: 9 de marzo del 2008; Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 03154-2011-PHC/TC*, f. j. n.° 5, Lima: 23 de octubre del 2012.

> afligen, además de prever procedimientos en cuyo seno se juzgan y sancionan dichos delitos[55].

Precisa también el TC que el art. 8 de la Const. Pol. establece como una obligación constitucional a cargo del Estado que este implemente y ejecute políticas públicas, de alcance nacional, destinadas a "combatir" el tráfico ilícito de drogas[56]. Refiere el máximo tribunal que dentro de ese marco constitucional la política legislativa del Estado contra el tráfico ilícito de drogas se encuentra concretada, de un lado, en el D. L. N.° 22095, Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas, del 2 de marzo de 1978, y en el D. Leg. N.° 824, Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, del 24 de abril de 1996[57]. Además, en esta sentencia se hace la siguiente precisión:

> [E]l deber constitucional del Estado de combatir el tráfico ilícito de drogas (art. 8 de la Const. Pol.) no puede agotarse en el mero diseño de políticas, sino en la ejecución de políticas eficientes, es decir, que objetivamente demuestren resultados cada vez más eficaces; lo contrario significaría incurrir en una infracción constitucional por parte de las autoridades gubernamentales responsables. Y es que no puede olvidarse que el carácter pluriofensivo del delito de tráfico ilícito de drogas en relación con los valores básicos del orden constitucional (Cfr. f. j. n.° 98), pone en estado de alarma y peligro a las bases sociales y amenaza la propia existencia del Estado[58].

Bajo esa perspectiva, el TC, en jurisprudencia constante, sostiene que en ese contexto el art. 8 de la Const. Pol. ha establecido que es obligación del Estado peruano combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas, para lo cual se ha conferido a órganos autónomos, como es el caso del

55 Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 0020-2005-PI/TC*, f. j. n.° 122, Lima: 27 de setiembre del 2005.

56 Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 0020-2005-PI/TC*, f. j. n.° 123, Lima: 27 de setiembre del 2005.

57 Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 0020-2005-PI/TC*, f. j. n.° 128, Lima: 27 de setiembre del 2005.

58 Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 0020-2005-PI/TC*, f. j. n.° 138, Lima: 27 de setiembre del 2005.

Ministerio Público, el cual en cuanto titular de la acción penal pública y titular de la carga de la prueba, tiene por función conducir desde su inicio la investigación del delito, siendo en este caso la Policía Nacional la entidad obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función[59].

Asimismo, el TC conecta las obligaciones estatales de tipificar los delitos de tráfico ilícito de drogas, diseñar políticas públicas de alcance nacional de carácter preventivo y represivo tendentes a la erradicación del flagelo del tráfico de drogas, y de ejecutar esas políticas de forma eficaz, que suponen el desarrollo de la obligación constitucional de combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas con las obligaciones derivadas de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, ratificada el 22 de julio de 1964, que impone el deber de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas necesarias para prohibir, perseguir y sancionar todos los actos conformantes del ciclo de tráfico ilícito de drogas, con el objeto de proteger la salud y el bienestar públicos[60]. Así como también de lo prescrito en la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, ratificada por el Estado peruano el 16 de enero de 1992, donde también se establece la obligación de tipificar como delitos en el derecho interno todos los actos del ciclo de la droga, que impliquen la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la distribución, la entrega en cualquiera de sus condiciones, la importación o la exportación, y la posesión o la adquisición de cualquier estupefacientes o sustancia sicotrópica. Además, se establece que el Estado debe asegurarse que el enjuiciamiento de personas por estos delitos se lleve a cabo para asegurar la máxima eficacia de las medidas de detección y represión[61].

---

59 Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 04750-2007-PHC/TC*, f. j. n.° 8, Lima: 9 de marzo del 2008; Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 03154-2011-PHC/TC*, f. j. n.° 6, Lima: 23 de octubre del 2012.

60 Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 04750-2007-PHC/TC*, f. j. n.° 9, Lima: de marzo del 2008. Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 03154-2011-PHC/TC*, f. j. n.° 7, Lima: 23 de octubre del 2012.

61 Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 04750-2007-PHC/TC*, f. j. n.° 10, Lima: 9 de

En ese contexto normativo, constitucional e internacional, el TC sostiene lo siguiente:

> [L]a obligación constitucional del Estado de sancionar el tráfico ilícito de drogas no debe agotarse en la mera descripción típica de las conductas delictivas en el CP y en las leyes especiales, criminalizando el delito de tráfico ilícito de drogas con penas severas proporcionales a los bienes constitucionalmente protegidos que se afligen, sino que además para llegar a tal cometido debe procurarse el establecimiento de procedimientos de investigación eficientes, es decir, que objetivamente demuestren resultados cada vez más eficaces [...]. Se trata, en definitiva, de una tarea constitucionalmente exigible al Estado peruano para que adopte las diversas medidas legislativas y administrativas destinadas a sancionar eficazmente el tráfico ilícito de drogas[62].

Entonces, la obligación constitucional impuesta al Estado en el art. 8 de la Const. Pol. Política, que se enlazan con las obligaciones impuestas en los tratados internacionales sobre la materia, supone la obligación de tipificar adecuadamente los delitos de tráfico ilícito de drogas que sancione todo el ciclo del fenómeno, al reconocer que este fenómeno vulnera valores básicos del Estado y la sociedad, además supone que el Estado debe diseñar políticas públicas de alcance nacional de carácter preventivo y represivo tendentes a la erradicación del flagelo del tráfico de drogas, pero no solo eso, sino que el Estado debe ejecutar esas políticas de manera eficaz. Además, debe asegurarse que los órganos autónomos sobre los que recae la obligación para la persecución penal del delito adopten las técnicas más eficaces de investigación, así como que en los procesos judiciales que se instauren contra las personas involucradas en estos delitos, que en su mayoría de casos forman parte de organizaciones criminales, se asegure la máxima eficacia de las medidas de detección y represión. Así, Prado Saldarriaga sostiene lo siguiente:

---

marzo del 2008. Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 03154-2011-PHC/TC*, f. j. n.° 8, Lima: 23 de octubre del 2012.

62 Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 04750-2007-PHC/TC*, f. j. n.° 12, Lima: 9 de marzo del 2008; Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 03154-2011-PHC/TC*, f. j. n.° 10, Lima: 23 de octubre del 2012.

A partir de todas estas lecturas jurisprudenciales que ha realizado el TC, en torno al art. 8 de la Constitución, cabe plantear algunas características importantes que definen los contornos y opciones de la política criminal del Estado peruano frente al tráfico ilícito de drogas y son las siguientes:

a) Es una obligación del Estado criminalizar y sancionar penalmente los actos de tráfico ilícito de drogas en sus diferentes etapas y manifestaciones.
b) Tienen compatibilidad constitucional la aplicación por parte del Estado de procesos complementarios de criminalización que afecten la extensión y severidad de la punibilidad, persecución y sanción penal de dicha clase de delitos.
c) El delito de tráfico ilícito de drogas es una manifestación de la criminalidad organizada transnacional y afecta valores constitucionales significativos para el Estado y la sociedad, por lo que no son admisibles en el Perú políticas o medidas orientadas a la legalización de cualquier forma de tráfico ilícito de drogas.
d) No es compatible con el art. 8 de la Constitución peruana la legalización del tráfico ilícito de cualquier tipo de droga prohibida, incluidas las de tipo cannabis sativa[63].

En conclusión, la Constitución Política al consagrar el derecho a la protección y promoción de la salud de la comunidad, mediante acciones prestacionales, y al establecer la obligación estatal de velar por que nadie, ni el propio Estado ni un particular, la afecte o menoscabe, legitima al legislador la selección de este bien jurídico protegido colectivo "salud pública" como merecedor de protección penal, conforme al principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos y de lesividad. Pero, además, la selección que hace el legislador respecto al bien jurídico tutelado en estas conductas que justifican plenamente la intervención del derecho penal se ve reforzada por la obligación constitucional de tipificar adecuadamente los delitos de tráfico ilícito de drogas que comprenda todo el ciclo de este fenómeno, esto es, la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la distribución, la entrega en cual-

63 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada. Parte especial,* ob. cit., p. 105.

quiera de sus condiciones, la importación o la exportación, la posesión o la adquisición de cualquier estupefacientes o sustancia sicotrópica.

Con todo, los CHIRINOS SOTO cuestionan que el art. 8 de la Const. Pol. del Perú es una norma declarativa innecesaria, aunque puede dar lugar a un debate sobre la utilidad de modelo prohibicionista; así, los referidos autores plantean lo siguiente:

> ¿Era necesario decir que el Estado combate dicho tráfico ilícito o que regula el uso de tóxicos sociales? Se trata de una disposición innecesaria y reglamentarista, de las cuales la mayoría parlamentaria ofreció, en vano, podar del texto de la ley de leyes. Procede una interrogante de fondo: Si la prohibición es el mejor camino de combatir el tráfico ilícito de drogas, o si sería preferible, como postula nada menos que MILTON FRIEDMAN, la libertad para el comercio de las mismas[64].

Es así, que en los últimos años ha surgido una importante corriente despenalizadora del tráfico de drogas al constatar el fracaso del modelo prohibicionista y represor extremo que incide en forma desigual en los sectores menos favorecidos y pobres de la cadena de la comercialización de drogas, el cual tiene escaso resultado e incluso tolerancia con los grandes narcotraficantes infiltrados en la política. En esa medida, TORRES advierte lo siguiente: "[E]l régimen legal y reglamentario actual para controlar el uso de drogas mediante sanciones penales (especialmente arrestos y encarcelamientos) está causando demasiado daño"[65]; en la misma perspectiva, ABEL SOUTO acota la siguiente observación:

> [L]as clases económicamente más débiles, a las que afectan las toxicomanías en mayor medida y cuya situación resulta agravada con la

64 CHIRINOS SOTO, Enrique y Francisco CHIRINOS SOTO, *La Constitución: lectura y comentario*, Lima: Rhodas, 2006, pp. 63 y 64.

65 TORRES, Juan Manuel, *Cuatro caminos un comienzo. Cometarios al Informe "El problema de las drogas en las Américas-2013" de la Organización de Estados Americanos*, Lima: Centro de Investigación Drogas y Derechos Humanos, 2013, p. 4 y ss.

> crisis económica actual, por lo que se ven acabadas al menudeo de la droga como alternativa a la pobreza y el desempleo[66].

Este problema también es constatado por Ambos y Núñez, quienes critican la política criminal prohibicionista y represiva emanada de los tratados internacionales sobre tráfico ilícito de drogas, que el Perú adopta en su legislación interna, así, estos autores manifiestan lo siguiente:

> El régimen jurídico internacional sobre drogas, por tanto, se encuentra estructurado sobre una base esencialmente prohibicionista y represiva. El foco de atención puesto en la criminalización de una gran cantidad de conductas vinculadas con el tráfico ilícito presupone la idea de que las drogas pueden ser efectivamente eliminadas y, con ello, los problemas que traen aparejados para la salud y el bienestar de las personas. Así, temas esenciales en las políticas de drogas como la salud y el desarrollo han sido subordinados a los objetivos de la represión. Sin embargo, desde el surgimiento de este régimen jurídico, tanto el narcotráfico como la delincuencia asociada a este han adquirido grandes dimensiones, y muchos problemas vinculados a la salud de las personas han aumentado considerablemente (por ejemplo, la transmisión de enfermedades venéreas, la superpoblación en las prisiones)[67].

2. La respuesta penal: política criminal internacional y la configuración del artículo 296 del Código Penal

En consonancia con la política criminal impuesta por la Convención de Viena de 1988, el legislador peruano en la tipificación de los delitos de tráfico ilícito de drogas pretende abarcar todo el ciclo de la droga; así, el art. 296 del CP comprende cuatro delitos autónomos, que abarcan desde los actos de conspiración hasta la comercialización

66 Abel Souto, Miguel, "Política criminal sobre drogas en la era global y blanqueo de dinero", en *Revista Penal,* n.° 36, Logroño: Universidad de la Rioja, 2015, p. 5.

67 Ambos y Núñez, "Marco jurídico internacional en materia de drogas. Estado actual y desafíos para el futuro", art. cit., pp. 48 y 49.

de drogas, pasando por la criminalización de las materias primas y precursores indispensables para la fabricación de drogas. Al respecto; Prado Saldarriaga constata que el art. 296 no tipifica solamente un delito sino cuatro diferentes, de allí que la configuración y estructura normativas de dicho art. no respondan a las características propias de un tipo básico similar al que describe el homicidio simple en el art. 106, es por ello que sostiene lo siguiente:

> Se trata, más bien, de un tipo complejo y con una sistemática alternativa, ya que distingue y regula varias conductas distintas como modalidades diferentes del tráfico ilícito de drogas. Esto es, el legislador ha buscado reunir en un solo art. cuatro opciones de intervención en el proceso o circuito estratégico, productivo y de comercialización ilegal de drogas fiscalizadas[68].

En el mismo sentido, Peña Cabrera Freyre refiere que internamente en el numeral 296 podemos reconocer cuatro conductas delictivas, cada una con características propias[69]. De esta manera, el art. 296 del CP, modificado recientemente por el art. único del D. Leg. N.° 1237 y el art. 1 del D. Leg. N.° 1367, prescribe lo siguiente:

> **Promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas.**
> El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico será reprimido con pena privativa de libertad no

68 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada. Parte especial,* ob. cit., p. 137. Con todo el destacado profesor sanmarquino advierte que esta técnica legislativa, en la regulación de los delitos de tráfico ilícito de drogas, resulta deficiente y hay que tener cuidado en el análisis dogmático de estas cuatro figuras autónomas, así refiere que: "[E]n el art. 296 se han tipificado cuatro conductas delictivas. Cada una de ellas posee características propias que aluden a elementos típicos y momentos consumativos diferenciables, por lo que su inclusión en una sola disposición no es técnicamente adecuada". Es por esta razón que "[E]l análisis dogmático de cada supuesto regulado debe de hacerse respetando su autonomía y las particularidades de su construcción normativa". *Ibid.*, p. 138.

69 Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos. Perspectivas dogmáticas y político criminales*, 2.ª ed., Lima: Rodhas, 2013, p. 79.

> menor de ocho ni mayor de quince y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme a los incs. 1, 2 y 4 del art. 36.
>
> El que posee drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de doce años y con ciento veinte a ciento ochenta días-multa, e inhabilitación conforme a los incs. 1 y 2 del art. 36.
>
> El que introduce al país, produce, acopie, provee, comercialice o transporte materias primas o sustancias químicas controladas o no controladas, para ser destinadas a la elaboración ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, en la maceración o en cualquiera de sus etapas de procesamiento, y/o promueva, facilite o financie dichos actos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta a ciento veinte días-multa, e inhabilitación conforme a los incs. 1 y 2 el art. 36.
>
> El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta a ciento veinte días-multa, e inhabilitación conforme a los incs. 1 y 2 del art. 36.

Rodríguez Núñez, comentando el art. 368 del CP español, que tiene la misma vocación de cubrir todos los actos del circuito de comercio de drogas, señala lo siguiente:

> Las conductas incriminadas son las dirigidas a la transmisión de las sustancias peligrosas a terceros fuera de los cauces legales. La barrera de protección se retrotrae hasta el punto de considerar como delito consumado actos muy alejados del posible contacto de la sustancia con el consumidor, castigándose con la misma gravedad que otros actos posteriores. Las conductas delictivas cubren un amplio abanico de actividades que van desde el cultivo hasta la tenencia efectiva de la sustancia o producto peligrosos[70].

70 Rodríguez Núñez, "Delitos contra la salud pública", art. cit., p. 623.

En ese marco, Uprimny, Chaparro y Cruz constatan que en América Latina, como consecuencia de la política criminal prohibicionista contenida en los convenios internacionales sobre la materia, se utiliza de manera privilegiada el derecho penal para reprimir toda la cadena de producción, distribución y consumo de drogas[71].

Con lo cual no se reprime solamente la puesta a disposición de la droga al consumidor final, que supone una puesta en peligro directa y potencial al bien jurídico "salud pública", sino que la protección penal de este bien jurídico se retrotrae, según el art. 296, a supuestos anteriores a la elaboración de la droga, reprimiendo actos relacionados a la introducción en el país, producción, acopio, provisión o transporte de las materias primas o sustancias químicas contraladas o no contraladas, cuando el sujeto activo no cuenta con autorización para el manejo, transporte o uso de estas sustancias, y son destinadas para la elaboración de drogas, que normalmente serían considerados actos preparatorios. Siguiendo con el ciclo de la comercialización de la droga, también se reprimen los actos de "fabricación" de las drogas, que suponen todos los procedimientos destinados a obtener como producto final la droga tóxica, que constituye el objeto final del delito. Avanzando con estas fases, se considera como hechos punibles los actos de "tráfico" que abarcan un sinnúmero de comportamientos que exceden el concepto meramente comercial de "tráfico", que incluye los actos de importación, exportación, acopio, almacenamiento, transporte, venta; también se reprimen la posesión de drogas para el tráfico, que debe entenderse como una posesión o tenencia de drogas para su comercialización, como puesta a disposición del consumidor final. Dentro de este art. también se considera como delito autónomo el formar parte de una conspiración para el tráfico de drogas, que en la doctrina y jurisprudencia es una forma de coautoría anticipada.

71 Uprimny, "La regulación de las drogas ilícitas reducir los daños de las políticas para contener los posibles daños de las sustancias", art. cit., p. 59.

Como vemos, en el art. 296 se reprimen como delitos autónomos varias etapas de la comercialización de la droga, pero si revisamos los demás arts. destinados a la represión del tráfico ilícito de drogas en el CP, verificamos que también se ha considerado como hecho punible, conductas anteriores a la "fabricación de drogas", como son los actos de siembra o cultivo de plantas de amapola (adormidera de la especie *papaver somníferum*) o marihuana (de la especie cannabis sativa), así como la comercialización o transferencia de semillas de estas especies vegetales[72]. Además, se reprime a quien mediante violencia o amenaza obliga a otro a sembrar o cultivar esas especies vegetales y la planta de coca, ello conforme a lo dispuesto en el art. 296.A del CP. Asimismo, se reprime el denominado tráfico ilícito de precursores, o de insumos químicos y productos fiscalizados destinados a la elaboración de drogas, en el art. 296.B del CP. Todos estos constituyen actos preparatorios de la disposición de la droga al consumidor final, advirtiéndose un adelantamiento de barreras de punición. Se verifica, entonces, que el legislador peruano ha querido reprimir todas las etapas del circuito de comercialización de las drogas ilegales, incluso actos que para un sector importante de la doctrina vendrían a ser actos post consumativos al tráfico ilícito de drogas, como son los actos de lavado de activos, que suponen la legitimación de activos de origen ilícito, los cuales primigeniamente se reprimieron como actos de agotamiento del TID en la sección referida a los delitos contra la salud pública, y que ahora son considerados delitos autónomos, regulados en una norma penal especial el D. Leg. N.° 1106, modificado por el D. Leg. N.° 1249.

72 No se incluye como objeto material del delito de siembre y cultivo de plantas precursoras de drogas, a la planta de coca, porque la hoja de coca en el Perú tiene componentes culturales para pobladores andinos. Al respecto, Cfr. Castro de la Mata, Ramiro, "La coca en la historia y la leyenda", *Revista Histórica*, n.° 60, Lima: 2001, pp. 41-58.

En esa línea, Araujo observa lo siguiente:

> Los delitos de tráfico de drogas, como manifestación más alarmante de la delincuencia económica contemporánea, han merecido por parte de la política-criminal un tratamiento marcadamente diferenciado, con la anticipación de la respuesta penal hasta los niveles más remotos (actos preparatorios) y la incriminación de supuestos de mero peligro hacia el bien jurídico tutelado (salud pública). En este contexto, las técnicas legislativas empleadas con respecto a los tipos penales de tráfico de drogas obedecen a pretensiones de comprensión típica omnipresente, asociada al objetivo de desactivación remota de las fuentes de ofensividad[73].

Así se han adelantado las barreras de punición elevando formas imperfectas de ejecución y actos preparatorios a la categoría de delitos consumados autónomos. La jurisprudencia española constata la vocación omnicomprensiva de la regulación en materia de tráfico ilícito de drogas, por lo cual se comprende dentro de esta regulación todos los actos del ciclo económico de la droga, es decir: actos de producción, como son el cultivo o la fabricación; actos principales de tráfico, incluyendo dentro de ellos, los actos de intermediación en el tráfico; actos auxiliares de tráfico como son la posesión o tenencia, y el transporte, siempre que unos y otros estuvieran preordenados a promover, favorecer o facilitar el consumo[74]. En el mismo sentido, Molina Pérez indica lo siguiente: "Lo que la norma penal mantiene es un sistema de incriminación en 'cascada' [...] lo que pretende es abarcar todas las fases del tráfico ilegal para evitar las posibles lagunas en los comportamientos que contiene"[75].

---

73 Araujo Rebouças, "Autoría y participación en los delitos de tráfico de drogas: derecho penal español y comparado", art. cit., p. 539.

74 Expósito López, Ana, "El delito de tráfico de drogas", en *Revista de Derecho UNED*, n.° 10, Madrid: 2012, p. 97.

75 Molina Pérez, Teresa, "El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico ilícito de drogas", en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n.° xxxviii, Logroño: Universidad de la Rioja, 2005, p. 110.

Cabe advertir que si bien Peña Cabrera Freyre sostiene que el art. 296 del CP está dedicado a la descripción del tipo básico del delito de tráfico ilícito de drogas, esto es, constituye la norma penal matriz o genérica que define qué actos configuran dicho delito[76], entonces esta disposición definiría las características de tipicidad y antijuricidad mínimas, con lo cual las figuras agravadas y atenuadas contenidas en los arts. 297 y 298 del CP tendrían que hacer referencia a este tipo matriz.

Siendo así, son cuatro delitos autónomos los regulados en el art. 296 del CP que funcionan, cada uno de ellos, de manera alternativa como tipo básico para las figuras agravadas y atenuadas de los referidos arts. 297 y 298 del cuerpo normativo punitivo. En lo que se refiere a las conductas atenuadas del art. 298, se hace expresa referencia a las conductas descritas en los tres primeros párrafos del art. 296. Así, por ejemplo, si nos encontramos ante actos de tráfico, como el transporte de droga en la modalidad de "correo de la droga", cuyo objeto material del delito excede los 10 kilos de clorhidrato de cocaína, el primer párrafo del art. 296 funcionaría como tipo básico del delito de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo de drogas tóxicas, en concordancia con el art. 297.7, que plantea como figura agravada cuando la droga a comercializarse excede, justamente, los 10 kilos de clorhidrato de cocaína.

En esa medida, los delitos tipificados en el art. 296 del CP son: a) el primer párrafo regula los actos de: "promoción, favorecimiento o facilitación el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico"; b) el segundo párrafo tipifica los actos de: "posesión de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito"; c) el tercer párrafo reprime las siguientes conductas: el suministro, la producción o comercialización de materias primas o insumos destinados a la elaboración de drogas y actos afines de promoción, facilitación o financiación; y d) el cuarto párrafo reprime la conspiración para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas.

76 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos. Perspectivas dogmáticas y político criminales,* ob. cit., p. 79.

En el derecho comparado se observa esta amplitud de conductas omnicomprensivas de los actos de tráfico ilícito de drogas. Al respecto, Araujo lo siguiente:

> Algo semejante sucede en el sistema francés, con la incriminación más detallada de las conductas de producción, fabricación, importación, exportación, transporte, detención, oferta, cesión, adquisición y empleo ilícitos (arts. 222.34 y 222.35 del CP). El sistema italiano, a su vez, es aún más pródigo en la incriminación (cultivo, producción, fabricación, extracción, refinamiento, venta, oferta, puesta a venta, cesión, distribución, comercio, transporte, busca de otra persona, envío, paso, expedición en tránsito, consignación "con cualquier finalidad", conforme al art. 73 del D. P. R. N.° 390/1990), así como el brasileño, que incluye las conductas de importar, exportar, remitir, preparar, producir, fabricar, adquirir, vender, exponer a venta, ofrecer, tener en depósito, transportar, traer consigo, guardar, prescribir, suministrar, entregar a consumo o fornecer drogas, "aunque gratuitamente" (art. 33 de la Ley N.° 11.343/2006). Vale resaltar que aún la "prescripción" y el "suministro" son conductas consideradas, a nuestro juicio impropiamente, como tráfico de drogas por el derecho brasileño[77].

En el caso argentino, Falcone y Capparelli[78] nos refieren que el art. 5 de la Ley N.° 23737 reprime distintas conductas en las que el legislador pretende abarcar todas las fases de la producción del tráfico ilícito de drogas precisan, además, que el sistema adoptado intenta evitar lagunas de punibilidad, y por ello en muchos casos se reprimen comportamientos que se sitúan en un estado anterior a la consumación propiamente dicha.

En cuanto a las características de este tipo penal, Prado Saldarriaga observa lo siguiente:

---

77 Araujo Rebouças, "Autoría y participación en los delitos de tráfico de drogas: derecho penal español y comparado", art. cit., p. 547.

78 Falcone, Roberto A. y Facundo Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, Buenos Aires: Villela, 2002, p. 135.

> [L]as conductas típicas previstas por el art. 296 tienen estructura y características diferentes. En tal sentido, el supuesto regulado en el párrafo primero es una hipótesis de peligro concreto. Por su parte, los actos tipificados en el párrafo segundo configuran una hipótesis de peligro abstracto. Y, por último, las conductas reguladas en los párrafos tercero y cuarto constituyen la criminalización autónoma de formas específicas de participación y de actos preparatorios[79].

Así, se pueden arribar a las siguientes conclusiones: el legislador internacional y nacional han querido reprimir todo el ciclo de la droga, desde los actos de siembre y cultivo (incluso tenencia de semillas de marihuana y amapola) hasta la disposición final de la droga al consumidor individual potencial, en ese entendido, no debemos perder de vista que el nuestro es un país productor de drogas cocaínicas destinadas principalmente al consumo externo, por lo que las modalidades delictivas relacionadas a este segmento del fenómeno del tráfico ilícito de drogas se relaciona con actos legales o ilegales del comercio exterior; y que solo una pequeña cantidad de la droga producida en el Perú es para consumo interno.

Por razones político-criminales, las conductas incriminadas son las dirigidas a la transmisión de las sustancias peligrosas a terceros fuera de los cauces legales. La barrera de protección se retrotrae hasta el punto de considerar como delito consumado actos muy alejados del posible contacto de la sustancia con el consumidor. Este diseño de represión se plasma en la Convención de Viena de 1988, donde se delinea la política criminal internacional de represión al fenómeno del tráfico ilícito de drogas a escala mundial, de esta manera, el art. 3.1.a.i) de la citada convención conmina a los Estados parte a considerar en sus legislaciones internas como delitos los siguientes actos: la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica.

79 Prado Saldarriaga, *Criminalidad Organizada. Parte Especial,* ob. cit., pp. 138 y 139.

De esta manera, en sintonía con la Convención de Viena, la norma penal peruana mantiene un sistema de incriminación "en cascada", pues lo que pretende es abarcar todas las fases del tráfico ilegal para evitar las posibles lagunas en los comportamientos que contiene. Bajo esa lógica, el art. 296 regula cuatro tipos penales diferentes y autónomos, en el primer párrafo, la promoción, favorecimiento o facilitación al consumo ilegal de drogas tóxicas mediante actos de fabricación o tráfico; y en el segundo párrafo, la posesión de drogas para su tráfico ilícito.

3. Caracterización del fenómeno de narcotráfico en el Perú

En ese marco, según la realidad criminológica peruana, somos un país productor de droga, por lo que el ciclo de la droga en el Perú se inicia desde el cultivo de la hoja de coca, en ese sentido, Chávez manifiesta lo siguiente:

> La producción de drogas cocaínicas ha convertido al Perú en uno de los países con mayor actividad cocalera, donde los cultivos de coca se han convertido para muchos agricultores en el principal medio de subsistencia y peor aún, muchos de ellos se han involucrado en el procesamiento y comercialización de las drogas que producen, con el propósito de incrementar sus ganancias ante las variaciones del precio de la hoja de coca[80].

En países como el nuestro, el ciclo de la droga comprende desde los actos de siembra y cultivo de hoja de coca (incluso desde el acopio de los precursores químicos), pasando por la elaboración de drogas cocaínicas hasta la disposición final de las mismas al consumidor individual potencial en los países desarrollados, de ahí que la mayor cantidad de droga producida en el Perú es destinada principalmente al consumo externo, por lo que las modalidades delictivas relacionadas a este segmento del fenómeno del tráfico ilícito de drogas se vinculan con actos legales o ilegales del comercio exterior; donde solo una pequeña cantidad de estas sustancias se orientan al mercado local. Para abarcar todas estas

80 Chávez, Víctor, "Cultivo y producción", en Cedro, *El problema de las drogas en el Perú 2015*, Lima: Cedro, 2015, p. 56.

etapas del ciclo de la droga, es evidente el accionar de organizaciones criminales que manejan todos o alguno de estos eslabones de la cadena, y que buscan en última instancia, exportar la droga hacia los mercados europeos, norteamericanos y asiáticos. Y más recientemente al mercado brasileño.

Así también lo constata Castro de la Mata, argumentando lo siguiente:

> El Perú es un importante productor de cocaína; es necesario diferenciar dos mercados: el interno (consumo en el propio país) y el externo (relacionado con la exportación ilegal de drogas). En el caso del mercado interno no puede hablarse de la existencia de "empresas" sino de multitud de grupos informales unidos laxamente. Cuando se trata, en cambio, de la gran producción y tráfico destinados a la exportación, se ha identificado la existencia de organizaciones bien definidas que se caracterizan por una estructura jerárquica que usa la violencia para el mantenimiento de su negocio y la defensa de sus "territorios" y "clientes"[81].

En ese marco, como explica Salazar[82], existen distintos puntos de salida para la droga que se produce en el Perú utilizados por organizaciones criminales, que abastecen los mercados internacionales: a) En el norte se emplean los puertos de Talara, Paita, Bayovar y muchas caletas no controladas del litoral, tales como Parachique, Puerto Rico y La Tortuga en Sechura; La Islilla en Paita; Cabo Blanco en Talara y La Cruz En Tumbes; b) Las drogas que se produce en los valles del Huallaga estarían saliendo por el Monzón para llegar a Chimbote y Huacho en el norte chico y de allí pasar a Lima y los mercados del exterior; c) En la sierra sur se toman rutas vía Sandia y Desaguadero en Puno para llegar a los mercados internos de Bolivia y Brasil. También existen rutas aéreas desde Vraem y Puno hacia Bolivia; d) En el caso del

81 Castro de la Mata, Ramiro, "El consumo de drogas en el Perú", en *Debate Agrario: Análisis y Alternativas,* n.° 39, Lima: 2005, p. 137.

82 Salazar, Rolando, "Narcotráfico", en Cedro, *El problema de las drogas en el Perú 2015,* Lima, Cedro, 2015, pp. 61-64.

Vraem se emplean caminos de herradura por las estribaciones andinas buscando salir a la costa por Nazca o mediante la región Junín; e) Una ruta muy importante es la del Callao; incluyendo embarques a través de embarcaciones, con el apoyo de funcionarios aduaneros corruptos y mediante el aeropuerto Jorge Chávez. Parte de estos embarques son capturados por las autoridades; f) También se emplea el río Marañón y sus afluentes por La Libertad, Huánuco, Ancash y Cajamarca; siempre con el propósito de llegar a las zonas de exportación preferentemente de tipo marítimo y en menor cantidad por vía aérea. Se informa que, además, existen rutas para llegar a Colombia y Brasil. Este esfuerzo organizativo sin duda se despliega a través de estructuras criminales de carácter nacional y transnacional.

Pero el accionar del crimen organizado varía de tiempo en tiempo, evolucionando hacia mecanismos más complejos y, de alguna forma, más innovadores. En ese sentido, las rutas del tráfico de drogas también han variado, dependiendo de cuáles hayan sido las estrategias aplicadas en su contra. En la actualidad, según Torres[83] en diversos reportes de investigación periodística y académica, se señala que la forma de traslado de droga ha variado considerablemente. Si bien se sigue utilizando los puertos y aeropuertos nacionales para la "exportación" del material ilícito, también ha surgido un denominado "Corredor Sur". Al respecto, Soberón precisa lo siguiente:

> Según los diversos informes internacionales [...], los países andinos y los del Cono Sur parecen estar conformando un nuevo perímetro de un extenso y bien definido corredor geográfico que cruza desde las selvas peruanas del Vraem (Valle del Rio Apurímac Ene y Mantaro) y el Valle de Pichis Palcazú (región de Pasco), pasando por los altiplanos y valles interandinos bolivianos (desde Beni, Pando, Santa Cruz), hasta llegar a las llanuras y extensiones de las principales ciudades brasileñas en donde convergen las distintas favelas, (y) en donde el comercio y consumo de pasta base se constituyen en un verdadero problema de salud pública. Según los referidos documentos, el Brasil ya se ha con-

83 Torres, Juan Manuel, "Criminalidad organizada en el Perú: narcotráfico, corrupción y otros delitos", p. 14. Recuperado de <https://bit.ly/2P9SF2t>.

> vertido en uno de los principales demandantes de este sub producto de la coca [...] debido a su creciente desarrollo económico[84].

Con respecto al accionar de la organizaciones criminales que actuan en el Perú; Castro de la Mata observa que:

> Los traficantes de drogas se organizan en el ámbito nacional como entidades llamadas "firmas", que entregan sus productos a las organizaciones que trafican en el ámbito internacional y que son conocidas como "carteles". Las organizaciones se componen de grupos o equipos debidamente especializados para desarrollar cada una de las actividades que demanda la empresa delictiva. Los jefes de las organizaciones, llamados "capos", aportan o controlan directamente el capital o la mayor parte de los medios logísticos. Usualmente llegan a este nivel después de haber efectuado un tráfico exitoso durante varios años con audacia, falta de escrúpulos y uso de la violencia. Entre los carteles más importantes figura el de Tijuana y, hasta hace pocos años, el de Cali.
>
> Las organizaciones menos poderosas apoyan a los grandes carteles y cubren las actividades locales, incentivan los cultivos, intermedian la financiación para la producción y trabajan por encargo de algún cartel, convirtiéndose en proveedores y, por lo tanto, en dependientes para el refinado y procesamiento final de la droga, así como para el comercio exterior. Las organizaciones menos poderosas pueden transformarse eventualmente en proveedores internos para la microcomercialización.
>
> La relación entre las organizaciones más poderosas y las pequeñas y locales se basa en la prontitud y seguridad en el cumplimiento de los encargos. La relación comercial se respeta escrupulosamente como garantía de la solvencia de la organización y es asegurada por el equipo de asesinos a sueldo, "sicarios", dispuestos a intervenir ante cualquier desvío de lo que se considera una conducta correcta[85].

84 Soberón, Ricardo, "La construcción de un corredor geográfico en torno a la cocaína del sur". Recuperado de <https://bit.ly/2PBnIB7>.

85 Castro de la Mata, "El consumo de drogas en el Perú", art. cit., p. 137.

Es así que en el caso peruano se ha generado, hablando en términos económicos, una cadena de valor que va desde el cultivo de hoja de coca, materia prima indispensable para la elaboración de la cocaína, hasta la microcomercialización nacional e internacional del producto. Conformen lo plantean López y Vizcarra:

> Una cadena de valor, como se definió anteriormente, es la sucesión de etapas de transformación de un producto mediante las cuales se va creando valor agregado. En el caso de los productos manufacturados, implica desde la producción de los insumos de fabricación hasta su puesta en venta en el mercado. Para la cocaína, la cadena empieza con el cultivo de hoja de coca, la cual es insumo indispensable e irremplazable para la fabricación del clorhidrato de cocaína, y culmina con la microcomercialización nacional e internacional del producto. Dentro de esta cadena se puede, por lo tanto, identificar diferentes actividades y actores que componen cada uno de sus conglomerados (*clusters*)...[86].

En cuanto al mercado interno, Castro de la Mata explica que la droga sale de los centros de producción por vía terrestre en una variedad de productos; y una vez en las ciudades de la costa, principalmente Lima, es manejada por intermediarios que abastecen de drogas a los microcomercializadores en las zonas marginales de la ciudad. Al respecto, indica lo siguiente:

> En lo que se refiere al mercado local, los agentes que en él intervienen se organizan de diferente manera. La droga que se vende en la ciudad de Lima y en el resto de la costa —principalmente la cocaína en pasta— proviene directamente de las zonas de cultivo. [...] La vía terrestre es la más usada para el transporte hacia las zonas urbanas como Lima. La cocaína se esconde entre una gran variedad de productos, pues casi cualquier embarque puede ocultarla: llantas, frutas, verduras, juguetes, madera, ropa, etcétera. En la mayoría de los casos los transportistas están involucrados o conocen que en su vehículo viajan drogas. Tam-

86 López Villanes, Noam y Vizcarra Castillo, Sofía, "La cadena de valor de la cocaína: un análisis georreferenciado del VRAE", en *Revista Politai,* n.° 4, vol. 3, Lima: 2012, pp. 81 y 82.

> bién es posible usar el servicio postal o el sistema de encomiendas para transportar pequeñas cantidades. Una vez en el ámbito urbano, la droga es manejada por intermediarios llamados "proveedores" o "abastecedores", cada uno de los cuales abastece de drogas a un grupo de microcomercializadores de algún sector de la ciudad[87].

En esa perspectiva, desde nuestra realidad de país productor de drogas cocaínicas, donde se inicia el ciclo de la droga yla producción de la misma para su "exportación" a los países consumidores, se generan problemas de diversa índole que son respondidos desde el Estado peruano a través de una política antidrogas, en el marco de las obligaciones internacionales en materia de lucha contra el narcotráfico. Estos problemas, que podríamos calificar como directos, van desde el cultivo de la planta tradicional de hoja de coca, pasando por la elaboración de las drogas cocaínas, el tráfico de las mismas hacia el mercado internacional, y, en menor medida, al mercado nacional, y el consumo de drogas en el país; mientras que los problemas indirectos se relacionan con el negocio de la droga, con la violencia y el crimen organizado que aparece asociado al narcotráfico, los problemas sociales y medioambientales que surgen en las cuencas cocaleras, entre otros. Ambos plantea, con relación a los países productores de drogas cocaínicas, lo siguiente:

87 Castro de la Mata, "El consumo de drogas en el Perú", art. cit., pp. 140 y 141. Explica además este autor que: "El mercado final está abastecido por una multitud de microcomercializadores o 'paqueteros' que manejan cantidades poco significativas, abastecidos por los "mayoristas" que trafican en el orden del par de kilogramos. Los microcomercializadores podrían estar ganando entre 100 y 200 dólares estadounidenses al mes por su participación. No existen firmas, ni mafias ni carteles. Hay, sí, infinidad de pequeños negocios. Al no haber un grupo o unos pocos grupos que regulen la venta de drogas en las ciudades, salir del negocio sin temor a las represalias es tan fácil como entrar en él. Se ha identificado casos en los que el microcomercializador tiene varios distribuidores. Aquí el negocio es unipersonal o familiar, y en él se suelen involucrar adictos que encuentran en el microcomercio un medio para cubrir el costo de su adicción y una subsistencia precaria. Los distribuidores frecuentan a los microcomercializadores entre una a tres veces por semana. Así, se puede calcular que semanalmente cada microcomercializador adquiere para su posterior venta entre 200 y 500 g de PBC". Castro De La Mata, "El consumo de drogas en el Perú", art. cit., p. 141.

> En Colombia, Perú y Bolivia se pueden diferenciar problemas primarios (directos) y secundarios (indirectos). Como problemas primarios se puede entender los relacionados con el cultivo de la coca como —en Colombia— de la marihuana y la amapola, la elaboración de la cocaína, el tráfico con coca-cocaína y la masa creciente del consumo de drogas. En cuanto a los problemas secundarios aparecen fenómenos señalados como "dimensiones del narcotráfico": la violencia vinculada a este, la expansión política y socioeconómica del narcotráfico, así como las consecuencias para el medioambiente[88].

Como hemos visto, la política antidrogas del Perú viene ya condicionada por las obligaciones internacionales que tiene sobre la materia, incluso elevando a nivel constitucional la necesidad de represión penal del tráfico ilícito de drogas, optando claramente por una política represiva no solo en el ámbito penal, sino también en políticas preventivas de sustitución de cultivos. Así, Ambos explica lo siguiente:

> La respuesta estatal al problema de las drogas se encuentra en la política y la legislación vigente de drogas. Bajo la política de drogas se entiende junto —a los trabajos internacionales— todas las medidas legales y fácticas de los gobiernos de Colombia, Perú y Bolivia en los ámbitos de "prevención", "sustitución" así como "control y represión". Dentro de la prevención diferenciamos entre medidas tendientes a la prevención del consumo y uso de las drogas (prevención primaria) y el tratamiento de los consumidores (prevención secundaria); dentro de la sustitución nos referimos a las medidas encaminadas a la sustitución de las plantas de coca mediante los productos agrícolas alternativos (conocidas con el slogan "desarrollo alternativo"); bajo control y represión se encuentran las medidas penales destinadas a la lucha contra el consumo, cultivo, producción y tráfico de las drogas. Este último constituye el punto principal de las políticas antidrogas[89].

88 Ambos, Kai, *Control de drogas. Política y legislación en América Latina, EE.UU. y Europa. Eficacia y alternativas*, Bogotá: Gustavo Ibáñez, 1998, p. 43.

89 Ambos, *Control de drogas. Política y legislación en América Latina, EE.UU. y Europa. Eficacia y alternativas*, ob. cit., p. 43.

En suma, el Perú es un importante productor y exportador de cocaína; siendo necesario diferenciar dos mercados: el interno (consumo en el propio país) y el externo (relacionado con la exportación ilegal de drogas), en esa medida, el ciclo de la droga comprende desde los actos de siembra y cultivo de hoja de coca (incluso desde el acopio de los precursores químicos), pasando por la elaboración de drogas cocaínicas hasta la disposición final de las mismas al consumidor individual potencial en los países desarrollados, de ahí que la mayor cantidad de droga producida en el Perú es destinada principalmente al consumo externo, por lo que las modalidades delictivas relacionadas a este segmento del fenómeno del tráfico ilícito de drogas se vinculan con actos legales o ilegales del comercio exterior; donde solo una pequeña cantidad de estas sustancias se orientan al mercado local. Para abarcar todas estas etapas del ciclo de la droga, es evidente el accionar de organizaciones criminales que manejan todos o alguno de estos eslabones de la cadena, y que buscan, en última instancia, exportar la droga hacia los mercados europeos, norteamericanos y asiáticos. En el aspecto penal prima el modelo prohibicionista.

III. EL IMPACTO NEGATIVO DEL MODELO PROHIBICIONISTA: HACIA UNA NUEVA POLÍTICA CRIMINAL EN MATERIA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Como plantean Uprimny, Chaparro y Cruz, el modelo de guerra contra las drogas plantea que las sustancias, inducen al mal comportamiento porque vuelven a las personas sus esclavas, llevándolas a vivir una vida indigna y criminal. Esa idea sustenta el binomio "drogas-delito", tan arraigado incluso en el sistema de las Naciones Unidas, que crea una agencia en la que confluyen los dos fenómenos, asociados casi como si fueran una misma cosa, la Oficina Contra las Drogas y el Delito. La racionalidad de esta política consiste en suprimir cualquier tipo de consumo de ciertas sustancias, a través de la supresión de la oferta. En caso de que esto no se pueda lograr, el modelo tiene pensado reducir drásticamente la disponibilidad y hacer muy difícil el acceso a estas sustancias prohibidas, para de esta forma controlar su consumo.

En esta lógica, que incorpora elementos del sufrimiento para exculpar los vicios morales, no es posible lograr los resultados esperados sin el ejercicio del derecho penal (en algunos casos también la fuerza armada) como estrategia privilegiada[90].

Schiray, Geffray y Fabre indican que el régimen internacional de prohibición en materia de drogas, por muy legítimo que sea para contener los riesgos de difusión desmesurada de la toxicomanía, subestima las consecuencias sociales, económicas y políticas de la creación de un mercado ilegal muy fuertemente internacionalizado y ampliamente accesible, a pesar de los medios dedicados a la represión[91]. Además, la política criminal internacional de represión del tráfico ilícito de drogas tiene un componente económico innegable, que supone la continuación de un negocio ilegal cuyas ganancias se monetizan principalmente en las economías donde se comercializa mayoritariamente las drogas, siendo que esos fondos contribuyan a solucionar los millonarios déficits que caracterizan a la economía de la potencia hegemónica[92].

De esta manera, el modelo prohibicionista ha generado un mercado ilegal de drogas tóxicas que necesita para su manejo de una red de organizaciones criminales que tienden a copar los mercados lícitos, la sociedad y el Estado, expandiendo su influencia corruptora a todos

90 Uprimny, "La regulación de las drogas ilícitas reducir los danos de las políticas para contener los posibles danos de las sustancias", art. cit., p. 59.

91 Schiray, Michel, Christian Geffray y Guilhem Fabre, "Narcotráfico: dimensiones económicas y sociales", en *Revista internacional de ciencias sociales,* n.° 169, Unesco, setiembre del 2011, p. 7.

92 Contreras, "El tratamiento internacional del problema de las drogas", art. cit., p. 228. Este autor reflexiona acertadamente que, "El narcotráfico se convierte así en la industria de más rápido y sostenido crecimiento en el mundo. Constituye, tristemente, la única empresa transnacional latinoamericana de gran pujanza y envergadura con éxito económico, sociocultural y político. Se ha estimado que sus operaciones mundiales movilizan alrededor de 500 mil millones de dólares anuales, de los cuáles el 98 % se queda en manos de los traficantes de los países industrializados y, únicamente, de un 2 % a un 4 % retorna a los países en vías de desarrollo".

estos estamentos debido al poder económico derivado de las ingentes ganancias que generan estas actividades ilícitas, la fuerza de la represión (en algunos países como México se utiliza el ejército para la represión del narcotráfico), la necesidad de controlar el mercado ilícito y la pugna entre las diversas organizaciones criminales. Todo ello deriva en el uso de violencia causante de inseguridad y graves violaciones de derechos humanos, circunstancias que evidencian una grave amenaza a la seguridad de los Estados. Mientras que en el plano local el consumo de drogas genera la violencia e inseguridad propia de los adictos, y el control de los mercados locales de los microcomercializadores.

Por otro lado, existe una respuesta asimétrica en la represión de estas conductas, los Estados sancionan fundamentalmente a los sectores menos favorecidos del circuito ilegal del tráfico de drogas, las cárceles están plagadas de agricultores pobres, microcomerciadores y correos de la droga, que muchas veces se ven empujados a involucrarse en estas actividades delictivas por necesidad económica; mientras que los miembros más importantes de las organizaciones criminales, que se benefician directamente los ingresos económicos derivados de este tráfico ilícito, en escasas ocasiones reciben sanciones penales.

La estrategia represiva tampoco ha cumplido los objetivos planteados al inicio de la "guerra contra las drogas"; NADELMANN, al respecto, hace la siguiente observción:

> Solo en la última década, únicamente Estados Unidos ha gastado miles de millones de dólares, ha encarcelado a millones de personas, ha decomisado una gran cantidad de toneladas de drogas ilícitas y ha erradicado, en forma directa o indirecta, cientos de miles de hectáreas tanto en América Latina cuanto dentro de sus fronteras. En un esfuerzo por justificar todo esto, los funcionarios del Gobierno de los Estados Unidos señalan una disminución del número de personas que admiten ser consumidoras de cocaína o marihuana, ignorando en forma cínica la evidencia de que persiste un grave abuso de drogas y otros problemas relacionados con ellas —muertes por sobredosis, nuevas infecciones de VIH y hepatitis, sin mencionar los daños sociales y de salud asociados

> con la guerra antidrogas— a niveles mucho más elevados que aquellos que se observan en otros países industrializados[93].

Respecto a este tema, Uprimny, Chaparro y Cruz señalan lo siguiente:

> La Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés) reconoció que el modelo prohibicionista, amparado en una interpretación punitiva dominante de las convenciones de control de drogas de las Naciones Unidas, ha generado "consecuencias no intencionadas" de las políticas de control de drogas. Entre estas consecuencias se encuentra la creación de un enorme mercado ilegal controlado por organizaciones criminales; el efecto desplazamiento de las políticas de salud pública, motivado por el incremento de los recursos a las estrategias de seguridad para reducir la oferta y combatir la criminalidad asociada a drogas; el desplazamiento geográfico o efecto globo, conforme al cual respuestas más duras en unos países o regiones pueden significar que el mercado ilícito de drogas y sus consecuencias se trasladen a otros; la emergencia de nuevas sustancias en la medida en que el control de las ya existentes se refuerza, y la persecución y marginación de los usuarios de drogas[94].

Ante esta coyuntura, como advierten Uprimny, Chaparro y Cruz, se incide en la necesidad de replantear la política criminal y la estrategia para afrontar el tráfico ilícito de drogas a través de una *política de reducción de daños* desarrollado en varios países europeos, como un conjunto de políticas, programas y prácticas que tienen el propósito de minimizar las consecuencias negativas del uso de drogas, tanto en el impacto de las sustancias, como en las consecuencias de la sanción social y estigmatización sobre los consumidores. En la última década, esta perspectiva se ha extendido a programas en ciudades de Brasil, Canadá y Colombia, que plantearon un acceso a servicios de salud para la población en condición de vulnerabilidad por razones del consumo,

93 Nadelmann, Ethan A., "Los daños de la prohibición de las drogas en las Américas", en *Debate Agrario: Análisis y alternativas,* n.° 39, Lima: 2005, p. 232.

94 Uprimny, "La regulación de las drogas ilícitas reducir los daños de las políticas para contener los posibles daños de las sustancias", art. cit., p. 67.

ya sea de cocaína fumable, heroína, *crack* o inhalantes, a través de estrategias denominadas de "bajo umbral" o fácil acceso[95].

1. El mercado ilegal del tráfico de drogas

La prohibición de las drogas ha generado un mercado ilegal donde actúan organizaciones criminales para lograr el abastecimiento de la droga desde su producción hasta el consumidor final. En esa medida, como señalan López y Vizcarra, el fenómeno del narcotráfico no debe interpretarse como un problema exclusivo del campo delictivo[96], sino, en cuanto un mercado ilícito de bienes, como una respuesta a la lógica de la estructura capitalista de empresa. Así, Schiray, Geffray y Fabre explican lo siguiente:

> Durante los años 1980-1990 se han intensificado considerablemente las actividades relacionadas con el tráfico de drogas ilícitas. Durante este período, la transformación, la exportación y, en menor proporción, la producción y la distribución de drogas ilícitas, han ido a parar en gran parte a manos de grandes organizaciones criminales, algunas de las cuales han llegado a desempeñar el papel de motores en el desarrollo de los mercados y a controlar amplios sectores del tráfico. Estas organizaciones están presentes en todas las grandes regiones del mundo, tanto en el Norte como en el Sur. Actualmente, el mercado de las drogas no conoce nacionalidad ni fronteras. Más que nunca, encarna los nuevos desórdenes del mundo de la posguerra fría[97].

De esta manera, se ha creado un mercado ilegal fruto de la prohibición, dominado por el crimen organizado. Al respecto, Pontón hace la siguiente observación:

---

95 Uprimny, "La regulación de las drogas ilícitas reducir los danos de las políticas para contener los posibles danos de las sustancias", art. cit., p. 60.

96 López Villanes y Vizcarra Castillo, "La cadena de valor de la cocaína: un análisis georreferenciado del VRAE", art. cit., p. 80.

97 Schiray, Michel, "Introducción: tráfico de drogas, organizaciones delictivas y políticas públicas de fiscalización", en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, n.° 169, setiembre del 2011, p. 3.

> Un mercado ilegal nace cuando existe una demanda efectiva y potencial insatisfecha de bienes y servicios, cuyos usos o prácticas han sido prohibidos por sus enormes perjuicios a la población. Sin embargo, para hacerse efectivo debe haber una serie de actores que, a pesar de las sanciones impuestas por una sociedad que castiga la producción y comercialización de estos productos ilegales, se atreve a evadir las leyes y los controles estatales para dominar y manejar este mercado.
>
> Los ingresos económicos de estas economías pueden venir del desarrollo de distintas actividades completamente ilegales o ilegales con apariencia legal. Pese a esta diversidad, el tráfico de drogas es de largo la actividad ilegal que mayor poderío económico representa internacionalmente, lo cual hace de este mercado el motor financiero de las principales organizaciones criminales en el mundo. Es allí donde se cimienta el enorme poderío económico y la influencia en las estructuras sociales, políticas y económicas de los países afectados por tales organizaciones. Por esta razón, el entendimiento del narcotráfico nos ayuda a dimensionar la capacidad y poderío económico de la actividad criminal organizada a nivel regional[98].

En esa medida, PONTÓN también sostiene que según los cálculos de la Onudd (2005) los cuales constantemente se citan para hablar del valor de este mercado, el narcotráfico movía alrededor de 320 000 millones de dólares anualmente. Esto lo convierte en la principal y más rentable economía criminal del mundo actual, con montos diez veces superiores a la segunda economía criminal: el tráfico de personas, con 31 600 millones aproximadamente. Así, el mismo autor señala lo siguiente:

> Esta cifra hace competir al narcotráfico con las industrias más rentables del planeta. Por ejemplo, de acuerdo con *World Integrated Trade Solution*, el mercado de exportación de automotores representó 770 000 millones de dólares estadounidenses en el 2011; la fabricación de productos de refinación de petróleo 668 000 millones y la extracción de petróleo y gas natural 617 000 millones. Esto quiere decir que ya en el año 2003 la economía del narcotráfico representaba aproximadamente la mitad del valor actual de cada uno de estos sectores y competía con

98 PONTÓN, Daniel, "La economía del narcotráfico y su dinámica en América Latina", en Íconos, n.° 47, Quito: 2013, p. 137.

> la fabricación de radios, televisores y celulares en importancia (356 000 millones)[99].

Se trata, entonces, de una economía ilegal manejada por organizaciones criminales. En ese sentido, López y Vizcarra manifiestan lo siguiente:

> Se puede afirmar que "el mercado ilegal (de la droga) está constituido por una gran variedad de empresas de diversos tipos que se van articulando para irrigar un servicio o una mercancía ilegal a las plazas de consumo". En otras palabras, el narcotráfico sería "una actividad económica que busca acumular grandes ganancias a través del control de determinadas áreas del mercado de drogas".

Adalberto Santana resume esta actividad de la siguiente manera:

> Una actividad esencialmente económica. Tiene otras implicaciones, pero lo económico es lo que lo nutre para desarrollarse. Por ello hoy en día se ubica como la actividad más rentable en el escenario mundial [...]. Es un fenómeno que responde al esquema de las relaciones de producción capitalistas, pero en lo particular funciona como una de las partes del desarrollo de la economía subterránea o criminal.

De estas primeras definiciones, se resaltan dos aspectos esenciales: el primero es que es una empresa de carácter ilegal que responde a una lógica de mercado y que, por lo tanto, procura la ganancia económica del empresario. El segundo aspecto es que es una actividad productiva centrada en un solo tipo de mercadería: los derivados cocaínicos. En ese sentido, como cualquier otra actividad económica, esta posee un ciclo productivo secuencial que puede ser claramente identificado y controlado por actores determinados.

Como señala Castillo, alrededor de estas empresas de la droga se van formando redes clandestinas que también forman parte de la cadena de la droga, pues son las que permiten el contacto entre empresas que

99 Pontón, "La economía del narcotráfico y su dinámica en América Latina" art. cit., p. 138.

se enfocan en la producción y otras en la comercialización. Si entramos más en detalle, "unos financian los narcocultivos, otros se ocupan del procesamiento de la hoja de coca, otros del tráfico de insumos químicos, y otros controlan las rutas para sacar la droga del país"[100].

Por tanto, estamos ante una economía ilegal altamente rentable que opera a nivel global. En este sentido, Pontón, manifiesta lo siguiente:

> Estados Unidos sigue siendo el principal centro consumidor de drogas a nivel mundial hasta nuestros días y, por lo tanto, un mercado muy rentable para cualquier agrupación criminal. De acuerdo con el informe de la Unodc (2012), América del Norte (encabezada por Estados Unidos) lidera el consumo mundial de cocaína y opioides con un 30,8 % y 40 %, respectivamente, de la población consumidora total. En el caso de la cocaína —droga de particular interés para este trabajo— le sigue en consumo Europa, con un 25, 7 %; África con 17,1% y América del Sur con 11,4 %[101].

100 López Villanes y Vizcarra Castillo, "La cadena de valor de la cocaína: un análisis georreferenciado del VRAE", art. cit., p. 80.

101 Pontón, "La economía del narcotráfico y su dinámica en América Latina", art. cit., p. 140. Es importante destacar que el consumo de cocaína en los principales centros de consumo ha sufrido modificaciones importantes desde finales de los años noventa, así lo refiere el referido autor: "Según Onudd (2011), en el año 1998 el consumo de cocaína en Estados Unidos bordeaba las 267 toneladas métricas. Diez años después, en 2008, el consumo se redujo a 165 toneladas métricas aproximadamente, lo que equivale a una disminución de casi el 40 %. Esta reducción significó que, en ese país, en un periodo de 10 años, se pasó de un aproximado de 134 000 millones de dólares en 1998 (a valores constantes 2008) a 37 000 millones en 2009. Esta caída constante del consumo de cocaína en Estados Unidos ha generado impactos importantes en la tendencia del consumo de cocaína anual a nivel mundial. En la década de los noventa, Estados Unidos representaba el 70 % del total del consumo mundial, mientras que en el 2009 este consumo bajó al 30,8 % aproximadamente. Varias han sido las interpretaciones de este cambio en la demanda. Entre ellas se destacan la priorización de la 'guerra contra las drogas de Estados Unidos', fundamentada en el control de rutas de narcotráfico, que han aminorado la entrada de cocaína a ese país y las políticas de prevención, tratamiento y rehabilitación del consumo que pudieron haber incidido en la disminución de la demanda de cocaína en ese país".

2. El narcotráfico y el crimen organizado: violencia y corrupción

Como advierte Cornejo, el tráfico ilícito de drogas es una de las perversas caras con la que se muestra el crimen organizado; su estructura se basa en distintos niveles y jerarquías, que va desde los jefes y financistas hasta los eslabones más bajos de la cadena: los encargados de transportar y distribuir la droga. Una de las características más notables del tráfico es la superación de las fronteras nacionales por parte de sus personeros y el aprovechamiento de la economía globalizada, no solo para distribuir la droga, sino para el lavado de ingentes activos procedentes de esta abyecta actividad. Caracteriza al tráfico ilícito de drogas la actividad delictiva transnacional, por cuanto existen países productores de droga y países de tránsito y centro de distribución y consumo, debiéndose poner de relieve que esta división no resulta tajante, ya que, a su vez, en cada uno de estos países ese circuito puede quedar completado[102].

En este sentido, García Iglesias realiza la siguiente observación:

> [E]l narcotráfico es una variedad del crimen organizado que consiste en la producción, distribución, venta y consumo, normalmente a gran escala, de drogas, adictivas o no, de manera ilegal, con el fin de obtener beneficios económicos. Estas drogas o estupefacientes suelen tener consecuencias negativas para la salud y están prohibidas en la mayoría de los países del mundo. Los grupos ilegales, mafias, cárteles y grupos narcotraficantes son los que se encargan de desarrollar esta actividad y suelen tener presencia internacional y ostentan muchas veces un poder similar al de algunos gobiernos"[103].

Según Naím, el narcotráfico es un problema global en el que todos los actores, incluidos los Gobiernos, forman parte ya sea de forma directa

102 Cornejo, Abel, *Estupefacientes*, 2.ª ed., Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2009, p. 129.

103 García Iglesias, José Carlos, "El crimen organizado y el narcotráfico en el panorama internacional", p. 14. Recuperado de <https://bit.ly/2R1wLvQ>. En el mismo sentido, Castells, Manuel, *La era de la información: fin del milenio*, Madrid: Alianza Editorial, 2006, p.207.

o indirecta. En el actual negocio de la droga se ha producido un salto cualitativo en su organización. Las antiguas mafias han dejado paso a un modo de operar basado en células, mucho más ágiles y difíciles de rastrear. Sin menospreciar que las drogas han penetrado en prácticamente todos los sectores sociales, desde los de menor poder adquisitivo, como jóvenes y estudiantes, hasta los círculos empresariales y altas esferas[104].

Para entender el crecimiento del crimen organizado, en especial del narcotráfico, deben considerarse los aportes de García Iglesias:

> [S]u condición de actor transnacional, que ha sabido aprovechar con mayor destreza y eficiencia los vericuetos de la globalización. En contraposición, el Estado posee un territorio demarcado y limitado. El margen de actuación e influencia de sus Gobiernos está más definido y delimitado. La movilización de su aparato burocrático y de seguridad es más lenta y pesada. Por el contrario, las redes criminales son, en efecto, redes con gran capacidad de maniobra debido a su flexibilidad y agilidad. Sin olvidar que, al operar fuera de la ley, prácticamente no conocen más restricciones que la de sus recursos, fuerzas y estrategia[105].

Desde la perspectiva de Larriba y Vidales, se está produciendo un cambio importante en la estructura de las organizaciones de tráfico ilícito de drogas, donde los grandes carteles de la droga se han convertido en redes delictivas informales, integradas en el ámbito de la criminalidad organizada transnacional, las cuales operan coordinadamente. Para estas autoras los cambios fundamentales en el tráfico de drogas mundial se dan de la siguiente manera:

> El primero es la transición desde el tradicional comercio ilegal de drogas llevado a cabo por redes jerárquicamente estructuradas con una marcada identidad étnica y social —por ejemplo, los cárteles colombianos o mexicanos—, hacia un entorno en el que redes delictivas informales, integradas en el ámbito de la criminalidad organizada transnacional, trafican con drogas de un modo más rápido y seguro,

104 Naím, Moisés, *Ilícito*, Barcelona: Mondadori, 2006, p. 97.

105 García Iglesias, "El crimen organizado y el narcotráfico en el panorama internacional", art. cit., p. 11.

> con el consiguiente aumento en los beneficios obtenidos por ese comercio ilegal. El segundo gran cambio al que nos queremos referir es el relativo a la expansión del tráfico de drogas, fundamentalmente en dos sentidos. De un lado, por el modo en el que el narcotráfico se está expandiendo en términos geográficos hacia nuevas regiones como África subsahariana y Afganistán. Y de otro lado, por la creciente expansión del narcotráfico en términos cualitativos, esto es, en la producción y el consumo[106].

En el mismo sentido, Schiray manifiesta que:

> El tráfico de drogas, en un determinado nivel de las transacciones, está organizado hoy en gran medida por grupos o redes delictivas muy polivalentes. Puede darse una cierta especialización durante algún tiempo, pero, por lo general, esta actividad se presenta asociada con otras actividades ilegales y delictivas, con las que se complementa. El comercio de drogas es una oportunidad más de obtener ganancias, pero ha sido especialmente lucrativo a lo largo de los últimos decenios, al aumentar el consumo de estos productos. Las asociaciones que se establecen son diferentes según los lugares y regiones[107].

En suma, en la actualidad el ciclo de la cadena productiva de las drogas ilícitas se encuentra dominado por redes transnacionales de organizaciones criminales que actúan coordinadamente para producir la droga desde los países productores hasta los "usuarios" finales en los países consumidores; claro que esta distinción no es absoluta, pues en un solo país puede darse todo este proceso, pero se advierte la tenencia que los países ricos absorben la mayor demanda de drogas ilegales. Además, es de observar que el "proceso o ciclo de la droga" ya no está dominado por una única organización criminal fuerte ("cartel"), sino por múltiples organizaciones nacionales, regionales y transnacionales, que actúan de

106 Larriba Hinojar, Beatriz y Caty Vidales Rodríguez, "Tráfico de drogas y crimen organizado: jaque a la seguridad nacional", pp. 3 y 4. Recuperado de <https://bit.ly/2Crg0WH>.

107 Schiray, "Introducción: tráfico de drogas, organizaciones delictivas y políticas públicas de fiscalización", art. cit., p. 12.

forma coordinada. Existe así una suerte de división internacional del trabajo, pues existen países productores de droga y países de tránsito, así como centros de distribución y consumo donde las redes criminales interactúan encargándose de uno o algunos de esos ciclos productivos de droga ilegales.

La presencia del crimen organizado en el control del mercado ilegal de drogas genera violencia a gran escala. Así, la Fundación de Ideas para la Paz observa lo siguiente:

> [L]a ampliación del régimen internacional de control de las drogas terminó desembocando en la aparición de fenómenos como el crimen organizado, cuya lucha ha cobrado la vida de millones de personas y ha demandado cuantiosos recursos que podrían ser aprovechados en otros sectores neurálgicos como la salud y la educación. Además, ha inducido a la estigmatización de los consumidores. Esta dinámica ha sido particularmente recurrente en regiones como América Latina y Asia, donde se ubican algunos de los mayores productores de sustancias como la cocaína (Colombia) y el opio (Afganistán). Allí persisten graves situaciones de conflicto interno desde hace varias décadas asociadas al negocio de las drogas ilícitas (en Colombia se calcula que la producción de narcóticos cobra la vida de entre 4000 y 7000 personas anualmente) y es donde se han concentrado los mayores esfuerzos coercitivos en el marco de la guerra contra las drogas[108].

En países como México los narcotraficantes han sido tolerados por las élites nacionales y locales, como se señala el siguiente caso:

> No debemos olvidar que las actividades de los narcotraficantes han sido durante mucho tiempo no solo toleradas, sino aceptadas e incluso valoradas por todo un sector de las elites, así como de la clase media y los sectores populares. Adicionalmente, el enriquecimiento ligado al narcotráfico ha sido considerado durante mucho tiempo como una manera legítima de ascenso social o de enfrentar las situaciones

108 Fundación Ideas Para la Paz, "Solución al problema de las drogas", art. cit., p. 16.

> socioeconómicas precarias que se registran en este mundo[109]. Desplegándose una suerte de alianza incluso entre sectores del Gobierno y el crimen organizado, diversas investigaciones muestran que durante la segunda mitad del siglo xx ni los altos responsables políticos ni los de la Policía buscaron erradicar verdaderamente el crimen organizado. Por el contrario, trataron de controlarlo y contenerlo a través de la corrupción y la negociación con las redes delincuenciales. Su objetivo era doble: enriquecerse personalmente y utilizar a los criminales como secuaces para las operaciones policiales de base contra los opositores al Partido Revolucionario Institucional (PRI)[110].

En México se produce una convivencia entre la economía legal e ilegal, asímismo, se evidencia lo siguiente:

> Dos fenómenos contribuyeron mucho a esa connivencia entre la economía legal y la ilegal: la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y las transformaciones de los canales de introducción de la cocaína en Estados Unidos. La firma del TLCAN tuvo como consecuencia un aumento en el tráfico de camiones entre México y EEUU para transportar productos fabricados en las maquiladoras o mercancías agrícolas. Además, los efectos de la política antidrogas llevada a cabo por EEUU junto con Colombia fueron dobles: volvieron más difícil la introducción de cocaína a través de la Florida y las islas del Caribe, y debilitaron a los carteles colombianos, que se desmembraron en entidades más pequeñas y menos poderosas. Una vez que su país se convirtió en un punto de paso obligado, los transportistas mexicanos se volvieron los actores dominantes del mercado. Este nuevo contexto llevó a un boom de la economía de la droga tanto en las zonas productoras de opio, marihuana y drogas sintéticas como en las zonas de paso entre México y EEUU[111].

---

109 Bataillon, Gilles, "Narcotráfico y corrupción: las formas de la violencia en México en el siglo xxi", en *Nueva Sociedad,* n.° 255, enero-febrero del 2015, p. 56.

110 Bataillon, "Narcotráfico y corrupción: las formas de la violencia en México en el siglo xxi" art. cit., p. 58.

111 *Ibid.*, p. 60. El comercio minorista de drogas también necesita distribuidores en Estados Unidos y México en los más variados medios sociales. Hay además un engranaje de abogados penalistas talentosos que trabajan para el crimen organizado. Finalmente, se suman los profesionales de la economía y las finanzas:

Al respecto, Bataillon, observa lo siguiente:

> [E]n el caso de la Policía Federal, de los oficiales del Ejército, de las aduanas y del control del tráfico aéreo. Las élites económicas tradicionales también se han beneficiado enormemente del negocio de la droga. No son pocos quienes han trabajado en el lavado de dinero o participado con plenitud, sin cuestionárselo, en las "actividades de refuerzo". A las clases populares, el trabajo ocasional de tráfico a EEUU y muchas otras pequeñas tareas les han permitido ya sea superar los avatares de la fortuna o bien mejorar sus ingresos y participar en el mundo del consumo de electrodomésticos, motocicletas o automóviles[112].

Sin llegar a esos niveles de descomposición social y penetración de narcotráfico en la sociedad y política peruana, el TC se refiere al poder corruptor del tráfico ilícito de drogas asociado al crimen organizado, socavando las propias bases del Estado de derecho:

> [S]e trata de una actividad ilícita en la que sus miembros, haciendo gala de su poder corruptor, influencias y suficientes recursos económicos, impiden que sus organizaciones sean descubiertas y sus integrantes identificados. Es pues el poder económico de estas organizaciones lo que les permite corromper a las fuerzas del orden y a la administración de justicia, a los miembros del sistema policial y judicial y a la policía, y atentando contras las personas y los bienes públicos y privados; este poder les permite también a través de artilugios, alterar el orden legal, a fin de evitar sanciones (los miembros de estas organizaciones, especialmente quienes las dirigen y controlan permanecen en la clandestinidad, pues ocultan sus verdaderas identidades), y cooptar los órganos del poder político con el propósito de manipular las decisiones o de orientarlas hacia rumbos que favorecen su accionar delictivo[113].

---

los bancos y las casas de cambio, y también la industria de la construcción, que tanto en México como en Estados Unidos han hecho y continúan realizando excelentes negocios. *Ibid.*, p. 61.

112 *Ibid.*, p. 62.

113 Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 04750-2007-PHC/TC*, f. j. n.° 7, Lima: 9 de marzo del 2008; Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 03154-2011-PHC/TC*, f. j. n.° 5, Lima: 23 de octubre del 2012.

En esa línea también destaca el Informe Final de la Comisión Especial Investigadora Multipartidaria encargada de investigar y determinar la influencia del narcotráfico en los partidos políticos y movimientos regionales y locales del Congreso de la República, donde se afirma que:

> Existe una influencia persistente, desordenada, informal y creciente; sin embargo, aún no hegemónica del narcotráfico en los partidos políticos y, principalmente, en los movimientos políticos regionales y locales, estos se convierten progresivamente en instrumentos importantes para la cooptación del Estado y el acceso y ejercicio de poder y decisión en los diferentes sectores y niveles de gobiernos, en función de sus intereses particulares. En perspectiva, cuando esta influencia se convierta en hegemónica estaremos asistiendo a la institucionalización del narcoestado[114].

También se señala el involucramiento de funcionarios públicos civiles y militares en actividades del narcotráfico, y el fracaso en general de la estrategia de lucha contra el narcotráfico:

> [E]s evidente el fracaso de las políticas y estrategias de lucha contra el narcotráfico, los gobiernos sucesivos no han mostrado resultados que den cuenta de algún avance, ni existen indicadores claros de medición de los resultados. Por el contrario, el involucramiento de funcionarios públicos civiles y militares en actividades del narcotráfico ha sido creciente y persistente en las últimas décadas. En estas condiciones, la evasión de los mecanismos de fiscalización y control se ha convertido en el cuello de botella del proceso[115].

3. La política de reducción de daños: hacia una nueva política criminal en materia de tráfico ilícito de drogas

Frente al fracaso del modelo prohibicionista, siguiendo a Uprimny, Chaparro y Cruz, se incide en la necesidad de replantear la política criminal y la estrategia para afrontar el tráfico ilícito de drogas a través

114 Comisión Especial Investigadora Multipartidaria, *Informe final*, t. I, Lima, 2015, p. 11.

115 Comisión Especial Investigadora Multipartidaria, *Informe final*, ob. cit., p. 12.

de una *política de reducción de daños* desarrollado en varios países europeos, como un conjunto de políticas, programas y prácticas que tienen el propósito de minimizar las consecuencias negativas del uso de drogas, tanto en el impacto de las sustancias, como en las consecuencias de la sanción social y estigmatización sobre los consumidores. En la última década esta perspectiva se ha extendido a programas en ciudades de Brasil, Canadá y Colombia, que plantearon un acceso a servicios de salud para la población en condición de vulnerabilidad por razones del consumo, ya sea de cocaína fumable, heroína, *crack* o inhalantes, a través de estrategias denominadas de "bajo umbral" o fácil acceso[116].

En esa línea Gamella sostiene lo siguiente:

> Como contrapartida se ha ido abriendo camino en la última década otra opción, que caracteriza, con muchas variaciones, una creciente porción de Europa occidental, Australia y Canadá. En esta alternativa, se participa en el sistema de control internacional, pero se ha avanzado notablemente hacia la despenalización del consumo de varias o todas las drogas ilegales, y se abre camino una orientación, entre resignada y convencida, hacia la reducción de daños, es decir, aceptar la inevitabilidad del consumo y dedicar esfuerzos a que se realice en las mejores condiciones y circunstancias posibles.
>
> En este modelo, por tanto, se entiende, que hay que establecer una separación entre tráfico y consumo, entre el sector de la oferta y demanda. Por otro lado, el sistema penal y policial distingue entre unas drogas y otras según la peligrosidad que atribuye a su consumo. Y también entre sectores del mercado que resultan diferencialmente peligrosos.
>
> Esta orientación pragmática anima los programas de sustitución de las drogas deseadas por los consumidores habituados por otras que ofrecen ventajas respecto al control social o a la forma de administración, como ocurre con la metadona respecto a la heroína. Y también, la dispensación directa de las drogas deseadas, como en la dispensación experimental de dispensación de heroína en Suiza, Holanda y España, o el retorno del Reino Unido a este sistema que ya utilizó entre 1930 y

116 Uprimny, "La regulación de las drogas ilícitas reducir los daños de las políticas para contener los posibles daños de las sustancias", art. cit., p. 60.

> 1967 y que podría extenderse a otras drogas de amplia demanda como ciertos derivados anfetamínicos.
>
> También se concede gran énfasis en este modelo, tanto a nivel retórico como de políticas públicas a las inversiones en "tratamiento" de drogodependientes y en la "prevención" del consumo, generalmente basada en esfuerzos publicitarios y en programas escolares de formación e información[117].

En Estados Unidos algunos Estados de la Unión también han adoptado una política criminal de control de daños, legalizando algunas drogas blandas que han provocado el efecto de "quitarle el negocio al crimen organizado"; así, se advierte lo siguiente:

> [E]n Estados Unidos, por ejemplo, que históricamente ha sido el principal defensor del prohibicionismo en su forma más represiva, se han empezado a dar muestras de flexibilización en su postura al no bloquear iniciativas locales para la despenalización del uso recreativo de la marihuana como ya sucedió en los estados de Colorado, California y Washington"[118].

En el mismo sentido, Uprimny, Chaparro y Cruz sostienen que:

> A partir de la premisa de que capturar a todos los consumidores de marihuana era un exabrupto, en los años sesenta los Países Bajos realizaron una reforma pionera en la política internacional sobre el control de la marihuana. De la "tolerancia cero" pasaron a permitir que lugares denominados *coffee shops* vendieran marihuana sin que las autoridades lo consideraran ilegal. Pero esta precaria regulación se manifestó en una paradoja: los proveedores y propietarios de los *coffee shops,* que están obligados a pagar impuestos por la venta al por menor de marihuana en estos lugares, sí podrían ser procesados por transportar la sustancia y comprarla al por mayor, ya que ante la

117 Gamella, "Prohibición, despenalización, legalización. Tres modelos en el control jurídico y político de las drogas ilegales", art. cit., p. 5.

118 Fundación Ideas Para la Paz, "Solución al problema de las drogas", art. cit., p. 16.

ausencia de un mercado legal para abastecer sus negocios tenían que abastecerse en la ilegalidad[119].

América Latina no ha sido ajeno a este viraje en la política-criminal para el abordaje del fenómeno del tráfico ilícito de drogas, así, por ejemplo, la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia emitió un informe basado en el trabajo de científicos y especialistas, en el que recomienda reformar las políticas de drogas en América Latina. En febrero del 2009, la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, creada por los expresidentes Fernando Henrique Cardoso (Brasil), César Gaviria (Colombia) y Ernesto Zedillo (México), presentó una declaración en la que evaluaba el impacto de las políticas de la "guerra contra las drogas" y formulaba recomendaciones para elaborar estrategias más eficientes, seguras y humanas. Blickman y Jelsma destacan que las propuestas implican un cambio profundo de paradigma, e instan a examinar críticamente el enfoque prohibicionista impulsado por Estados Unidos, y analizar las ventajas y los límites de las políticas de reducción de daños implementadas en la Unión Europea.[120] Bajo esa misma lógica estos autores plantean algunos principios rectores originales del nuevo paradigma presentado por la comisión:

1. *Con base en pruebas.* Los cambios deberían basarse en una evaluación científica de la eficacia de las políticas, y no en principios ideológicos. Existen numerosos estudios que indican qué políticas funcionan y cuáles no, lo cual constituye un cuerpo de conocimientos que se debería tener en cuenta.
2. *Diferenciación.* Es necesario diferenciar entre sustancias y patrones de uso. Los riesgos sanitarios asociados al consumo de cannabis no son los mismos que los relacionados con la inyección de heroína o el consumo de crack. Es necesario considerar también la distinción entre plantas naturales y sus derivados concentrados: por ejemplo,

119 Uprimny, "La regulación de las drogas ilícitas reducir los danos de las políticas para contener los posibles danos de las sustancias", art. cit., p. 62.

120 Blickman, Tom y Martín Jelsma, "La reforma de las políticas de drogas. Experiencias alternativas en Europa y Estados Unidos", en *Nueva Sociedad,* n.° 222, julio-agosto del 2009, p. 82.

la coca, en su estado natural, puede ser beneficiosa para la salud, mientras que el consumo de su alcaloide (cocaína) puede generar problemas. Pero además hay una diferencia sustancial entre usos recreativos y patrones de uso más problemáticos.

3. *Reducción de daños.* Es imposible pensar en un mundo sin drogas. Por eso, la ideología de la "tolerancia cero" debe sustituirse por el principio de reducción de daños, un enfoque más pragmático tendiente a manejar los daños asociados con las drogas en la medida de lo posible, tanto para el consumidor como para la sociedad en general.
4. *Flexibilidad.* Se deben tener en cuenta las diferencias socioculturales. El sistema actual se encuentra demasiado influenciado por los intereses del Norte. Las normas establecidas a escala mundial deberían dejar mayor margen de maniobra y permitir a cada país ajustarlas a sus leyes nacionales y proteger los derechos de las comunidades indígenas que conservan sus prácticas y costumbres tradicionales.
5. *Derechos humanos y proporcionalidad.* El control de drogas debería demostrar un pleno respeto de los derechos humanos, lo que significa que cualquier pena debe ser proporcional al delito. Ejemplos de desproporción serían, entre otros, el castigo a los usuarios por el mero hecho del consumo, la erradicación forzosa contra campesinos que no tienen otra fuente de ingresos o las duras sentencias penitenciarias contra pequeños traficantes, así como la pena de muerte por delitos de drogas.
6. *Desarrollo.* La erradicación de la pobreza y el hambre constituyen el principal Objetivo del Milenio de Naciones Unidas y, por lo tanto, deben tener una clara prioridad. Las medidas de control de drogas nunca deberían generar más pobreza y más hambre, como sucede actualmente con la erradicación forzosa.
7. *Participación de la sociedad civil.* Es necesario incluir en la formulación de la política a todos los actores involucrados: campesinos, usuarios, profesionales de la sanidad y ONG locales e internacionales. Es la única manera de asegurar que dichas políticas estén basadas en la práctica y que funcionen[121].

121 Blickman, "La reforma de las políticas de drogas. Experiencias alternativas en Europa y Estados Unidos" art. cit., pp. 83 y 84.

En esa medida, como resultado de este nuevo enfoque, en diversos países se han adoptado programas de suministros controlados de dosis de drogas duras como la heroína, así como salas especiales para consumo de drogas, existen unas 65 salas para consumo en Suiza, los Países Bajos, Alemania, Luxemburgo, España y Noruega, además de dos proyectos piloto en Australia y Canadá. Asimismo, en muchos países el consumo personal no es un delito; es decir, se encuentra descriminalizado, En efecto, la tenencia de pequeñas cantidades de drogas para el consumo personal está totalmente descriminalizada, mientras que en otros las penas se redujeron o simplemente no constituyen una prioridad en la aplicación de las leyes.[122] En cuanto a la marihuana, BLICKMAN y JELSMA sostienen que en la actualidad se han generado varios regímenes sobre el tratamiento de esta droga blanda, sin embargo, ni siquiera los regímenes alternativos más audaces incluyen la legalización explícita del cultivo, la producción o la distribución del cannabis, que violaría claramente las disposiciones de las convenciones internacionales.[123] Así, estos autores describen estos regímenes de la siguiente manera:

> [Se] identifica tres tipos de regímenes alternativos. El primero —prohibición con advertencia o programa de rehabilitación (despenalización)— se aplica con algunas variantes en Francia, Australia, Canadá, Gran Bretaña, Brasil y algunas ciudades y estados de EEUU. El segundo —prohibición con penas civiles (descriminalización)— está vigente en Bélgica, Italia, la República Checa, Portugal, Dinamarca y Australia. El tercero —prohibición parcial (incluida la legalización de facto, por ejemplo, la prohibición con "principio de conveniencia", y la legalización de iure)— se encuentra presente en los Países Bajos, Alemania, Austria, España, varios estados de EEUU, Colombia, Suiza y la India. La cuarta categoría, el uso de marihuana bajo control médico, se considera un caso especial, presente sobre todo en América del Norte y algunos países de Europa. El uso médico es diferente de los otros modelos, basados en el uso recreativo[124].

122 *Ibid.* p. 88 y ss.

123 *Ibid.*, p. 94.

124 *Loc. cit.*

En Uruguay se aprobó la Ley N.° 19172, que, según GARAT, supone un nuevo marco regulatorio y paradigma interpretativo que buscó privilegiar el abordaje sociosanitario sobre el penal, propiciando nuevos modos de relación entre los usuarios de drogas, el sistema de salud y el educativo. Para este autor las disposiciones de esta ley se pueden resumir de la siguiente manera:

1. Se establece la creación del Instituto de Regulación y Control del Cannabis (IRCCA) para fiscalizar los cultivos, la cosecha, distribución y comercialización en relación con la fijación de las políticas que proponga la Junta Nacional de Drogas.
2. Para el cultivo en el hogar (autocultivo responsable) se permite hasta seis plantas de cannabis de efecto psicoactivo y la posesión de 480 gramos de marihuana por persona.
3. Se crean los clubes de membresía donde se permite a un conjunto de usuarios asociados plantar solidariamente (45 personas como máximo), solicitando la autorización del IRCCA.
4. El IRCCA otorgará licencias para producir, elaborar, acopiar y expender cannabis, además de vigilar el cumplimiento de las disposiciones y establecer multas y penas en caso de infracciones.
5. El Sistema Nacional de Educación Pública deberá disponer políticas para la promoción de la salud y prevención (capacitación e información) del uso indebido de cannabis.
6. El Sistema Nacional Integrado de Salud desarrollaría dispositivos pertinentes para prevenir el uso problemático de marihuana y brindar una adecuada atención a los usuarios que lo requieran. Con los recursos obtenidos se espera mejorar los centros de atención para usuarios problemáticos de drogas.
7. Creación de una Unidad Especializada en Evaluación y Monitoreo para emitir informes anuales sobre la puesta en práctica de la eventual ley[125].

En suma, el Estado uruguayo pasa a tener control del mercado de la marihuana, con lo cual pretende gradualmente quitarles ese control a las organizaciones criminales, controlando la adicción y erradicando

125 GARAT, Guillermo, "Un siglo de políticas de drogas en Uruguay", p. 12. Recuperado de <https://bit.ly/2RT45Gx>.

la criminalidad asociada al consumo falta ver los efectos de la ley y si logra cumplir con sus objetivos.

Con todo, en estas experiencias de control de daños, suministro controlado de drogas duras, clubes de cannabis, y creación de mercados legales de venta controlada de algunas drogas blandas como la marihuana, se evidencia la imposibilidad legal de una completa despenalización de las sustancias controladas contenidas en las listas contenidas en los convenios internacionales, de las que la mayoría de países son signatarios, en esa medida, una despenalización de ciertas sustancias pasa necesariamente por la enmienda o modificación de las listas, que supone un proceso complejo. En virtud de ello, la Oea advierte lo siguiente:

> Los países en general entienden que la total legalización de cualquier droga cubierta por las convenciones violaría el derecho internacional y esto puede restringir las políticas nacionales sobre drogas. Por ejemplo, en general se cree que el Gobierno de los Países Bajos algunas veces ha considerado legalizar la marihuana, pero no lo ha hecho porque es signatario de las convenciones internacionales. La Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE), el órgano cuasijudicial de 13 representantes encargado de establecer los niveles de producción de analgésicos que figuran en los diferentes listados de los convenios y de hacer cumplir las convenciones, puede recomendar embargos contra la producción lícita de drogas para fines médicos en un país, si ella determina que ese país está violando los tratados internacionales sobre drogas. Esta medida nunca ha sido puesta en práctica.
>
> Los cambios en las convenciones internacionales, incluyendo sus listados, son posibles por medio de la modificación o enmienda. La modificación incluye la adición, el cambio o la eliminación de sustancias en el listado por mayoría simple en la Comisión de Estupefacientes, en consulta con la Organización Mundial de la Salud para sustancias controladas por la Convención Única de Estupefacientes o el Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas. La Junta Internacional de Fiscalización, también por mayoría, puede hacer recomendaciones a la Comisión de Estupefacientes en relación con la modificación de los precursores enumerados en la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. El proceso de enmienda implica un cambio

> formal de las disposiciones de los tratados. Cualquiera de las partes puede proponer una enmienda a cualquiera de los tratados. Si ninguna parte objeta una enmienda en un plazo de 18 a 24 meses después de su circulación, dependiendo del tema de la enmienda propuesta, en tal caso la enmienda es aceptada y entra en vigor[126].

En esa medida, resulta posible la creación de mercados legales de venta controlada de drogas blandas, pero no resulta ajustada a la normativa internacional una despenalización total de las sustancias controladas por los tratados internacionales sobre la materia. Queda abierta la discusión sobre la necesidad de reformar el modelo de listas de las Convenciones internacionales sobre tráfico ilícito de drogas, para rediseñar la política-criminal prohibicionista por una que ponga el acento en el control de daños. Blickman y Jelsma, al respecto, hacen la siguiente reflexión:

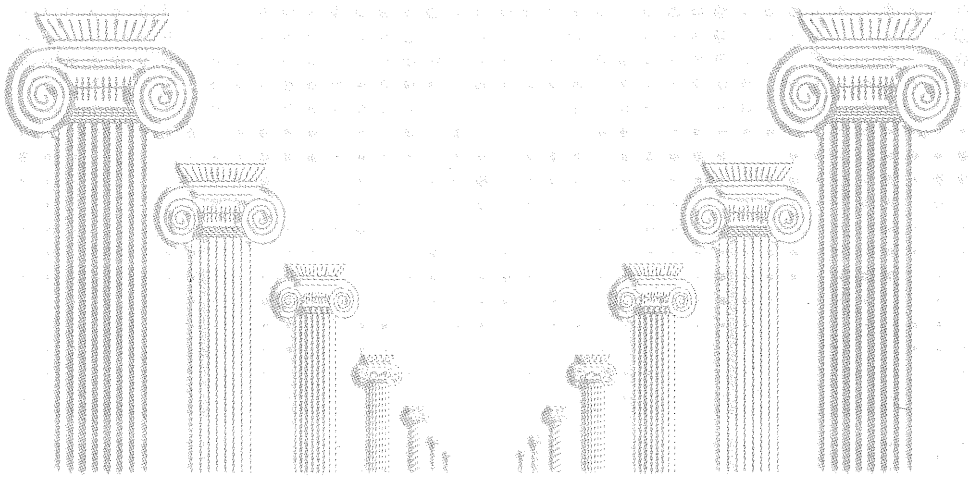
> A 50 años de su puesta en vigencia, es hora de modernizar el sistema y establecer una Convención Única coherente, que reemplace los actuales tratados. Las convenciones no son sagradas; por el contrario, hoy constituyen instrumentos anacrónicos repletos de contradicciones. Como se señaló en el primer Informe Mundial sobre las Drogas de 1997: "las leyes, e incluso las convenciones internacionales, no están escritas sobre piedra. Pueden modificarse cuando la voluntad democrática o las naciones deseen hacerlo[127].

126 Organización de los Estados Americanos, *El problema de las drogas en las Américas: estudios, drogas y salud pública*, Washington: OEA, pp. 11 y 12.

127 Blickman, "La reforma de las políticas de drogas. Experiencias alternativas en Europa y Estados Unidos", art. cit., p. 103.

CAPÍTULO II

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS



El ejercicio del *ius puniendi* estatal solo se justifica si se defienden bienes jurídicos esenciales para la convivencia pacífica de una sociedad, este límite a la actuación penal del Estado se refuerza en los delitos de tráfico ilícito de drogas que tienen uno de los conjuntos de pena conminada más alta de la legislación penal nacional. Así, las figuras básicas tienen una pena conminada de ocho a quince años de pena privativa de la libertad las figuras agravadas, de quince a veinticinco años; y si el agente del delito actúa en calidad de dirigente o cabecilla de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas, la pena fluctúa entre veinticinco a treinta y cinco años de pena privativa de libertad, la cual es una de las penas más altas que puede imponer el ordenamiento jurídico penal peruano, por lo que resulta indispensable establecer la justificación jurídica y político criminal de esta fuerte represión penal.

Entonces, el legislador al momento de determinar cuál es el objeto de protección de la norma penal tiene que guardar una rigurosa observancia de los valores superiores del ordenamiento jurídico plasmados en la Constitución, de tal manera que no puedan crearse figuras delictivas que atenten contra principios como los de la libertad, la justicia y la igualdad, o que vulneren derechos fundamentales del ciudadano. Un legislador, que en el ejercicio del *ius puniendi* ignore tales valores, principios y derechos fundamentales, estará totalmente deslegitimado, y las figuras delictivas que pudiese crear como producto de su arbitrario proceder trastocarían los cimientos que hacen posible la pacífica convivencia de los ciudadanos en sociedad.

Por su ubicación sistemática dentro de los códigos penales en el derecho comparado, donde suele ubicarse dentro de los delitos contra la salud pública; por los valores recogidos en el Preámbulo de la Convención de Viena de 1988, donde se dice que el tráfico ilícito de drogas constituye una grave amenaza a la salud y el bienestar de los seres

humanos; y por las características del objeto sobre la cual recae la conducta, drogas tóxicas que causan grave daño a la salud de una persona, la doctrina suele identificar como bien jurídico, tutelado en los delitos de tráfico ilícito de drogas, a la salud pública. Siendo que la protección de la salud de los ciudadanos se encuentra recogido en el art. 7 de la Constitución, mientras que el art. 8 de la Carta Política prescribe la obligación del Estado de combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas.

Estas regulaciones del interés salud pública en el texto constitucional y en los tratados internacionales sobre la materia, nos muestran un indicio de la legitimación del derecho penal para la represión de los delitos de tráfico ilícito de drogas, pero antes de entrar en esta materia debemos tener en cuenta que la salud pública se presenta, además, como un interés legítimo de protección de naturaleza colectiva. Como se sabe, tradicionalmente el bien jurídico surge para proteger interés de naturaleza individual (concepción propia de la denominada teoría monista), y es en las últimas décadas, por los nuevos requerimientos sociales y la constitucionalización de interés colectivos o difusos, que el derecho penal amplía la noción de bien jurídico para dispensar tutela penal también a este tipo de intereses (posición conocida como la teoría dualista).

En ese marco, la salud pública al presentarse como un bien jurídico supraindividual, cuya titularidad no corresponde a un individuo en específico, sino a una colectividad, ha generado que en la doctrina se discuta cuál es el alcance de este concepto, esto es, entender la salud pública como la suma de las saludes individuales o como un concepto autónomo. Esta discusión tiene importantes consecuencias prácticas, pues de ello dependerá si en la construcción de los tipos penales se exige la lesión concreta del bien jurídico o su simple puesto en peligro.

Si optamos por considerar que basta la mera puesta en peligro del bien jurídico para considerar la configuración del delito, tendríamos que afirmar que la naturaleza jurídica de los delitos de tráfico de drogas es de delitos de peligro, lo que supone adoptar un adelantamiento de las barreras de protección al momento mismo en que se origina el peligro para el bien jurídico, o en el que surge la conducta peligrosa, anticipando,

así, la consumación del delito a fin de evitar que la efectiva lesión del objeto de tutela llegue a verificarse.

Siendo así, cuatro cuestiones resultan trascendentes al momento de delimitar el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de drogas, cuestiones que buscan ser dilucidadas en este capítulo: a) ¿Ha sido adecuada la selección de la salud pública como bien jurídico tutelado en los delitos de tráfico ilícito de drogas?, b) ¿En qué medida la salud pública responde a las características de los bienes jurídicos supraindividuales?, c) ¿cuál de los tres esquemas teóricos —sobre la naturaleza de los bienes jurídicos supraindividuales— encaja mejor para explicar la naturaleza jurídica del bien jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de drogas?; y, d) ¿Los delitos de tráfico ilícito de drogas adoptan la naturaleza de delitos de lesión o delitos de peligro?

En ese contexto, este capítulo queda estructurado en tres apartados, en el primero se examina la teoría del bien jurídico tutelado desde una perspectiva constitucional, asimismo, se examina el problema de la legitimación de los bienes jurídicos supraindividuales, sustrato teórico que nos permite afrontar los problemas planteados. El segundo apartado aborda los tres primeros problemas planteados sobre la legitimación constitucional de la salud pública como bien jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de drogas, y su configuración como bien jurídico supraindividual. Y, finalmente, el tercer apartado examina el asunto de la naturaleza jurídica de esta clase de infracciones penales como delitos de peligro abstracto, que suponen un adelantamiento —legítimo— a las barreras de punición.

I. LA TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO: LOS BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES Y SUPRAINDIVIDUALES

1. Necesidad de establecer el concepto de bien jurídico tutelado

Como nos recuerdan Falcone y Capparelli[1], la necesidad de separar el derecho y la moral, en el contexto del progresivo proceso de

1 Falcone, Roberto A. y Facundo Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho*

secularización del derecho penal, impuso, a partir de la filosofía política de la Ilustración, la noción de bien jurídico protegido. En esa medida, se impone un límite material del poder punitivo del Estado, que actúa como presupuesto de su legitimidad, que se concretiza en la prohibición de considerar como delitos comportamientos meramente inmorales, imponiendo la tolerancia jurídica de toda actitud o comportamiento no lesivo de intereses ajenos.

Con lo cual se puede afirmar que el bien jurídico se presenta como uno de los conceptos fundamentales en la construcción sistemática del derecho penal, por cuanto la función reguladora de este sector del ordenamiento jurídico tiene que inscribirse con carácter fundamental a la garantía de aquellos bienes y valores cuyo aseguramiento por el derecho no puede ser adecuado a las exigencias de la justicia por otros procedimientos jurídicos distintos a las sanciones penales.[2] Por ello, la misión esencial del derecho penal no es otra que la protección de bienes jurídicos, que, a su vez, son definidos, siguiendo a JESCHEK, como "aquellos bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedades que son, por tanto, merecedoras de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública"[3].

El bien jurídico es considerado por BIRNBAUM[4], creador del concepto, como "cualquier bien que debe ser tutelado por el Estado, siempre que esta tutela general no pueda ser realizada más que mediante la amenaza de una pena determinada". Para MIR PUIG[5], un bien es una

---

penal, Buenos Aires: Villela, 2002, p. 33.

2 CÁLIX VALLECILLO, Carlos David, *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español*, Bogotá: Doctrina y Ley, 2010, p. 73.

3 JESCHEK, H, *Tratado de derecho penal. Parte general*, traducido y editado por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1999, p. 9.

4 Citado por FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 1995, p. 469.

5 MIR PUIG, Santiago, "Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del Ius puniendi", en *Estudios penales y criminológicos XIV*, Santiago de Compostela: 1990, p. 204 y ss. Un bien es una situación o hecho apreciado por el derecho. El término de situación se comprende, dentro de este marco, en sentido amplio, concibiendo no

situación o hecho apreciado por el derecho. El término de situación se comprende, dentro de este marco, en un sentido amplio, pues concibe no solo objetos (corporales y otros), sino también estados y procesos, en tal sentido, un bien se considera jurídico por el hecho de gozar de protección legal. Muñoz Conde[6] precisa en ese sentido que se puede decir que los bienes jurídicos son aquellos presupuestos que, en opinión del derecho, la persona necesita tanto para su autorrealización como para el desarrollo de su personalidad.

Para Bacigalupo[7], toda selección y ordenamiento jerárquico de bienes jurídicos presupone una concepción social y, consecuentemente, también ética. La decisión del legislador de penalizar ciertos comportamientos lesivos de intereses sociales presupone que él mismo considera positivamente estos, es decir, los reputa merecedores de tutela y, además, les asigna un rango de importancia en el orden de intereses, rango del que deduce la legitimidad de protegerlos mediante una amenaza penal. La respuesta a la pregunta referente a qué es lo que en una sociedad debe tenerse por socialmente dañoso no queda reservada, ciertamente, al puro arbitrio, pero la dañosidad social concreta de un fenómeno social solo puede definirse en forma relativa, con referencia a decisiones estructurales previas.

En esa línea, Terradillos Basoco[8] refiere que una política criminal racional además de ser sólidamente fundada también ha de ser flexible en el sentido de que sea adaptable a la dinámica social, compatible, por lo tanto, con la acelerada evolución de la sociedad que incide de modo inmediato en la selección y jerarquía de bienes y valores protegidos jurídicamente, y compatible también con la coexistencia en el

---

solo objetos (corporales y otros) sino también estados y procesos.

6 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998, p. 235.

7 Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Madrid: 1999, p. 212.

8 Terradillos Basoco, Juan, "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.° 63, Madrid: 1981, p. 125.

tiempo y en el espacio de órdenes económicos, axiológicos, ideológicos, entre otros.

En el mismo sentido Durrieu[9] precisa que la ausencia de un bien jurídico despoja a la norma penal de todo contenido material, como también de toda legitimidad. De este modo, se puede afirmar que cualquier tipificación resulta imposible o bien arbitraria si no se construye sobre la base de un bien vital. El derecho no crea los bienes jurídicos, sino que los identifica y los pondera, y actúa sobre ellos tutelándolos. En ello consiste, precisamente, el principio de lesividad. Muñoz Conde y García Arán[10], a la norma penal, igual que a las demás normas jurídicas, le incumbe una función eminentemente protectora. La diferencia entre la norma penal y las demás normas jurídicas en esta matera radica en la especial gravedad de los medios empleados por la norma penal para cumplir esta misión, como y en que solo interviene o debe intervenir en los casos de ataques muy graves a la convivencia pacífica en la comunidad.

Roxin[11] precisa que el punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente solo se puede derivar de los cometidos plasmados en la Ley Fundamental de nuestro Estado de derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado.

En esa línea, Cálix Vallecillo[12] indica que el legislador al momento de determinar cuál es el objeto de protección de la norma penal

9 Durrieu, Roberto, *El Lavado de dinero en la Argentina: análisis dogmático y político-criminal de los delitos de lavado de activos de origen delictivo (Ley 25.246) y financiamiento del terrorismo*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, pp. 93 y 94.

10 Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 58-59.

11 Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. I, traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid: Civitas, 1997, p. 55.

12 Cálix Vallecillo, *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español*, ob. cit., p. 74.

tiene que guardar una rigurosa observancia de los valores superiores del ordenamiento jurídico plasmados en la Constitución, de tal manera que no pueden crearse figuras delictivas que atenten contra principios como los de la libertad, la justicia y la igualdad, o que vulneren derechos fundamentales del ciudadano. Un legislador que en el ejercicio del *ius puniendi* ignore tales valores, principios y derechos fundamentales estará totalmente deslegitimado, y las figuras delictivas que pudiese crear como producto de su arbitrario proceder trastocarían los cimientos que hacen posible la pacífica convivencia de los ciudadanos en sociedad.

Ahora bien, la selección de conductas merecedores de reproche penal deben seguir el criterio de lesividad o dañosidad a los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, así lo pone de manifiesto Bacigalupo[13] cuando expresa que los comportamientos merecedores de pena serían aquellos que produjeron un daño social, pero esta fórmula es excesivamente amplia, pues siempre cabría la posibilidad de considerar como socialmente dañoso a lo que representa una lesión de "valores éticos-sociales elementales"; por ello, el citado autor considera que la teoría, en su afán de mantener una estricta separación de derecho y moral, quiere referirse fundamentalmente a la lesión de bienes jurídicos, entonces la lesión de un bien jurídico sería, el contenido esencial de la infracción del orden jurídico que se caracteriza como delito. De ello se deduce que un principio fundamental del derecho penal es la exigencia de que todo delito constituya por lo menos la lesión de un bien jurídico.

Se habla entonces del principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos, lo que significa que el control social penal solo debe intervenir cuando ocurre lesión o peligro de lesión a bienes jurídicos concretos.[14] No cabe, por tanto, accionar este instrumento estatal de control si el comportamiento de alguien no es lesivo. El principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos, en el Estado social y democrático de derecho, constituye una clara limitación al poder punitivo del Estado

13 Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Madrid: Hammurabi, 1999, p. 212.

14 Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de derecho penal, parte general*, Madrid: Universitas, 1996, p. 82.

en la medida en que circunscribe la actuación del mecanismo represor da la tutela de bienes jurídicos relevantes, de naturaleza colectiva o individual, y a los ataques más graves de estos bienes.[15]

Como anota CALLEGARI[16], la misión principal del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, llegándose a establecer que la razón de ser de esta rama del ordenamiento jurídico se basa en la existencia misma de los bienes jurídicos, por lo que no debe haber delito sin un bien jurídico preciso y concreto. Con ello el legislador queda limitado e impedido para elaborar tipos penales que no protejan bienes jurídicos. Además de ello, deberá siempre haber una justificación plausible que justifique la creación de un tipo penal, y esta justificación deberá ser la protección de un bien jurídico determinado.

Con lo cual toda acción típica aparece orientada a la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos. Es así que el legislador describe aquellas expresiones de la vida humana que, según su criterio, encarnan la negación de los valores jurídico-sociales. En efecto, el legislador, cuando decide tipificar determinadas acciones como injustos punibles, toma siempre como punto de partida la necesidad de proteger ciertos bienes contra aquellos ataques que se consideran más intolerables[17].

El bien jurídico es el centro neurálgico no ya solo del tipo del injusto, sino también del tipo de delito. Por eso se afirma, en el plano metodológico, que el bien jurídico tiene categoría de síntesis, y que el sentido más profundo de cada tipo en particular solo se capta cuando logramos determinar el respecto bien jurídico[18]. En suma, "bien jurídico" ha sido entendido como "el interés protegido jurídicamente", Al respecto VON LISZT agrega que son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad: los intereses no los crean el ordenamiento jurídico sino la

15 CALLEGARI, André Luís, *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 109 y 110.

16 CALLEGARI, *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil,* ob. cit., p. 111.

17 RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte general,* Madrid: Civitas, 1978, p. 276 y ss.

18 CALLEGARI, *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil,* ob. cit., p. 110.

vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico. En las consecuencias, de todos modos, referir el daño social a la lesión del bien jurídico no logra grandes progresos en relación con el problema de la estricta separación entre el derecho penal y la moral. Pues la determinación de qué intereses merecen protección proviene de las concepciones de la vida social, cuyas vinculaciones con la ética o la moral son innegables. El propio von Liszt[19] lo reconocía de la siguiente manera:

> La necesidad crea la protección, y con el cambio de intereses cambian también el número y la especie de los bienes jurídicos. Por ello, las normas jurídicas están enraizadas, en última instancia, tanto en la sabiduría como en las concepciones religiosas, éticas y estéticas del pueblo y del Estado; ellas encuentran allí su sostén firme y apoyado en la tierra de allí reciben el impulso para su desarrollo.

Como anota Villavicencio[20], de acuerdo con el principio de lesividad u ofensividad, para que una conducta sea considerada ilícita no solo requiere una realización formal, sino que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado. Se le identifica con la máxima *nullum crimen sine iniuria*. El título preliminar del CP declara que "la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley" (art. IV).

El principio de lesividad no es el único límite material que legitima al Estado para calificar una conducta como delito. La pena que el derecho desea imponer a fin de proteger ciertos principios deberá ser equilibrada e imprescindible. Así, la imposición de penas deja de ser necesaria para la sociedad cuando la misión protectora puede obtenerse a través de otros medios menos perjudiciales para los derechos individuales de

19 Citado por Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Madrid: 1999, pp. 212 y 213.

20 Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2007, pp. 94 y 95.

las personas que lo que puede significar una sanción penal. Es por este último motivo que se califica al derecho penal como de *ultima ratio*[21].

De acuerdo con Mir Puig,[22] el concepto de bien jurídico se utiliza por la doctrina penal en dos sentidos: 1. En el sentido político-criminal (*de lege ferenda*) de lo único que merece ser protegido por el derecho penal (contraposición, sobre todo, a los valores solamente morales); 2. En el sentido dogmático (*de lege lata*) de objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate, afirmando que interesa el sentido dogmático de bien jurídico como "objeto de la tutela jurídica", por ejemplo, la vida, la propiedad, la libertad, el honor, etc., en cuanto el Código Penal castiga determinados ataques contra estos bienes.

Como recuerda Fabián Caparrós[23], la afirmación de un concepto social de bien jurídico, trascendente y previo al derecho, implica consecuencias de importancia crucial. Entendido de este modo, el bien jurídico se constituye en punto de partida e idea que rige el establecimiento de las distintas figuras delictivas. Por ello, la ausencia de un bien jurídico que preservar despoja a la norma penal de todo contenido material —y, con ello, también, de toda legitimidad—, de manera que cualquier tipificación resulta imposible, o bien arbitraria, si no se construye sobre la base de su preexistencia.

Sigue este autor español precisando que, el derecho no crea los bienes jurídicos, sino que los identifica, pondera su importancia y actúa sobre ellos tutelándolos. En ello consiste, precisamente, el principio de lesividad. Para que intervenga legítimamente el derecho penal no basta que haya un interés digno de protección, sino que, además, es preciso que

21 Durrieu, Roberto, *El lavado de dinero en la Argentina: análisis dogmático y político-criminal de los delitos de lavado de activos de origen delictivo (Ley 25.246) y financiamiento del terrorismo*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, p. 94.

22 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona: PPU, 1996, p. 134.

23 Fabián Caparros, Eduardo, "La fenomenología del lavado de dinero, sus efectos sobre la economía y el bien jurídico protegido", en Blanco Cordero, Isidoro *et al.*, *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial. Edición especial para el Perú*, Lima: OEA, 2014, p. 37.

no haya medios menos intensos que la pena para resolver el conflicto planteado; así toda vez que se acude a esta innecesariamente, constituiría una agresión injustificada a la esfera de libertades ciudadanas. Por ello, el Estado, en la medida en que orienta su actividad en pos del bienestar del individuo, solo debe amenazar con la pena si ello es ineludible al ámbito penal.

Queda claro entonces que la protección de un bien jurídico es un requisito indispensable para la limitación de derechos constitucionales como la imposición de sanciones penales, así el TC español, en la STC N.° 24/2004, señala siguiente: "[L]a imposición de las sanciones penales solo puede considerarse proporcionada y constitucionalmente legítima, si resulta necesaria para proteger bienes jurídicos esenciales frente a conductas lesivas o peligrosas para los mismos [...]".

El bien jurídico es entonces un valor anterior a la norma, que encuentra su consagración en la Constitución del Estado, y que suponen los intereses más valiosos de una determinada comunidad política, por ello, el legislador se limita a identificarlo y seleccionarlo como merecedor de protección mediante la norma penal, dentro de una política criminal racional. Los principios que acompaña la configuración dogmática del bien jurídico son, por tanto, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, y el principio de lesividad.

De otro lado, como precisa Abanto Vásquez[24], el concepto de bien jurídico solo es el primer paso para la limitación del *ius puniendi* estatal, ya que de este concepto no se puede esperar que por sí mismo proporcione instrumentos político-criminales para determinar con exactitud la necesidad o no de la intervención penal. Para ello, se deben analizar las conductas verificando cuál de ellas afectan realmente el bien jurídico en cuestión, y recién si la conducta resulta realmente grave y no existe otra forma de reaccionar adecuadamente contra la misma, tendría que recurrirse a la vía el derecho penal. Esta circunstancia supone, como

24 Abanto Vásquez, Manuel, "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", en *Revista Penal* n.° 18, 2006, pp. 12 y 13.

explica el autor nacional, que la conducta es "merecedora de pena" (bajo consideración de finalidades de la pena estatal) y "necesita pena" (bajo consideraciones de finalidades de la pena estatal). Entonces, estos dos conceptos aluden a criterios de político-criminales que se derivan de principios constitucionales y se dirigen al legislador.

En ese marco, el delito de tráfico ilícito de drogas debe responder indudablemente a estas consideraciones sobre el objeto de protección del bien jurídico para legitimar la tipificación de esta conducta delictiva. En ese sentido, el delito se encontrará legitimado solo en la medida en que proteja los bienes jurídicos contenidos en la Constitución del Estado.

Ahora bien, por su ubicación sistemática dentro de los códigos penales en el derecho comparado, donde suele ubicarse dentro de los delitos contra la salud pública; por los valores recogidos en el Preámbulo de la Convención de Viena de 1988, donde se dice que el tráfico ilícito de drogas constituye una grave amenaza a la salud y el bienestar de los seres humanos; y por las características del objeto sobre la cual recae la conducta, drogas tóxicas que causan grave daño a la salud de una persona; la doctrina suele identificar que el bien jurídico tutelado en los delitos de tráfico ilícito de drogas es la salud pública. Además, la protección de la salud de los ciudadanos se encuentra recogido en el art. 7 de la Constitución del Estado, mientras que el art. 8 de la Carta Política prescribe la obligación del Estado de combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas.

Estas regulaciones del interés de la salud pública en el texto constitucional y en los tratados internacionales sobre la materia, nos muestran un indicio de la legitimación del derecho penal para la represión de los delitos de tráfico ilícito de drogas, pero antes de entrar en esta materia debemos tener en cuenta que la salud pública se presenta, además, como un interés legítimo de protección de naturaleza colectiva. Como se sabe, tradicionalmente el bien jurídico surge para proteger interés de naturaleza individual (concepción propia de la denominada teoría monista) y es en las últimas, décadas por los nuevos requerimientos sociales y la constitucionalización de interés colectivos o difusos, que

el derecho penal amplía la noción de bien jurídico para dispensar tutela penal también a este tipo de intereses (posición conocida como la teoría dualista).

En ese marco, la salud pública al presentarse como un bien jurídico supraindividual, cuya titularidad no corresponde a un individuo en específico, sino a una colectividad, ha generado que en la doctrina se discuta cuál es el alcance de este concepto, esto es, entender la salud pública como la suma de las saludes individuales o como un concepto autónomo. Esta discusión tiene importantes consecuencias prácticas, pues de ello dependerá si en la construcción de los tipos penales se exige la lesión concreta del bien jurídico o su simple puesto en peligro. Para lo cual es necesario analizar previamente las características de los denominados "bienes jurídicos supraindividuales".

Tras lo cual se entra en materia y se analiza a la salud pública como interés legítimo de protección constitucional y la obligación del Estado de combatir y reprimir el tráfico ilícito de drogas, lo que permite concluir que la selección del legislador de la salud pública como bien jurídico tutelado en los delitos de tráfico ilícito de drogas ha sido adecuada se analiza, además, la caracterización de este interés legítimo de protección penal como bien jurídico colectivo o supraindividual.

2. BIENES JURÍDICOS SUPRAINDIVIDUALES

En el moderno derecho penal cada vez más se recurre a la construcción de bienes jurídicos supraindividuales, cuya titularidad no corresponde a un individuo en específico sino a una colectividad, que sirven en mayoría de las veces para abarcar la protección de intereses que pueden ser lesionados o puestos en peligro por actividades riesgosas propias de la sociedad post industrial, que en principio pueden ser lícitas —y elevar el nivel de bienestar de la sociedad—, pero que en determinadas circunstancias pueden resultar peligrosas para la colectividad, en especial en el ámbito de la protección del medio ambiente, el sistema económico o financiero, entre otros. Asimismo, otro problema

que importa los bienes jurídicos supraindividuales, es que al recurrir a los mismos no se espera a una concreta lesión de aquellos, sino que basta su puesta en peligro, surgiendo, así, los llamados delitos de peligro.

Estos rasgos característicos de los bienes jurídicos supraindividuales suponen para un importante sector de la doctrina lo que se ha venido a denominar una "expansión del derecho penal"[25], recurriendo a instituciones jurídicas no conocidas en el derecho penal liberal clásico, que implican para algunos la rebaja de garantías en la configuración de los tipos penales, pero que para otros se justifica porque son los mecanismos idóneos para responder a los peligros que suponen vivir en una "sociedad de riesgo"[26].

Atendiendo a estos cuestionamientos, en el siguiente apartado abordamos el problema de los bienes jurídicos supraindividuales y sus características esenciales que los legitiman como recurso de un derecho penal democrático que garantiza los derechos fundamentales de los ciudadanos, y se condice con el concepto de bien jurídico antes reseñado, como limitador y legitimador de la intervención punitiva estatal.

Como advierte Bustos Ramírez[27], el bien jurídico implica siempre una valoración, pues se trata de ciertas relaciones sociales consideradas esenciales para el sistema en relación con todos sus miembros; además está sujeto al cambio histórico y condicionado por las estructuras socioculturales de una comunidad que ocupa un espacio y un tiempo determinado. Por ello, siguiendo a Schüneman[28], el bien jurídico, más que un concepto estático e inmutable, es un concepto funcionalmente

25 Cfr. Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas, 1999, pp. 21 y ss.

26 Cfr. Beck, Uldrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una modernidad*, Barcelona: Paidós, 1998.

27 Bustos Ramírez, Juan, "Los bienes jurídicos colectivos", en *Derecho penal y control social*, Barcelona: PPU, 1987, pp. 181-203.

28 Schüneman Bernard, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, traducido por Manuel Cancio Meliá, Bogotá: Universidad Externado, 1996, p. 34.

configurado, por lo que su determinación y protección debe tener en cuenta la actual complejidad de las relaciones sociales.

Hurtado Pozo[29] pone de relieve que, con la finalidad de restringir el ejercicio del poder punitivo, se ha recurrido al marco establecido tanto por la Constitución, respecto a la organización y funcionamiento del sistema político y jurídico, como por las normas internacionales protectoras de los derechos fundamentales. Por lo que, siguiendo al citado autor nacional, se puede percibir los bienes jurídicos (individuales y colectivos) como valores, expresa o implícitamente reconocidos por las reglas y principios constitucionales, que son necesarios para garantizar la realización de los fines del sistema social y el normal funcionamiento de este. Estos valores se concretan en los denominados objetos del delito.

En la misma línea, como sostienen Falcone y Capparelli[30], debemos comprender la evolución del concepto de bien jurídico que actualmente se admite, además de los bienes jurídicos necesarios y básicos para la subsistencia del sistema (bienes jurídicos individuales-relaciones microsociales), y los bienes jurídicos necesarios y complementarios para el funcionamiento del sistema (bienes jurídicos colectivos-relaciones macrosociales). Entonces, la calidad de bien jurídico también la detentan determinadas condiciones sociales que en consideración de la norma requiere una sociedad para subsistir armónicamente[31]. A los primeros se les conoce como "bienes jurídicos individuales", mientras que a los segundos se les denomina "bienes jurídicos colectivos"[32].

Con lo cual, los parámetros que definen su contenido material no surgen de un catálogo cerrado, sino que pueden intentar hallarse a partir de criterios tendientes a conducir en términos restrictivos los proce-

29 Hurtado Pozo, José y Prado Saldarriaga, Víctor, *Manual de derecho penal, parte general*, 4.ª ed., t. I, Lima: Idemsa, 2011, p. 22.

30 Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, ob. cit., p. 39.

31 Cfr. Welzel, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 11.ª ed., Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1979, p. 15.

32 Cfr. Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico penales supraindividuales*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 183.

sos de incriminación de conductas, ofreciendo criterios negativos de deslegitimación. Pero también esta función se percibe en la aplicación de la ley penal a supuestos concretos, mediante la ausencia de peligro o lesión efectiva del bien jurídico. En realidad, esto es todo lo que se pide a la noción de bien jurídico, cuya función de límite o garantía consiste precisamente en el hecho de que la afectación (peligro o lesión) de un bien jurídico debe ser condición necesaria, aunque nunca suficiente, para justificar su prohibición o castigo como delito[33].

Entonces, en la moderna concepción de bien jurídico, este es un valor social anterior a la norma, anterior a la legislación, pero no a la Constitución, con la cual se vincula político-criminalmente[34]. En una concepción dialéctica del bien jurídico, "los bienes jurídicos considerados materialmente son relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática. Son dinámicos pues están en permanente discusión y revisión"[35]. En consecuencia, según refiere Angioni[36], los bienes jurídicos se sustentan en la relación social basada en la satisfacción de necesidades, y son la base del funcionamiento del sistema. Dentro de esta concepción se reconoce la existencia de bienes jurídicos individuales y supraindividuales, aunque estos últimos se consagran para la protección complementaria de los bienes individuales.

---

33 Cfr. Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, ob. cit., p. 39; Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 1995, p. 461.

34 Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., traducido por Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares, 2002, p. 275.

35 Bustos Ramírez, Juan y Hernán, Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal*, vol. I, Madrid: Tritta, 1997, p. 59.

36 Angioni, citado por Castro Cuenca, Carlos Guillermo, "Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva", en *Revista Díkaion*, año 20, n.° 15, noviembre del 2006, p. 207

En ese marco, siguiendo al referido autor italiano, el concepto constitucional de bien jurídico supone que el objeto del delito debe ser siempre un bien constitucional, por cuanto, siendo el bien jurídico lesionado por la sanción de un bien de rango primario, por el principio de proporcionalidad, también el bien jurídico ofendido por el crimen debe ser igualmente un bien constitucionalmente primario De acuerdo con esta concepción, se consideran bienes jurídicos primarios, además de la libertad, a todos los otros bienes sin los cuales el hombre no puede realizarse en la forma mínima existencial. Concretamente, dentro de los bienes jurídicos supraindividuales se consideran primarios aquellos sin los cuales se derrumbarían los principios fundamentales del Estado social de derecho, o se impediría o desnaturalizaría las funciones institucionales de los órganos contemplados en la Constitución, por lo cual bienes jurídicos como la administración pública y la administración de justicia merecerían plena tutela penal, pues son el soporte de los órganos ejecutivos y judiciales[37].

Se recurre entonces a la construcción del concepto de bienes jurídicos supraindividuales para proteger intereses primarios que garantizan el funcionamiento de sistema estatal, esto es, bienes "protectores de las condiciones básicas de la actividad estatal", y de aquellos intereses también primarios "creadores de espacios de libertad" o "posibilitadores del desarrollo de las libertades individuales"[38], intereses que involucran a una colectividad en general, pero que son indispensables para que individuos concretos disfruten de esferas de libertad. Esto supone que *un rasgo fundamental que identifica a los bienes jurídicos colectivos es que tienen una titularidad supraindividual*[39], que en términos positivos

37 Angioni, *Contenuto e funzioni del concretto bene giuridico*, citado por Castro Cuenca, art. cit., p. 207.

38 Abanto Vásquez, Manuel, "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", en *Revista Penal*, n.° 18, 2006, p. 10.

39 Cfr. Soto Navarro, Susana, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada: Comares, 2003, p. 194; Santana Vega, Dulce María, *La protección de los bienes colectivos*, Madrid: Dykinson, 2000, p. 194; Mata y Martín, Ricardo, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada: Comares, 1997, p.

puede ser entendido como una titularidad compartida por el conjunto de la sociedad[40], o de forma negativa por su característica de no ser detentados individualmente[41]. Y es justamente esta característica la que más controversia genera en la doctrina, cuando se busca establecer la relación con intereses individuales concretos. Más adelante volveremos sobre este punto.

En esa línea, Bustos Ramírez[42], ha establecido una clasificación de bienes jurídicos supraindividuales que permiten su identificación en los siguientes términos: a) los institucionales, referidos a determinadas instituciones básicas para el funcionamiento del sistema; b) los colectivos en sentido estricto, que se refieren a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico, están en relación con la participación de todos en el proceso económico–social; y c) los bienes jurídicos de control, son aquellos referidos a la organización del aparato estatal, para que este pueda cumplir sus funciones.

Otra característica de los bienes jurídicos supraindividuales es su indisponibilidad, lo cual genera "la ineficacia jurídico-penal del consentimiento en la lesión o puesta en peligro de alguno de estos bienes"[43]. Además, se atribuye a estos bienes jurídicos su indivisibilidad, por cuanto no son susceptibles de ser divididos ni adjudicados a sus titulares[44].

Soto Navarro señala que la mayoría de los bienes jurídicos supraindividuales tienen una naturaleza conflictual:

---

11. Castro Cuenca, "Lineamientos sobre la Antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva", art. cit., p. 208.

40 Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna,* ob. cit., p. 194

41 Santana Vega, *La protección de los bienes colectivos,* ob. cit., p. 194.

42 Bustos Ramírez, *Derecho penal. Parte especial,* ob. cit., p. 200.

43 Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna,* ob. cit., p. 195.

44 *Ibid.,* p. 198 y ss.

> [L]os nuevos bienes jurídicos se caracterizan porque las nuevas fuentes de peligro para los mismos provienen de actividades lícitas y socialmente necesarias, que en modo alguno pueden ser suprimidas, sino tan solo sometidas a control. Tales sectores de actividad son generados fundamentalmente por intereses de contenido económico y provocan, a su vez, intereses de diversa índole, legítimos todos ellos en su respectivo ámbito, pero en clara colisión[45].

Según Carnevelli[46], existe consenso en la doctrina respecto a que los bienes jurídicos colectivos tendrán relevancia penal, en la medida en que su protección constituya una condición indispensable para salvaguardar intereses individuales, no obstante, las discrepancias surgen a la hora de definir cómo se estructura dicha relación. Ya que, como sostiene Abanto Vásquez[47], el elemento "personal" (individual) procedente de la Constitución debería estar presente en el contenido de todo "bien jurídico" tutelable penalmente, tanto "individual" como "colectivo".

En ese sentido, esta característica ha sido objeto de discusión doctrinal, y es aqui que entre las concepciones monistas y dualista de los bienes jurídicos supraindividuales ha surgido una tercera corriente que identifica a los denominados bienes jurídicos intermedios o institucionalizados. Así, las doctrinas al respecto pueden agruparse en tres grupos:

a) *Tesis monista*. Aquí se inscriben los autores que señalan que los bienes jurídicos preservados frente a colectivos determinados (tales como seguridad colectiva, la salud pública y la seguridad del tráfico) son en realidad individuales, pues siempre afectan a bienes jurídicos como la salud individual, la vida, la integridad personal o el patrimonio.[48] En suma, para esta posición los bienes jurídicos individuales están en base de los bienes

45 *Ibid.*, p. 213 y ss.

46 Carnevali Rodríguez, Raúl, "Algunas reflexiones en relación con la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, n.° 1, p. 142.

47 Abanto Vásquez, "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", art. cit., p. 9.

48 Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, ob. cit., p. 194.

jurídicos supraindividuales se considera entonces que existe una relación de dependencia de estos respecto de aquellos. Los bienes jurídicos colectivos en la medida que son medios para el desarrollo de los individuos, podrán alcanzar el status de objetos jurídicos penalmente tutelables[49]. Ello supone, como señala MIR PUIG, que la valoración de la importancia de un determinado interés colectivo exigirá la comprobación del daño que cause a cada individuo su vulneración, el problema que se plantea en este punto es el de si la existencia del interés a amplias capas de la población ha de conducir a afirmar la suficiente importancia de dicho interés para que pueda convertirse en objeto de derecho penal, puede suceder que un interés muy difundido en la sociedad no afecte a cada individuo más que de forma leve, con lo cual, si bien el derecho debe responder ante dicha agresión, lo puede hacer mediante el derecho administrativo[50].

Por tanto, como anota CARNEVALI[51], si la vulneración de un bien supraindividual se muestra lejana, y no supone una afección para los individuos, es que no ha habido un adecuado adelantamiento de la barrera protectora, por lo que la protección que han de recibir tales bienes no debe provenir de la esfera penal.

b) *Tesis dualista*. Los que defienden esta posición consideran que estos bienes jurídicos conservan su naturaleza colectiva, pues además de que sus titulares comparten iguales aspiraciones de protección con relación a los ataques de sus bienes jurídicos, también ellos pueden ser sustituidos sin que se afecte la subsistencia del bien jurídico.[52] Se sostiene, en esa medida, que los bienes supraindividuales gozan de propia autonomía —son nuevos bienes jurídicos—, por tanto, la protección

49 MIR PUIG, Santiago, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona: Ariel, 1994, p. 165.

50 *Loc. cit.*

51 CARNEVALI RODRÍGUEZ, "Algunas reflexiones en relación con la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales", art. cit., p. 143. En el mismo sentido, HASSEMER, Winfried y Francisco MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al derecho penal*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989, pp. 108-113.

52 SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, ob. cit., p. 98.

de los bienes individuales es mera *ratio legis* respecto de aquellos, es decir, no se exige comprobar su afectación para la aplicación del tipo[53]. Como explica Corcoy Bidasolo[54], en los bienes jurídicos colectivos existe, por su propia naturaleza, una imposibilidad material de lesión del objeto jurídico, sin embargo, si entendemos que el bien jurídico colectivo tiene una autonomía propia, hemos de entender que cuando se pone en peligro la seguridad pública, por ejemplo, ya se ha lesionado la seguridad de los ciudadanos, que es la *ratio legis* del precepto. Basta entonces la constatación de una víctima difusa.

En tal sentido, para esta doctrina resulta coherente que para la protección de los bienes jurídicos supraindividuales se recurra a los denominados delitos de peligro abstracto, donde no se requiere la comprobación de una lesión concreta a un interés individual. Aquí, siguiendo a Rodríguez Montañés[55], se distingue las clases de delitos de peligro abstracto en función del bien jurídico protegido, con lo cual es posible diferenciar entre los delitos orientados a la protección de bienes individuales o suficientemente individualizables, y aquellos que protegen intereses supraindividuales o bienes jurídicos colectivos no reconducibles a bienes individuales. En el primer grupo se castigan las conductas potencialmente lesivas a la vida o la salud de las personas u otro bien individualizado. Respecto al segundo grupo se hace referencia los delitos de peligro abstracto que protegen bienes supraindividuales, institucionalizados o espiritualizados, o "intereses difusos" no reconducibles a bienes individuales, sino referido a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado o del sistema social.

---

53 Corcoy Bidasola, Mirentxu, "Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código Penal español: delitos de peligro", en Mir Puig, Francisco y Diego Luzón Peña, (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona: Bosch, 1996, p. 250.

54 Corcoy Bidasola, "Responsabilidad penal derivada del producto", art. cit., p. 250.

55 Rodríguez Montañes, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid: Universidad Complutense/Centro de Estudios Judiciales, 1994, p. 299 y ss.

Se entiende bajo esa perspectiva, como lo explica SILVA SÁNCHEZ[56], que las serias dificultades que se presentan para poder determinar cuándo un acto individual lesiona o pone en peligro un bien supraindividual —acción individual carente de necesario grado de lesividad— se debe, según la doctrina, a que este perjuicio solo puede tener lugar, y autorizar así la intervención penal a través de la repetición de actos aislados —incluso inocuos— que en su conjunto sí pueden afectar al bien, en la medida en que esta generalización de actos supongan un serio riesgo de alteración del funcionamiento del sistema. Es bajo estos presupuestos como se construyen los llamados delitos de acumulación.

c) *Tesis de los bienes jurídicos intermedios*. Quienes defienden esta postura señalan que estos bienes jurídicos son categorías independientes denominados bienes jurídicos intermedios.[57] Entonces, siguiendo a CARNEVALLI[58], para proteger aquellos bienes jurídicos supraindividuales inmateriales, que jamás podrán ser vulnerados por una acción típica individual, sino solo por una multiplicidad de estos, es que el tipo penal se elabora sobre la base de un bien jurídico intermedio "representante" o con función representativa, que será el inmediatamente afectado por el acto lesivo individual. Con lo cual, para su configuración no se requiere probar la lesividad respecto del bien inmaterial, que en su caso es el "mediatamente afectado", y en cuanto a su tipo subjetivo, basta que este cubra los elementos correspondientes al bien jurídico inmediato o "representante". En suma, la protección de un bien jurídico supraindividual espiritualizado o inmaterial se lleva a cabo a través de bienes jurídicos intermedios con función representativa, cuya generalizada lesión constituye "la abstracta peligrosidad" de la conducta típica.

---

56 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "¿Política Criminal 'moderna'? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español", en *Actualidad Penal* n.° 1, 1998, pp. 445 y 446.

57 MATA y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, ob. cit., p. 11 y ss.

58 CARNEVALLI RODRÍGUEZ, "Algunas reflexiones en relación con la protección penal de los bienes jurídicos, art. cit., pp. 143 y 144. En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998, pp. 99 y 100.

Arroyo Zapatero[59] apunta en ese contexto que, tratándose de los bienes jurídicos colectivos no reconducibles a un bien individual, es difícilmente posible la tipificación expresa de una lesión o puesta en peligro, pues lo normal es que la lesión solo se produzca por una reiteración generalizada de comportamientos que infringen la normativa básica del sistema, por tanto, la única técnica posible para proteger estos bienes son los delitos de peligro abstracto.

Bajo esta concepción, como sostiene Roxin[60], se entiende que a través de estos delitos con bien jurídico intermedio espiritualizado se protegen aquellos bienes en los que la lesión o puesta en peligro es difícil de imaginar, pues el perjuicio se produce más que por un acto individual por la reiteración generalizada de conductas que no respetan las reglas básicas del sistema. Dada las dificultades para precisar el grado de lesividad exigible a la conducta individual se recurre a los delitos de peligro abstracto, pues aquí se trata de una anticipación a la tutela de bienes esenciales para la protección de otros bienes, cuya especial naturaleza justifica el empleo de esta técnica. Se trata de bienes que gozan de suficiente entidad como para ser merecedores de tutela penal.

En ese marco conceptual, debemos revisar si en el caso de los delitos de tráfico de drogas el bien jurídico colectivo salud pública es el correlato de un interés legítimamente protegido en la Constitución, y si como tal, si responde a las características de los bienes jurídicos supraindividuales, además de ello, se analiza a cuál de los tres esquemas teóricos que sustentan esta clase de bienes jurídicos suprainviduales encaja mejor para explicar la naturaleza jurídica del bien jurídico colectivo salud pública protegido en los delitos de tráfico ilícito de drogas, que, como veremos, recurre a la técnica legislativa de tipos penales de peligro abstracto.

---

59 Arroyo Zapatero, Luis, "Derecho penal económico y Constitución", en *Revista de Derecho Penal*, n.° 1, 1998, p. 8.

60 Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, traducido por Diego Luzón Peña, Madrid: Civitas, 1997, pp. 410-411.

II. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Como se ha dicho, el ejercicio del *jus puniendi* estatal solo se justifica si se defienden bienes jurídicos esenciales para la convivencia pacífica de una sociedad, este límite a la actuación penal del Estado se refuerza en los delitos de tráfico ilícito de drogas que tienen uno de los conjuntos de pena conminada más alta de la legislación penal nacional. Así, las figuras básicas tienen una pena conminada de ocho a quince años de pena privativa de la libertad, mientras que las figuras agravadas de quince a veinticinco años, y si el agente del delito actúa en calidad de dirigente o cabecilla de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas; la pena fluctúa entre veinticinco a treinta y cinco años de pena privativa de libertad, esta última es la máxima pena que puede imponer el ordenamiento jurídico penal peruano. Por lo que resulta indispensable establecer la justificación jurídica y político criminal de esta fuerte represión penal.

Además, como entienden Álvarez García *et al.*[61], en los denominados delitos de tráfico de drogas, tan complejos como trascendentes desde un punto de vista dogmático y político-criminal, junto con el *jus puniendi*, absolutamente necesario pero eminentemente formal, que conlleva el principio de legalidad, resultan indispensables otras restricciones de carácter material, esto es, relativas al contenido de la potestad punitiva del Estado, para evitar que el papel activo que ha de desempeñar el mismo en la protección de la convivencia social se convierta en un intervencionismo opresivo y antidemocrático, cuando no se traduzca en un efecto perverso desde una perspectiva político-criminal global. En este ámbito debe tenerse en cuenta, especialmente, el denominado principio de ofensividad, lesividad o principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que puede verse como una implicación del Estado social y democrático de derecho, y en cuya virtud, como pone de ma-

61 Álvarez García, Javier *et al.*, *El delito de tráfico de drogas*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, p. 21.

nifiesto la doctrina mayoritaria, todo delito ha de comportar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

En esa línea, Joshi Jubert[62] sostiene que la determinación del bien jurídico protegido, es decir, del interés tutelado en estos preceptos, importa para delimitar las conductas típicas de las atípicas por ausencia de afectación al bien jurídico, para determinar las relaciones concursales con otros tipos, y para indicar la naturaleza jurídica del delito. En ese contexto, es importante la reflexión de Peña Cabrera[63] en el sentido que definir con propiedad hermenéutica el bien jurídico tutelado, sea cual fuese el título de la criminalidad, es una misión irrenunciable, pues definir su contenido importa no solo delinear el ámbito de protección de la norma, sino también la proyección de política criminal del legislador.

En esa medida, este apartado tiene como objetivo dar respuesta a las tres primeras interrogantes planteadas en la Introducción, esto es: a) ¿Ha sido adecuada la selección de la salud pública como bien jurídico tutelado en los delitos de tráfico ilícito de drogas?, b) ¿En qué medida la salud pública responde a las características de los bienes jurídicos supraindividuales?; y, c) ¿cuál de los tres esquemas teóricos —sobre la naturaleza de los bienes jurídicos supraindividuales— encaja mejor para explicar la naturaleza jurídica del bien jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de drogas?

1. Salud pública como legítimo interés de protección constitucional

Con lo cual resulta indispensable precisar el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de drogas dentro de los parámetros del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o de ofensividad o lesividad. Para lo cual en este apartado se identifica a la salud pública como el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de drogas,

62 Joshi Jubert, Ujala, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del artículo 368 del Código Penal*, Barcelona: Bosch, 1999, p. 27.

63 Peña-Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Tráfico Ilícito de drogas y delitos conexos. Perspectivas dogmáticas y político criminales*, Lima: Rodhas, 2013, p. 39.

que cuenta con respaldo constitucional, y su caracterización como bien jurídico colectivo. Así, en principio se analiza el art. 7 de la Constitución del Estado que consagra el derecho del individuo a la protección de su "salud", a la del medio familiar y la de la comunidad, Se reconoce entonces a la "salud de la comunidad" como interés legítimo de tutela constitucional. También se analiza el art. 8 de la Carta Magna que impone la obligación estatal de combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas, e impone la regulación de los tóxicos sociales, obligación estatal que según el TC coincide con lo prescrito en los tratados internacionales sobre la materia. Analizados estos artículos, de la Constitución resulta coherente que el legislador recurriera al derecho penal para proteger estos intereses colectivos y tipifique en el art. 296 y ss del CP los delitos de tráfico ilícito de drogas.

Por su ubicación sistemática los delitos de tráfico ilícito de drogas se ubican dentro de los delitos contra la salud pública. Este es un primer dato que nos ayuda a identificar el bien jurídico protegido en estos delitos. La doctrina mayoritaria coincide en señalar que bien jurídico protegido es la salud pública.

El reconocimiento constitucional del derecho a la salud viene precedido por consagración del mismo en tratados internacionales sobre derechos humanos, así, en el sistema universal, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 12, se ocupa del derecho a la salud. Respecto a esta norma el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, a través de la Observación General 14, establece que el derecho a la salud se debe entender como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud. Por ello, el derecho a la salud no debe concebirse como el derecho a estar sano, sino a ejercer libertades y derechos que brinden a las personas oportunidades iguales para disfrutar de ese máximo Estado de bienestar[64].

64 Cfr. CLADEM, *Jurisprudencia sobre la protección del derecho a la salud en cuatro países andinos y en el sistema interamericano*, Lima: Nova, 2007, p. 12; BARAHONA-RIERA,

En el Sistema Interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica no recoge expresamente a la salud como un derecho, siendo que su protección se brinda a través del derecho a la integridad física, consagrado en el art. 5. Por eso, es importante el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que sí lo contempla el art. 10, al establecer que todas las personas tienen derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Asimismo, en el párr. 2 del mismo art. se reconoce que los Estados partes se comprometen a "reconocer la salud como un bien público" y a adoptar medidas para garantizarlo[65].

En estas normas internacionales no solo se observa la dimensión individual del derecho a la salud, sino también su dimensión "pública", donde el Estado debe prestar todas las facilidades y condiciones para que las personas tengan la posibilidad de disfrutar el máximo Estado de bienestar. Entonces, para el cumplimiento del derecho a la salud reconocido en los instrumentos internacionales, no es suficiente su consagración normativa, sino que hace falta la implementación de acciones estatales concretas dirigidas a su cabal cumplimiento.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) establece lo siguiente:

> [L]a salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

En el ámbito constitucional peruano, el art. 7 de la Const. Pol. de 1993 precisa que: "Todos tienen derecho a la protección de su salud, la

---

Rocío, *Derechos económicos, sociales y culturales: exigibilidad, niveles mínimos de cumplimiento e indicadores*, Santiago de Chile: Cepal, 2006, p. 17.

65 Cladem, *Jurisprudencia sobre la protección del derecho a la salud*, ob. cit., p. 12.

del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa [...]". Entonces, queda claro que la Constitución establece explícitamente el derecho de protección a la salud que tiene toda persona dentro de la sociedad.

El TC sobre el derecho a la salud, en el Exp. N.º 1429-2002-HC/TC de 19 de noviembre del 2002, f. j. n.° 13, precisó lo siguiente:

> [E]l derecho a la Salud se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado. Implica, por consiguiente, el deber de que nadie, ni el Estado ni un particular, lo afecte o menoscabe. Hay, desde tal perspectiva, la proyección de la salud como un típico derecho reaccional o de abstención, de incidir en su esfera. Pero también, como en la mayoría de derechos constitucionales, el de la salud presenta una dimensión positiva que lo configura como un típico derecho "prestacional", vale decir, un derecho cuya satisfacción requiere acciones prestacionales.

Además, en otra sentencia expedida en la causa N.° 2945-2003-AA/TC-Lima, el TC ha referido que la salud es un derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida, y la vinculación entre ambos derechos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, a desmejorar la calidad de la vida. Entonces, es evidente la necesidad de proceder a las acciones encaminadas a instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida. El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento, acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, y debe adoptar políticas, planes y programas en ese sentido.

En la STC, Exp. N.° 2002-2006-PC/TC-Lima, se ha precisado que la protección del derecho a la salud se relaciona con la obligación del Estado de realizar todas aquellas acciones tendentes a prevenir los daños a la salud de las personas, conservar las condiciones necesarias que aseguren el efectivo ejercicio de este derecho y atender, con la urgencia y eficacia que el caso lo exija, las situaciones de afectación a la salud de toda persona, prioritariamente de aquellas vinculadas con la salud de los niños, adolescentes, madres y ancianos, entre otras.

Además, en la STC, Exp. N.° 3208-2004-AA/TC-Huánuco, se señala que la salud es un derecho constitucional indiscutible y, por tanto, deben promoverse desde el Estado condiciones que la garanticen de modo progresivo, y debe dispensárseles protección adecuada a quienes ya gocen de ese derecho. Cuando el art. 7 de la Const. Pol. hace referencia al derecho a la protección de la salud, reconoce el derecho de la persona a alcanzar y preservar un estado de plenitud física y psíquica. Por ende, la persona tiene derecho a que se le asignen medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, vestido, vivienda y asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y la solidaridad de la comunidad, pues en una sociedad democrática y justa la responsabilidad por la atención de los más necesitados no recae solamente en el Estado, sino en cada uno de los individuos en calidad de contribuyentes sociales.

La primera conclusión a la que se puede arribar, luego de analizar las decisiones del TC, es que el derecho a la protección de la salud es un derecho relacional, pues se vincula a otros derechos, tales como la vida y la integridad física, el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, el derecho a la seguridad social y el derecho a la igualdad. Principalmente se relaciona con el derecho a la vida, pues se ha entendido que por medio de la tutela a la salud las personas preservan su vida.

Pero también se entiende que el Estado asume la obligación de garantizar, en la medida de lo posible, las condiciones de salud pública a través de un sistema de prestaciones de salud de manera progresiva, ya que se trata de un derecho que requiere de acciones prestacionales;

asimismo, el Estado debe realizar todas aquellas acciones tendentes a prevenir los daños a la salud de las personas, conservar las condiciones necesarias que aseguren el efectivo ejercicio de este derecho y atender. En ese marco, se dice que el derecho a la salud es un derecho de acciones positivas del Estado o un derecho de prestaciones en sentido amplio.

De otro lado, el Estado debe velar por que nadie, ni el propio Estado, ni un particular, lo afecte o menoscabe. Bajo esa perspectiva, se dice que el derecho a la salud se configura, recurriendo a la expresión utilizada por Robert Alexy[66], como un derecho de defensa frente al Estado para que este se abstenga de intervenir. Pero no solo eso, sino que el Estado debe velar porque ningún tercero afecte o menoscabe ese derecho a la salud.

En ese marco, en la moderna doctrina constitucional se ha entendido que la salud es un bien jurídico que ha sido reconocido por los Tribunales Constitucionales como primario por su inherencia a la persona, así como por su condición de derecho prestacional que caracteriza la forma de Estado Social diseñada por la propia Constitución[67].

La tutela jurídica de la salud repercute, directamente, en la protección de la persona, que como valor supremo del ordenamiento jurídico se consagra en su aspecto individual y en su vertiente intersubjetiva. Si la salud es un atributo esencial de la persona, esto significa que el derecho a la misma bien puede ser considerado como fundamental e inviolable[68]. Siendo así, estamos ante un principio-guía de la acción del legislador y de los demás poderes públicos, así como de la actuación

66 Según el autor, la fórmula de este derecho sería: a tiene frente al Estado un derecho a que este no afecte la salud de a., Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2008, p. 240.

67 León Alonso, Marta, *La protección constitucional de la salud en el marco del Estado social y democrático de derecho*, tesis para optar el grado de doctor, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2009, p. 163

68 Pezzini, Barbara, "Il diritto alla salute: profili costituzionali", en *Diritto e Società*, n.° 1, 1983, p. 72.

de los ciudadanos en las relaciones *inter privatos*[69]. Mientras que en su configuración más prestacional, es decir, como derecho a la asistencia sanitaria, está directamente vinculado con el principio de igualdad material. Un mandato constitucional que obliga a la república a remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando la libertad de hecho y la igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo del individuo[70].

Las drogas son sustancias naturales o sintéticas que provocan los siguientes efectos: un deseo incontenible o necesidad de seguir consumiendo la sustancia, tendencia a aumentar la dosis o dependencia física a los efectos de la droga, y el síndrome de abstinencia. Por ello, el consumo de drogas, cuando llega a nivel de dependencia, que da lugar a alteraciones congnoscitivas, comportamentales y fisiológicas, así como trastornos de abuso, trastornos de intoxicación y síndrome de abstinencia, supone una grave afectación a la salud del individuo, de ahí que los ataques a la salud de la colectividad, a través de la proliferación de drogas tóxicas, por fabricación, tráfico o comercialización de las mismas, que promocionen, faciliten o favorezcan el consumo de drogas, vulneran esas condiciones mínimas a las que se obliga el Estado para el ejercicio del derecho a la salud, así como va en contra de su obligación de garantizar que ningún tercero menoscabe ese derecho, con lo cual existe un interés legítimo de evitar la proliferación de un hábito insalubre que puede afectar a un número indeterminado de individuos.

En consecuencia, la Constitución del Estado al consagrar el derecho a la protección y promoción de la salud de la comunidad mediante acciones prestacionales, y al establecer la obligación estatal de velar por que nadie, ni el propio Estado ni un particular, la afecte o menoscabe, legitima al legislador la selección de este bien jurídico protegido colectivo salud pública como merecedor de protección penal. Se puede entender, entonces, a la (salud pública) como un bien jurídico institucio-

69 Baldassarre, Antonio, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino: Giappichelli, 1997, p. 29.

70 León Alonso, Marta, *La protección constitucional de la salud*, ob. cit., p. 164.

nalizado que tiende a garantizar el pleno ejercicio al derecho a la salud de los ciudadanos en una determinada sociedad. Así se ha entendido las funciones de salud pública de la siguiente manera:

> [A]quellos procesos y movimientos de la sociedad que constituyen condiciones *sine qua non* para el desarrollo integral de la salud y el logro del bienestar y, como tales, orientan y modulan la organización y el comportamiento de los campos, sectores y actores que componen una sociedad dada[71].

2. La salud pública como bien jurídico supraindividual: el problema de la autonomía del bien jurídico

La doctrina mayoritaria estima que el bien jurídico protegido en estos delitos es la salud pública, como bien jurídico de carácter colectivo[72]. Lo que responde a la adecuada selección del bien jurídico por parte del legislador, que se ve reforzada por la obligación constitucional impuesta al Estado de tipificar adecuadamente los delitos de tráfico ilícito de drogas que comprendan todo el ciclo de producción, fabricación, tráfico, transporte y comercialización de drogas.

Realizada esta constatación, corresponde analizar en qué medida la salud pública responde a las características de los bienes jurídicos supraindividuales, siendo necesario dilucidar ese marco a cuál de los tres esquemas teóricos —sobre la naturaleza de los bienes jurídicos supraindividuales— encaja mejor para explicar la naturaleza jurídica del bien jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de drogas, que, como veremos, recurre a la técnica legislativa de tipos penales de peligro abstracto.

---

71 Gómez A., Rubén, "La noción de salud pública: consecuencias de la polisemia", en *Revista de la Facultad Nacional de Salud Pública*, vol. 20, n.° 1, Antioquía: Universidad de Antioquía, 2002, p. 111.

72 Cfr. Acale Sánchez, María, *Salud pública y drogas tóxicas*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, p. 18 y ss.; Joshi Jubert, Ujala, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del artículo 368 del Código Penal*, Barcelona: Bosch, 1999, p. 33 y ss.

Entonces, recordemos que un rasgo fundamental que identifica a los bienes jurídicos colectivos es que tienen una titularidad supraindividual, que protege intereses que involucran a una colectividad en general, pero que son indispensables para que individuos concretos disfruten de esferas de libertad, esto es, que se refieren a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico, que están en relación con la participación de todos en el proceso económico-social. Otra característica de los bienes jurídicos supraindividuales es su indisponibilidad, lo cual genera la ineficacia jurídico-penal del consentimiento en la lesión o puesta en peligro de alguno de estos bienes. Además, se atribuye a estos bienes jurídicos su indivisibilidad, por cuanto no son susceptibles de ser divididos ni adjudicados a sus titulares, con lo cual basta la presencia de una víctima genérica, y que el hecho concreto tenga la intensidad de causar una puesta en peligro del bien jurídico colectivo para justificar la intervención penal, sin necesidad de identificar a una víctima concreta.

Se dice, entonces, que los bienes jurídicos colectivos tendrán relevancia penal en la medida en que su protección constituya una condición indispensable para salvaguardar intereses individuales, no obstante, las discrepancias surgen a la hora de definir cómo se estructura dicha relación.

Para resolver este problema se plantean tres teorías a) los que sostienen que los bienes jurídicos preservados frente a colectivos determinados son en realidad individuales, pues siempre afectan a bienes jurídicos como la salud individual, la vida, la integridad personal o el patrimonio; b) los que defienden esta posición consideran que estos bienes jurídicos conservan su naturaleza colectiva, pues además de que sus titulares comparten iguales aspiraciones de protección con relación con los ataques de sus bienes jurídicos, también ellos pueden ser sustituidos sin que se afecte la subsistencia del bien jurídico; y c) los que sostienen que para proteger aquellos bienes jurídicos supraindividuales inmateriales, que jamás podrán ser vulnerados por una acción típica individual, sino solo por una multiplicidad de estos, es necesario que el tipo penal se elabore sobre la base de un bien jurídico intermedio "representante"

o con función representativa, que será el inmediatamente afectado por el acto lesivo individual.

Ahora, como sostienen Falcone y Capparelli[73], la denominación de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales significa reconocer que su titularidad no recae en una persona, sino que es compartida por todos los ciudadanos o, al menos, por una colectividad de personas, con independencia de que esa protección sirva a cada uno de los ciudadanos para lograr su pleno desarrollo como individuo.

En cuanto a los delitos de tráfico ilícito de drogas, Cordoba Roda[74] reflexiona que por "salud" entiende al estado normal de las funciones orgánicas e intelectuales del individuo, donde se debe incluir tanto el aspecto somático como el psíquico, anotando, además, que la salud protegida en este tipo de delitos no es la individual, sino la colectiva. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la colectividad constitutiva del titular de la salud no debe entenderse concretada a la población de un determinado Estado, ya que, con independencia de que el conjunto de personas a las que como eventuales consumidores esté destinada la droga pertenezcan a uno u otro Estado, deberá entenderse atacada la salud pública como objeto de la tutela de esta clase de delitos. Advirtiéndose de este concepto un rasgo autónomo y colectivo del bien jurídico tutelado.

En un sentido similar, Majón-Cabeza sostiene lo siguiente:

> [E]l bien jurídico salud pública en el tráfico de drogas ha sido entendido como salud colectiva, o sea, como la suma de la salud de todos los individuos, afirmándose que cualquier peligro para la salud pública es grave, porque puede afectar a una multiplicidad de sujetos pasivos, aunque el daño en una persona concreta que consuma no sea grave.

---

73 Cfr. Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, ob. cit., p. 42; Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Madrid: Civitas, 1997, pp. 292-332 y 758 y 759.

74 Córdoba Roda, Juan, "El delito de tráfico de drogas", en *Estudios penales y Criminológicos*, n.° 4, Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela, 1980, pp. 13 y 14.

> Con esto se quiere evitar la generalización de un hábito insalubre entre personas indeterminadas[75].

La potencialidad del peligro a la lesión del bien jurídico destaca como rasgo característico en esta aproximación, de lo que se puede colegir, entonces, que no hace falta la presencia de una víctima concreta para la configuración del delito.

En esa línea, como anotan Álvarez García *et al.*[76], la salud pública se configura como un bien jurídico colectivo digno de protección penal, si bien complementario a la salud individual. Así también lo entiende Joshi Jubert[77], quien desarrolla más la idea, cuando refiere que el concepto de salud pública, de naturaleza colectiva pero con referente último en el individuo, implica un nivel de salud óptimo en una sociedad concreta que solo puede afirmarse en el caso de que la gran mayoría de sus individuos gocen de salud individual para llevar a cabo el plan de vida libremente elegido en igualdad de condiciones y con capacidad para cumplir con los deberes derivados de la convivencia democrática. Se desprende, entonces, de la posición de estos autores, que el bien jurídico salud pública supone *la protección de intereses que involucran a una colectividad en general pero que son indispensables para que individuos concretos disfruten de esferas de libertad.*

En tal sentido, Peña Cabrera Freyre[78] sostiene que la fórmula dogmática, empleada en esta sección de la delincuencia, es hacer alusión a un bien jurídico que se comprende desde una visión colectiva de lo

---

75 Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli, "Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LVI, Madrid: 2008, p. 94 y ss.

76 Álvarez García, Javier *et al.*, *El delito de tráfico de drogas*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, p. 23.

77 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas I*, ob. cit., 1999, p. 43.

78 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., pp. 42 y 43. Asimismo, Cfrr., Pedreira Gonzáles, F. *El delito de tráfico ilícito de drogas*, ob. cit., p. 23; y, Sánchez Gómez, *Implicaciones constitucionales y socio-jurídicas.*

que hemos de considerar por salud pública, puesto que si su plano de concepción fuese personalista, sin duda dichos comportamiento prohibidos habrían de recalar en los delitos de lesiones; por tales motivos, hay que considerar a la salud pública como la suma de intereses individuales de toda la colectividad. Además, el autor nacional explica lo siguiente:

> [E]l término salud pública es una expresión que atañe a las personas que componen un grupo social, de ahí, la configuración de la necesaria confluencia entre salud colectiva y la salud individual, en el sentido de que no se puede pensar en que una norma protege la primera y obvie la segunda. Es decir, que la extensión de los conceptos de salud, colectiva e individual, nutren la filosofía proteccionista del constituido bien jurídico mencionado.

Eso supone, como sostienen Falcone y Capparelli[79], que el principio de lesividad no se determina por la lesión ni inmediata ni directa de la salud individual, aunque sí de forma mediata o indirecta, sino que se vincula con la peligrosidad y gravedad de las conductas para poder afectar a la salud de un número indeterminado de personas. Por ello, a lo sumo, puede admitirse en cierto modo una relación de progresividad. *De esta manera lo decisivo es el menoscabo a la salud colectiva, en cuanto bien social, y no la posible lesión de la salud individual.*

En ese sentido, Majón-Cabeza sostiene lo siguiente:

> [L]a salud pública y salud individual son dos bienes jurídicos distintos que encuentran protección diferenciada en el Código Penal, pero esto no autoriza a ignorar la salud individual cuando tratamos de la pública, pues de lo contrario estaríamos hablando de la salud pública como algo totalmente desvinculado de la realidad que la justifica y a la que sirve de complemento. Si un comportamiento pone en peligro la salud pública es porque tiene capacidad de dañar la salud individual, aunque efectivamente no lo haga. Por eso se dice que en los delitos contra la salud pública se protege inmediatamente el bien jurídico que les da

79 Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, ob. cit., p. 57.

> nombre, pero mediatamente la salud individual, que no alcanza la categoría de segundo bien jurídico, pero sí permanece como referencia[80].

De la misma opinión es Rey Huidobro, quien manifiesta lo siguiente:

> [C]uando el Código alude a la salud pública no se refiere únicamente a enfermedades o epidemias que afectan a toda la población, sino a la alteración de las condiciones del individuo, incluidas las sociales; además, defender la salud colectiva conlleva defender también la salud individual de cada ciudadano, ya que no puede defenderse que una norma proteja la salud colectiva y olvide la individual, lo cual llevaría a pensar que la comunidad social posee una salud distinta de aquella que poseen los ciudadanos que la componen[81].

Desde una perspectiva diferente, Doval Pais[82] considera que la expresión salud pública no guarda relación con la titularidad del bien jurídico, sino más bien con la afección plural e indeterminada (de la salud o de la vida individuales) a que dan lugar estas figuras delictivas. No se trataría de la protección de un bien jurídico distinto al de la salud de las personas, sino del amparo de ese mismo bien jurídico con una "distinta estrategia normativa", a través de preservar, frente a determinados ataques, el "conjunto de condiciones positivas y negativas que garantiza y fomentan la salud". Ello permite sostener, en definitiva, que estamos ante un objeto jurídico colectivo de los que podrían denominarse "de referencia individual", esto es, ante un bien "que alude a unas condicio-

---

80 Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli, "Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LVI, 2008, p. 101.

81 Rey Huidobro, Luis Fernando, "El delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y figuras agravadas de primer grado, contenidas en el art. 344 bis a) [arts. 344 y 344 bis a) del Código Penal]", en *Comentarios a la legislación penal, t. XII. Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas)*, Madrid: 1990, pp. 62 y 63.

82 Cfr. Doval Pais, Antonio, *Delitos de fraude alimentario*, Pamplona: Aranzadi, 1996, p. 239 y ss. En el mismo sentido, la STS español 195/2004 de 16 de febrero considera a la salud pública como una "suma de las saludes individuales".

nes que sirven para garantizar bienes jurídicos individuales", pero que mantienen su autonomía.

El referido autor coincide en que la característica esencial de este tipo de infracciones consiste en suponer un peligro general para la salud, o lo que es lo mismo, no un peligro a una concreta persona, sino un riesgo de general proyección para los ciudadanos: estaríamos en presencia, por tanto, de un objeto de protección colectivo vinculado a intereses individuales.[83] Esto es, *describe las características de un bien jurídico colectivo o supraindividual, de una comunidad de ciudadanos, diferente a la salud individual concreta de un ciudadano*, con lo cual, como anota Maqueda Abreu[84], el bien jurídico salud pública se emancipa como valor instrumental de la tutela propia y directa de la salud individual.

En suma, cuando se habla de la salud pública como bien jurídico protegido, no se hace refiere a la salud de todos los ciudadanos, sino que al castigar todas las conductas relacionadas con estos delitos, se pretende evitar que en nuestros circuitos de consumo hagan acto de presencia unas sustancias, unos productos, de los que se sabe fehacientemente que causan grave quebranto de la salud de los potenciales consumidores, aun cuando en algún caso concreto no lo produzcan, sea porque sea una persona que hace un consumo muy moderado o porque simplemente lo consume muy ocasionalmente; pero que tienen *la potencialidad de afectar las condiciones positivas que fomentan y garantizan la salud.*

La jurisprudencia comparada también se decanta por considerar a la salud pública como el bien jurídico tutelado en los delitos de tráfico ilícito de drogas. Así lo explica Joshi Jubert[85], cuando indica que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (español) considera unánimemente

---

83 Doval, *Delitos de fraude alimentario*, ob. cit., p. 240. En el mismo sentido, Cfr. Lorenzo Salgado, José, "Los delitos contra la salud pública en el Código Penal de 1995: aspectos básicos", en Juane Sánchez, Miguel (coord.), *Lecciones de derecho sanitario*, La Coruña: Universidade da Coruña, 1999, p. 410.

84 Maqueda Abreu, M. L., "Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas", en *La Ley*, n.º 4624, Madrid: 1998, p. 86.

85 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 28.

que el bien jurídico protegido es la salud pública, a la que se entiende, mayoritariamente, como la salud colectiva, que no es nada más que la suma de bienestar físico y psíquico de cada uno de los ciudadanos, ya que lo contrario —se dice— implicaría pensar que la colectividad o comunidad social posee una salud distinta de aquella de todos y cada uno de los individuos que la integran. Con ello se intenta prevenir la nocividad y peligrosidad potencial que las drogas sustancias estupefacientes y psicotrópicas entrañan por su uso y su consumo, las cuales general procesos patológicos y desequilibradores, de una mayor morbilidad y de procesos mentales de difícil vencimiento y superación, precipitándose así, a la degradación física y psíquica del individuo, pudiendo incluso sobrevenir la muerte del usuario en los períodos avanzados de drogodependencia.

En esa perspectiva, la Sentencia del Tribunal Supremo español de 16 de setiembre de 1996 precisa lo siguiente:

> El bien jurídico protegido por el repetido precepto es la salud pública como bien colectivo, razón por la cual se sancionan los distintos supuestos que el mismo reseña en cuanto a la difusión del consumo ilegal de las drogas en general, por promoción, favorecimiento o por facilitación, porque así se hace frente a un peligro común. Ello quiere decir, según la última corriente jurisprudencial, que no se afecta al bien jurídico protegido, es decir, la salud colectiva, cuando el riesgo o peligro a la salud de terceros no concurre.

El Tribunal Supremo español, en su sentencia del 29 de mayo de 1993, sostiene que la salud pública es un bien jurídico que considera la suma de todas las saludes individuales, la cual cobra tal independencia que su afectación no requiere la concreta afectación a la salud individual. En base a elloa, este Tribunal Supremo indica lo siguiente:

> La salud pública que se protege en el art. 368 CP ha de ser entendida como un bien jurídico que se levanta sobre la suma de la salud de cada uno de los individuos, pero que cobra independencia de la misma hasta el punto de que para entender como afectado el bien jurídico salud

> pública, no es preciso constatar siquiera la afección negativa a la salud individual. Si bien la protección de la salud pública busca también la salvaguarda de salud individual, no puede confundirse con esta. De esta manera, el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas es la salud pública colectiva y por consecuencia la individual (física y psíquica) de cada una de los integrantes de la colectividad, lo contrario implicaría que la colectividad o comunidad social posee una salud distinta a la de todos y cada uno de los individuos que la integran[86].

En definitiva, son características del bien jurídico protegido salud pública según la referida configuración jurisprudencial: a) es un bien colectivo y de carácter público, b) con su protección se intenta evitar la generalización de un hábito contrario a la salud; c) significa la lesión potencial de la salud de un inconcreto número de ciudadanos.

Politoff y Matus[87] nos señalan que la jurisprudencia chilena es unánime en considerar que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es "la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que puede verse afectada por el efecto nocivo de las sustancias prohibidas", a cual se agrega el peligro de que este delito implica a la libertad de todos aquellos afectados, de modo tal que "la eventual dependencia físico o psíquica a que el consumo frecuente de las mismas pueda conducir, con las derivaciones negativas de marginación social que lleva a la drogadicción".

En conclusión, dando respuesta a la segunda pregunta planteada en la Introducción, la salud pública es un bien jurídico que se estructura sobre la suma de la salud de cada uno de los individuos, pero que cobra independencia de la misma hasta el punto de que para entender como afectado el bien jurídico: salud pública, no es preciso constatar siquiera la afección negativa a la salud individual. Con lo cual se constata que la salud pública responde a la característica de los bienes jurídicos supraindividuales, ya que su titularidad no corresponde a un individuo o grupo de individuos concretos, sino *que protege intereses que involucran*

86 Cfr. STS de 29 de mayo de 1993, Pn. Roberto Hernández Hernández (RJ 4281).

87 Politoff, Sergio y Jean Pierre Matus, *Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes. Estudios dogmáticos y jurisprudencia*, Santiago de Chile: Conosur, 1998.

a una colectividad en general, pero que son indispensables para que individuos concretos disfruten de esferas de libertad. Además, resulta indisponible e indivisible por cuanto no es susceptible de ser dividido ni adjudicado a sus titulares, con lo cual basta la presencia de una víctima genérica.

Y en cuanto a la teoría que mejor explica su naturaleza jurídica, que constituye el tercer problema propuesto en la introducción, considero que debemos optar por la teoría dualista ya que la salud pública "es un bien jurídico que se estructura sobre la suma de la salud de cada uno de los individuos, pero que cobra independencia de la misma hasta el punto de que para entender como afectado el bien jurídico salud pública, no es preciso constatar siquiera la afección negativa a la salud individual". Pues es un bien jurídico que conserva su naturaleza colectiva y autónoma.

Bajo esa perspectiva, como se ha precisado, para la protección de los bienes jurídicos supraindividuales se recurre a los denominados delitos de peligro abstracto, donde no se requiere la comprobación de una lesión concreta a un interés individual.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS: DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

En esta sociedad de riesgo, en el que vivir resulta ya peligroso, se demanda del derecho penal un adelantamiento de la protección y se le exige que no aguarde la producción del resultado lesivo, sino que castigue las acciones peligrosas por sí mismas. Así, la vida, la salud, la propiedad, el patrimonio de las personas y la hacienda pública —entre otros bienes— se protegen por medio del derecho penal recurriendo a la creación de delitos de peligro, adelantando, como se dijo, las barreras de protección con prescindencia del menoscabo de un concreto bien jurídico.

Los delitos de peligro se distinguen entre los delitos de peligro abstracto y concreto. García Cavero[88] precisa que los delitos de peligro

88 García Cavero, Percy, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Jurista, 2012, p. 129.

abstracto se caracterizan por sancionar comportamientos en general peligrosos sin requerir que se haya puesto en peligro o lesionado un objeto valorado positivamente. Aquí el peligro no es un elemento del tipo y el delito queda consumado, aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido; en cambio, en los delitos de peligro concreto, siguiendo a Cerezo Mir[89], el peligro del bien jurídico es un elemento del tipo, de modo que el delito queda solo consumado cuando se ha producido realmente el peligro del bien jurídico. Desde el punto de vista dogmático, los delitos de peligro concreto son delitos de resultado.

En la doctrina se ha entendido que no se le puede negar al Estado la posibilidad de intervenir para proteger bienes jurídicos supraindividuales, sino de fijar los contornos de dicha intervención, respetando los principios garantísticos que auguren la utilidad, necesidad y eficacia de la intervención, pero al mismo tiempo respetando los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y ultima ratio como criterio de restricción del injusto típico. Con lo cual, como explica García Cavero[90], la aceptación de los delitos de peligro abstracto no significa que se admita cualquier configuración del peligro abstracto, sino que solo puede recurrirse a tal técnica legislativa si se respetan ciertos requisitos: (a) que la conducta prohibida esté claramente descrita, (b) que sea visible su referencia a un bien jurídico, y (c) que se no se vulnere el principio de culpabilidad.

En tal sentido, en este apartado se busca dar respuesta a la última cuestión problemática planteada en la Introducción. Así, en lo que respecta a la naturaleza jurídica del delito de tráfico de drogas, como precisa Joshi Jubert[91], con ello se hace referencia a la cuestión de si se trata de un delito de peligro o un delito de lesión, de un delito de mera actividad o de resultado, además, sirve para concretar la relación entre

89 Cerezo Mir, José, "Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.° 10, 2002, p. 48.

90 García Cavero, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 131.

91 Joshi Jubert, Ujala, Los *delitos de tráfico de drogas I*, ob. cit., p. 27.

conducta, bien jurídico y objeto material, y determinar las relaciones concursales, así como, por ejemplo, las formas de imperfecta ejecución, autoría y participación, entre otras cosas.

En cuanto a la afectación o puesta en peligro del bien jurídico protegido salud pública, la doctrina mayoritaria considera que los delitos de tráfico ilícito de drogas son delitos de peligro abstracto.[92] Lorenzo Salgado precisa, en ese marco, que los tipos penales que reprimen el tráfico ilícito de drogas adoptan un adelantamiento de las barreras de protección al momento mismo en que se origina el peligro para el bien jurídico, o en el que surge la conducta peligrosa, anticipando, así, la consumación del delito a fin de evitar que la efectiva lesión del objeto de tutela llegue a verificarse. Se estructuran la mayoría de los tipos relativos a la salud pública como delitos de peligro, construyéndose esencialmente como delitos de peligro abstracto.[93]

En la jurisprudencia comparada también se llega a la misma conclusión, así, por ejemplo, la STS español N.° 444/2005 de 11 de abril del 2005 precisa lo siguiente:

> [E]l delito contra la salud pública por tráfico ilegal de drogas es un delito de peligro abstracto. Como tal, sanciona conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión[94].

92 Cfr. Bacigalupo, Zapater, Enrique, "Problemas dogmáticos del delito de tráfico ilegal de drogas", en *La problemática de la droga en España. Análisis y propuestas político criminales*, Madrid: Edersa, 1986, p. 91 y ss; Mora Alarcón, J. A., *Suma de derecho penal. Parte general y especial*, Madrid: Edisofer, 1996, p. 529; Lanchedo Velasco, C. M., y Concepción Molina Blázquez, *Derecho penal español. Parte especial*, 2.ª Madrid: Tecnos, 1996, p. 353.

93 Lorenzo Salgado, "Los delitos contra la salud pública en el Código Penal de 1995: aspectos básicos", art. cit., p. 412.

94 Cfr. en el mismo sentido, SSTS 353/2007, de 7 de mayo; 77/2007, de 7 de febrero; 1243/2006, de 27 de diciembre; 131/2005, de 7 de febrero, y 717/2004, de 3 de junio, entre otras.

El adelantamiento o anticipación de las barreras punitivas, mediante el recurso a la técnica de los delitos de peligro, responde a la entidad del bien jurídico, en cuanto que la protección penal no va dirigida a impedir, en primera línea, que emerja el peligro de destrucción o menoscabo de la salud de un concreto miembro de la comunidad, sino la salud de todos o parte de los que la componen. De esta manera, como sostiene Lorenzo Salgado[95], una característica dogmática de esta clase de delitos consiste en que los mismos aparecen estructurados como delitos de peligro común. Sobre estos delitos, Alvarez García manifiesta que:

> El peligro se da para un conjunto de personas, o bien, cuando se trata solo de una persona, que esta no se vea afectada de un modo individualizado (como 'esa' determinada persona), sino que los sea en cuanto parte de una generalidad indeterminada[96].

En ese marco, Álvarez García *et al.*[97] reflexionan que en este tipo de delitos, en los que el riesgo para el bien jurídico es remoto, pueden plantear problemas desde el punto de vista del principio de culpabilidad y de ofensividad. Sin embargo, lo cierto es que dichas estructuras, que se configuran como barreras de protección anticipada, resultan inevitables en algunos casos para llevar a cabo una protección eficaz de los bienes jurídicos. En efecto, hay situaciones en las cuales la utilización de esta fórmula no se puede evitar la vía interpretativa, ni al Legislador, y si se quiere proteger eficazmente determinados bienes jurídicos, normalmente de titularidad colectiva (como la salud pública, el medio ambiente, etc.), no queda más remedio que acudir a esta clase de estructuras.

En la misma línea, Peña Cabrera Freyre precisa lo siguiente:

> Delitos como el TID, para acreditar su efectiva realización típica, no requiere constatar que se haya afectado la salud de una persona

95 Lorenzo Salgado, "Los delitos contra la salud pública en el Código Penal de 1995: aspectos básicos", art. cit., p. 412.

96 Escriva Gregori, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal*, Barcelona: Bosch, 1967, p. 67.

97 Álvarez García, Javier *et al.*, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., pp. 25 y 26.

> en concreto, siendo suficiente una puesta en peligro, en términos probabilísticos y de cierta forma potenciales, no conforme a la faz de un peligro concreto, sino más bien la fórmula elegida para ser la de un peligro abstracto, cuya verificación en términos probatorios flexibiliza la tarea de los órganos de persecución. Acá no resulta viable contemplar un daño visible y palpable, es decir material, sino que el disvalor de la conducta se construye a partir de un juicio apriorístico, en cuanto a un pronóstico de lo que puede suceder si es que la promoción y difusión de drogas ilegales se sigue propagando a mayores cuotas de la sociedad[98].

Por ello, se puede concluir, siguiendo a Núñez Paz y Guillén López[99], que en este tipo de delitos no se tutela un bien o derecho concreto, sino la posibilidad de que la salud pública se vea menoscabada por cualquiera de las conductas tipificadas en su articulado[100]. En tales ilícitos no es necesario que se localicen a las terceras personas afectadas. En el caso concreto de los delitos contra la salud pública es indistinto que la lesión pueda provocarse en particular a una persona determinada (sea grave o afecte poco a su salud)[101], considerándose que la salud pública es típicamente lesionada cuando se realiza alguna de las conductas previstas por el ordenamiento jurídico para protegerla[102]. Gonzalez Wittig[103], considera que al estar en presencia de un delito

98 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos,* ob. cit., p. 42.

99 Núñez Paz y Guillén López, ob. cit., p. 87.

100 *Vid.* Sequeros Sazatornil, "El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico", art. cit., p. 70

101 El Tribunal Supremo español en su sentencia del 26 de noviembre de 1993, precisó que: "El bien protegido es la salud pública colectiva, por ello no es necesario que se concreten determinados sujetos pasivos lesionados en su salud personal por el consumo de la droga. Se trata de un riesgo común que se quiere cortar en su fuente potencial, llevando la ley penal al área de prevención de los daños concretos. Por eso el art. 368 CP enumera hechos punibles que para su consumación basta con que estén destinados para ese fin". STS de 26 de noviembre de 1993, Pn. Justo Carrero Ramos (RJ 8826).

102 En este sentido: Romeral Moraleda, A. y M. García Blázquez, *Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses,* Granada: Comares, 1993, p. 3.

103 Gonzalez Wittig, Marcos, *El delito de tráfico ilícito de drogas*, ob. cit., p. 54.

de peligro hay un adelantamiento en el ámbito de la punibilidad y se sanciona por realizar cualquier actividad destinada a difundir la droga entre la sociedad, sin que ello necesariamente ocurra en la realidad. Por lo tanto, al ser sancionado cualquier acto que implique difundir la droga entre terceros, resulta difícil justificar cualquier supuesto que contemple formas imperfectas de ejecución.

En los delitos de peligro siempre debe existir una potencialidad de daño al bien jurídico protegido, por ello, no se puede confundir el peligro abstracto ni con la ausencia de verdadero peligro, ni con un pretendido peligro presunto, ni con un delito de simple desobediencia o formal. Así lo pone de manifiesto el Tribunal Supremo español en su sentencia del 25 de marzo de 1993, cuando advierte que, aunque esté jurisprudencialmente reconocido que la figura del art. 344, constituye un delito de peligro abstracto. No cabe confundir ese peligro abstracto con un peligro presunto, pues ello vulneraría el esencial derecho constitucional a la presunción de inocencia. El peligro ha de ser siempre una potencialidad de daño, por lo que el peligro abstracto solo quiere decir que en el momento de la consumación anticipada, con que se configura el tipo no están concretados o determinados —ni tienen por qué estarlo—los sujetos cuyo bien jurídico de la salud puede verse afectado por el agotamiento de la acción, pero no puede faltar la posibilidad remota del daño. Por ello, si en el caso concreto puede concluirse que no hay peligro efectivo para la salud de otras personas, faltará el sustrato de la antijuridicidad del acto, por lo que no se da en él la adecuación al tipo, pues de otro modo, lo que aparece construido por el legislador como un delito de peligro abstracto pasaría a convertirse en una figura de mera desobediencia y, por ende, sin contenido material de antijuridicidad[104].

104 Sentencia del Tribunal Supremo español N.° 715/1993, de fecha 25 de marzo de 1993. En esa línea la STS español N.° 444/2005 de 11 de abril del 2005, señala que: "lo que se sanciona es la puesta en peligro del bien jurídico, razón por la cual deben quedar excluidas de la punición por este delito aquellas conductas en las que, aun cuando aparentemente se realice la conducta típica, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido [...] desde el punto de vista de la antijuridicidad material lo que se requiere es que el

El mismo razonamiento se observa en la sentencia del 25 de agosto de 1995 del Tribunal de Mar del Plata-Argentina en la causa *Goytino, Néstor B.* y otros, al precisar lo siguiente:

> El bien jurídico determina el injusto y, por consecuencia el delito, que no existe si no se produce alguna situación que ponga en peligro dicho bien. Por tanto, no basta para la configuración del delito que la acción descripta se adecúe a la conducta imputada si esta no tiene entidad para afectar el bien jurídico, como sucede en el caso de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. El delito de peligro no puede desentenderse de que se dé o no efectivamente una situación de peligro, pues de lo contrario se convertiría a tales delitos en meros actos de indisciplina social, principio que también es aplicable a los delitos de peligro abstracto, como la tenencia ilegítima de sustancias estupefacientes para consumo personal. Debe actuarse con especial cuidado en la configuración de delitos de peligro abstracto, como es la tenencia de estupefacientes, pues en los mismos el fundamento es la mera peligrosidad, de modo tal que corresponde establecer si la conducta objeto de juzgamiento se encuentra por debajo o por encima del nivel de ilicitud previsto en la ley, en cuanto la misma sea potencialmente peligrosa para el bien jurídico tutelado. Por ello, en un Estado de derecho democrático, debe verificarse necesariamente el peligro corrido por el bien jurídico; el delito es ante todo un hecho dañoso y socialmente peligroso, solo secundariamente implica un disvalor ético. En consecuencia, el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal cumplirá con dichas exigencias, cuando la detentación de la sustancia prohibida pueda afectar la salud pública, es decir, porque tiene drogas en lugares públicos con ostentación o haciendo gala de ello, en caso contrario la conducta devendrá atípica. En nuestro Estado de derecho cada ciudadano es libre de elegir lo que puede o no consumir, pero si se trata de alcaloides y lo hace con trascendencia a terceros cometerá delito.

---

hecho no solo infrinja una norma sino que además produzca la lesión de un bien jurídico. En delitos como el tráfico de drogas, lo relevante es que, además de la infracción formal de la norma, puede apreciarse un riesgo para el bien jurídico".

En suma, como advierte MANJÓN-CABEZA[105], para decir que la salud pública ha sido afectada es necesario constatar el peligro para terceras personas, aunque no deban determinarse esas personas. Con lo cual, como sostiene ACALE SÁNCHEZ[106], nos encontramos ante un delito de mera actividad, en la medida en que el tipo se contenta con la realización de un comportamiento, sin que se precise la producción de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta. Así se adelanta la consumación a un momento en el que ni siquiera es preciso que algún consumidor entre en contacto con las drogas, pues ese dato entra dentro de la fase de agotamiento del delito.

De la misma posición son FALCONE y CAPPARELLI[107], quienes refieren que los delitos de tráfico de estupefacientes son delitos de peligro abstracto en cuanto lo relevante es la ejecución de la conducta descripta en el tipo, consideran, a su vez, a tales ilícitos como de mera actividad. Además, también serían delitos de consumación anticipada, pues en este caso la consumación exige únicamente el concurso de los elementos objetivos y subjetivos que los integran, es decir, el *corpus* (droga) y el *animus* o intención de destinarla al tráfico. El logro u objetivo final perseguido pertenece no a la fase de consumación, sino a la de agotamiento. MARTÍNEZ BOLUDA[108] entiende que el tráfico ilícito de drogas al ser un delito de consumación anticipada impide, o por lo menos dificulta, la posibilidad de una ejecución inacabada; es decir, las formas imperfectas de ejecución.

Ello quiere decir, como lo entiende JOSHI JUBERT[109], que en el delito de tráfico de drogas se protegen dos bienes jurídicos que mantienen,

105 MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, "Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LVI, 2008, p. 95.

106 ACALE SÁNCHEZ, María, *Salud pública y drogas tóxicas*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, p. 33.

107 FALCONE y CAPPARELLI, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, ob. cit., pp. 89 y 90.

108 MARTÍNEZ BOLUDA, Francisco, "Análisis jurídico del delito de tráfico de drogas", en *RGD*, n.°100, 1996, p. 969.

109 JOSHI JUBERT, Los *delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 45.

solo en cierto modo, una relación de progresividad: inmediatamente la salud pública, mediatamente, la salud individual. Peña Cabrera Freyre[110] reflexiona lo siguiente:

> [E]n esta clase de delitos no ha de esperarse que tome lugar un estado de efectiva lesión a la salud de un individuo, sino que la orientación —marcadamente preventiva— del derecho penal moderno supone su anticipación, mediante la tipificación de delitos de peligro abstracto, instrumento indispensable para la tutela de bienes jurídicos supra-individuales, dando lugar a una denominación de "bienes jurídicos intermedios", pues estos posibilitan justamente la efectiva realización de los intereses jurídicos personalísimos, en el caso que nos ocupa, la salud individual de los comunitarios.

En esa línea de pensamiento, el autor nacional concluye lo siguiente:

> [S]i un comportamiento pone en peligro la salud pública es porque tiene capacidad para dañar la salud individual, aunque efectivamente no lo haga. Por eso se dice que en los delitos contra la salud pública se protege inmediatamente el bien jurídico que les da nombre, pero mediatamente la salud individual, que no alcanza la categoría de segundo bien jurídico, pero sí permanece como referencia.

El Tribunal Supremo español, en su sentencia del 24 de setiembre de 1996, precisa las características del delito de tráfico de drogas:

> Viene manteniendo la jurisprudencia que el art. 344, CP *configura un delito de peligro abstracto, de consumación anticipada, de mera actividad o resultado cortado*, en el que, salvo casos excepcionales, no se admiten formas imperfectas de ejecución, excepcionalidad caracterizada por no haberse alcanzado la posesión material de la droga por el destinatario y no poder imputársele ningún género de disponibilidad sobre ella. La puesta a disposición de la ilícita mercancía equivale a su entrega, conforme al art. 399 Código de Comercio; además de la posición

110 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., pp. 42 y 43. En el mismo sentido: Pedreira González, *El delito de tráfico ilícito de drogas*, ob. cit., p. 58.

> inmediata ha de contarse con la mediata, en que basta la intención de poseer, la sujeción del objeto a la acción de la voluntad, aunque la cosa no esté de hecho incorporada al poseedor, es decir, no tenga la posesión material de la misma. El elemento de la consumación se anticipa al de la concurrencia de los elementos integrantes del delito, el objetivo, representado por la tenencia o el corpus, bastando al respecto una eventual, pero efectiva, disponibilidad sobre la droga, y el *animus*, inferible de los datos objetivos debidamente acreditados.

En suma, Todolí Gómez[111] reflexiona que este delito no exige una lesión concreta, ofreciéndose como de peligro abstracto y de riesgo común, en cuanto que la conducta a que atiende se cierne como amenazante riesgo sobre la salud pública. Aquí el peligro no es un elemento del tipo, sino la razón o motivo que llevó al legislador a incriminar la conducta, de forma que, ante la contemplación de un proceder peligroso, el legislador, sin otras exigencias, sanciona su realización con una pena. Por tanto, este delito es formal o de mera actividad, no necesitando la demostración de que se produjo efectivamente la situación de peligro, al no formarse este como elemento configurador del tipo.

Las consecuencias prácticas de entender a los delitos de tráfico ilícito de drogas como delitos de peligro abstracto son, al entender de Joshi Jubert[112], a) Consumación anticipada: esta tiene lugar con la simple posesión de la droga, sin que sea necesario para culminar su perfeccionamiento la realización de actos de tráfico, ni, en definitiva, la efectiva lesión del bien jurídico[113]; b) Difícil admisión de los actos preparatorios

111 Todolí Gómez, Arturo, "Consideraciones político-criminales en materia de tráfico de drogas a raíz de la L.O 15/03 de 25 de noviembre por la que se modifica el Código Penal", en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, agosto-diciembre 2006, p. 3.

112 Joshi Jubert, Los *delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 44. En el mismo sentido: Núñez Paz y Guillén López, ob. cit., p. 89.

113 Bustos Ramírez coincide en señalar que estamos ante un delito de consumación anticipada, pues el mismo se consuma con la mera tenencia de las sustancias prohibidas, siempre que se pruebe que dicha posesión o tenencia es para los fines exigidos por el tipo penal. Cfr. Bustos Ramírez, Juan, *Derecho penal. Parte especial*, t. II, Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009.

punibles y de las formas de imperfecta ejecución; en la jurisprudencia española estas se han llegado a admitir en casos en que el traficante no ha accedido a ninguna forma de disponibilidad de la droga; c) No se penaliza el hecho en función del daño concreto e individualizado causado a una determinada persona, en cuyo supuesto habría que acreditar la relación causal entre el consumo de la droga y el daño[114]; d) Delito de mera actividad, al considerar que los delitos de peligro abstracto son de mera actividad peligrosa[115]; e) Exigencia de un verdadero peligro, cuando en el caso concreto puede excluirse *exante* peligro efectivo para la salud colectiva, faltará el sustrato de la antijuridicidad del acto, por lo que no se dará la adecuación al tipo, pues de otro modo, lo que aparece construido por el legislador como delito de peligro abstracto pasaría a convertirse en figura de mera desobediencia sin contenido material de antijuridicidad.

Dentro de la discusión de la potencialidad de peligro de afectación del bien jurídico tutelado en cuanto su configuración como delitos de peligro abstracto, la jurisprudencia española ha desarrollado supuestos fácticos donde, a pesar de que formalmente se configura el tipo penal de tráfico de drogas, se estima que no ponen en peligro el bien jurídico protegido, por considerar que se trata de un comportamiento socialmente aceptados; por estimar que el riesgo es insignificante; por no existir proporcionalidad entre el comportamiento realizado y la pena

114 El legislador establece la necesidad de incriminación de estas conductas basándose en la necesidad de mantener mínimamente un bienestar al ciudadano, sin atender el daño concreto que en cada caso se pueda producir, fijándose exclusivamente y de forma genérica en la salud. En el art. 368 del CP español, se hace una distinción entre drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas que causen grave daño a la salud y las otras sustancias, pero aquí tampoco se requiere un daño concreto a un individuo concreto, sino que se toma en cuenta la naturaleza de la droga y el menoscabo que pueda producir en abstracto a la salud, como criterio para imponer la pena.

115 El ser considerado un delito de mera actividad supone que no se requiere ningún resultado que supere la pura conducta típica. Cfr. Rey Huidobro, Luis, *El delito de tráfico de estupefacciones*, Barcelona: Bosch, 1987, p. 202; Lorenzo Salgado, "Los delitos contra la salud pública en el Código Penal de 1995: aspectos básicos", art. cit., p. 412.

contemplada en la ley, o por faltar la finalidad de traficar requerida por el tipo penal. Estos supuestos fácticos son, entre otros, el autoconsumo y consumo compartido, la invitación o donación a sujeto determinado, las entregas compasivas y la venta de una pequeña cantidad de droga.

En la doctrina argentina también se han desarrollado estos supuestos de atipicidad, así, Falcone y Capparelli nos explican lo siguiente:

> [N]o serán típicas, según entendemos, las conductas autorizadas administrativamente (riesgo permitido), orientadas al autoconsumo o consumo asimilados al autoconsumo —consumo compartido o permuta de droga entre consumidores para el inmediato consumo—en ámbitos de exclusiva privacidad y sin ostentación o trascendencia a terceros (riesgo insignificante), los casos de coqueo (adecuación social), suministros para paliar el síndrome de abstinencia de familiar o amigo (adecuación social o disminución de riesgo), los supuestos de tenencia exigua o insignificante inidónea para afectar de forma relevante el bien jurídico-penal protegido (riesgo insignificante) y [...] ausencia de finalidad de traficar...[116].

En suma, en los delitos de tráfico ilícito de drogas, al proteger un bien jurídico de carácter supraindividual, se adopta la técnica legislativa de delito de peligro abstracto, que supone el adelantamiento de las barreras de punición ante la potencialidad de lesión del bien jurídico. Lo que da respuesta a la cuestión sobre la naturaleza jurídica de los delitos de tráfico ilícito de drogas, como delitos de peligro abstracto que suponen un adelantamiento, legítimo, a las barreras de punición.

En conclusión, la salud pública es un bien jurídico que merece protección penal, en consecuencia, los delitos relativos al tráfico de drogas no son infracciones formales, sino que contienen antijuridicidad material. La salud pública al ser un concepto autónomo, distinto a la mera suma de las saludes individuales, se verá afectado solo en el caso de que realmente concurra peligro —aunque lejano— para terceras personas. No obstante, puesto que no es un delito de lesión sino de pe-

116 Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, ob. cit., pp. 60 y 61.

ligro abstracto, no es necesaria la identificación de las terceras personas afectadas. Es indiferente que el daño que pueda causarse en concreto a una persona determinada sea o no grave, a efectos de aplicación de este precepto penal. La salud pública se pone en peligro, o mejor, resulta típicamente afectada cuando se realiza alguna de las conductas prevista en el CP, siendo indiferente que ello se haga a título oneroso o lucrativo, habida cuenta que en estos casos el desvalor de la acción nada tiene que ver con el ánimo de lucro de su autor.

IV. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Del estudio sobre el bien jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de drogas, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1. El bien jurídico es un valor anterior a la norma, que encuentra su consagración en la Constitución del Estado, y que suponen los intereses más valiosos de una determinada comunidad política, por ello, el legislador se limita a identificarlo y seleccionarlo como merecedor de protección mediante la norma penal, dentro de una política criminal racional. Los principios que acompaña la configuración dogmática del bien jurídico son, por tanto, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, y el principio de lesividad.

2. El concepto de bien jurídico solo es el primer paso para la limitación del *ius puniendi* estatal, ya que de este concepto no se puede esperar que por sí mismo proporcione instrumentos político-criminales para determinar con exactitud la necesidad o no de la intervención penal. Para ello, se deben analizar las conductas verificando cuál de ellas afectan realmente al bien jurídico en cuestión, y si la conducta resulta realmente grave y no existe otra forma de reaccionar adecuadamente contra la misma, tendría que recurrirse a la vía del derecho penal. Esta circunstancia supone, como explica el autor nacional, que la conducta es "merecedora de pena" (bajo consideración de fina-

lidades de la pena estatal) y "necesita pena" (bajo consideraciones de finalidades de la pena estatal).

3. Un rasgo fundamental que identifica a los bienes jurídicos colectivos es que tienen una titularidad supraindividual, que protege intereses que involucran a una colectividad en general, pero que son indispensables para que individuos concretos disfruten de esferas de libertad, esto es, que se refieren a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico, que están en relación con la participación de todos en el proceso económico-social. Otra característica de los bienes jurídicos supraindividuales es su indisponibilidad, la cual genera la ineficacia jurídico-penal del consentimiento en la lesión o puesta en peligro de alguno de estos bienes. Además, se atribuye a estos bienes jurídicos su indivisibilidad, por cuanto no son susceptibles de ser divididos ni adjudicados a sus titulares, con lo cual basta la presencia de una víctima genérica, que el hecho concreto tenga la intensidad de causar una puesta en peligro del bien jurídico colectivo para justificar la intervención penal. Se dice, entonces, que los bienes jurídicos colectivos tendrán relevancia penal, en la medida en que su protección constituya una condición indispensable para salvaguardar intereses individuales, no obstante, las discrepancias surgen a la hora de definir cómo se estructura dicha relación.
4. Para resolver este problema se plantean tres teorías a) los que sostienen que los bienes jurídicos preservados frente a colectivos determinados son en realidad individuales, pues siempre afectan a bienes jurídicos como la salud individual, la vida, la integridad personal o el patrimonio; b) los que defienden esta posición consideran que estos bienes jurídicos conservan su naturaleza colectiva, pues además de que sus titulares comparten iguales aspiraciones de protección con relación con los ataques a sus bienes jurídicos, también ellos pueden ser sustituidos sin que se afecte la subsistencia del bien jurídico; y c) los que sostienen que para proteger aquellos bienes jurídicos supraindividua-

les inmateriales, que jamás podrán ser vulnerados por una acción típica individual, sino solo por una multiplicidad de estos, es que el tipo penal se elabora sobre la base de un bien jurídico intermedio "representante" o con función representativa, que será el inmediatamente afectado por el acto lesivo individual.

5. Conforme a la jurisprudencia del TC el derecho a la protección de la salud es un derecho relacional, se vincula a otros derechos, tales como la vida e la integridad física, el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, el derecho a la seguridad social y el derecho a la igualdad. Principalmente se relaciona con el derecho a la vida, pues se ha entendido que por medio de la tutela a la salud las personas preservan su vida. Se entiende, también, que el Estado asume la obligación de garantizar, en la medida de lo posible, las condiciones de salud pública, a través de un sistema de prestaciones de salud de manera progresiva, ya que se trata de un derecho que requiere de acciones prestacionales; asimismo, el Estado debe realizar todas aquellas acciones tendentes a prevenir los daños a la salud de las personas, conservar las condiciones necesarias que aseguren el efectivo ejercicio de este derecho y atender; en ese marco, se dice que el derecho a la salud es un derecho de acciones positivas del Estado o un derecho de prestaciones en sentido amplio.
6. La Constitución del Estado al consagrar el derecho a la protección y promoción de la salud de la comunidad, mediante acciones prestacionales, y al establecer la obligación estatal de velar por que nadie, ni el propio Estado ni un particular, la afecte o menoscabe, legitima al legislador la selección de este bien jurídico protegido colectivo salud pública como merecedor de protección penal. Se puede entender, entonces, a la salud pública como un bien jurídico institucionalizado que tiende a garantizar el pleno ejercicio al derecho a la salud de los ciudadanos en una determinada sociedad.
7. La Constitución del Estado al consagrar el derecho a la protección y promoción de la salud de la comunidad, mediante accio-

nes prestacionales, y al establecer la obligación estatal de velar por que nadie, ni el propio Estado ni un particular, la afecte o menoscabe, legitima al legislador la selección de este bien jurídico protegido colectivo salud pública como merecedor de protección penal, conforme al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y de lesividad. Pero, además, la selección que hace el legislador respecto al bien jurídico tutelado en estas conductas que justifican plenamente la intervención del derecho penal, se ve reforzada por la obligación constitucional de tipificar adecuadamente los delitos de tráfico ilícito de drogas que comprenda todo el ciclo de este fenómeno, esto es, la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la distribución, la entrega en cualquiera de sus condiciones, la importación o la exportación, la posesión o la adquisición de cualquier estupefacientes o sustancia sicotrópica.

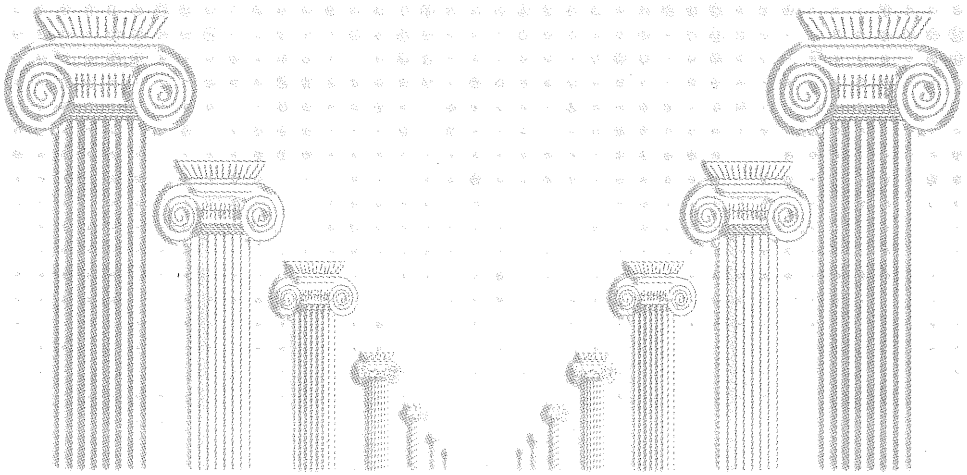
8. La salud pública es un bien jurídico que se estructura sobre la suma de la salud de cada uno de los individuos, pero que cobra independencia de la misma hasta el punto de que para entender como afectado el bien jurídico salud pública, no es preciso constatar siquiera la afección negativa a la salud individual. Con lo cual se constata que la salud pública responde a la característica de los bienes jurídicos supraindividuales, ya que su titularidad no corresponde a un individuo o grupo de individuos concretos, sino que protege intereses que involucran a una colectividad en general, pero que son indispensables para que individuos concretos disfruten de esferas de libertad. Además, resulta indisponible e indivisible por cuanto no es susceptible de ser dividido ni adjudicado a sus titulares, con lo cual basta la presencia de una víctima genérica.
9. En cuanto a la teoría que mejor explica la naturaleza jurídica de la salud pública, esta es la dualista, *ya que es un bien jurídico que se estructura sobre la suma de la salud de cada uno de los individuos, pero que cobra independencia de la misma hasta el punto de que para entender como afectado el bien jurídico: salud pública, no es preciso*

constatar siquiera la afección negativa a la salud individual. Con lo cual, es un bien jurídico que conserva su naturaleza colectiva y autónoma.

10. El delito contra la salud pública por tráfico ilegal de drogas es un delito de peligro abstracto. Como tal, sanciona conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión. No se requiere, entonces, la identificación de una víctima concreta.

CAPÍTULO III

OBJETO MATERIAL DEL DELITO EN EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS



El objeto material sobre el que recae las conductas de tráfico ilícito de drogas, contenidas en el art. 296 del CP, son las "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas"; sin embargo, el Código Penal no ofrece una definición de este concepto. Por ello, la doctrina sostiene que el primer problema interpretativo del tipo penal de tráfico de drogas es, precisamente, el que atañe al significado del objeto sobre el que recaen las conductas tipificadas. En la doctrina se han planteado dos soluciones para afrontar esta problemática. La primera propone considerar el elemento "drogas tóxicas" como una norma penal en blanco, siendo necesario para completar este concepto recurrir a la lista de drogas tóxicas contenidas en la legislación administrativa o en los tratados internacionales que reprimen el tráfico de drogas; mientras que una segunda postura propone considerar el concepto "drogas tóxicas" como un elemento normativo del tipo, y como tal, para completar el mismo se parte de los preceptos del Código Penal, de su bien jurídico, de su dañosidad y de su ubicación sistemática, siendo labor interpretativa del juez establecer en cada caso el objeto material del delito.

En ese contexto, bajo la primera postura se sostiene que, en un caso concreto, de encontrarse una sustancia que sea traficada, y que cause dependencia y grave daño a la salud, pero que no se encuentre en ninguna de las listas de las normas administrativas o de los tratados internacionales, por principio de legalidad, esa conducta sería impune. Sin embargo, la segunda postura, atendiendo a las características de la sustancia y su potencialidad de vulnerar el bien jurídico protegido, a pesar de no encontrarse en ninguna de las listas, ni de las normas administrativas ni en los tratados internacionales, considera que si cabría sancionar esa conducta, sin lesionar el principio de legalidad. En ese marco, nos planteamos la siguiente pregunta: ¿El elemento "droga tóxica, estupefacientes o sustancias psicotrópicas" en el tipo penal de tráfico

ilícito de drogas, debe ser considerado una norma penal en blanco o un elemento normativo del tipo?

Para responder a la interrogante planteada debemos tener en cuenta que cualquier interpretación que se haga sobre el alcance del objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas no puede pasar por alto la obligación internacional del Estado peruano de tipificar en su ordenamiento interno todas las conductas de producción: la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación, posesión o adquisición sobre cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en los convenios internacionales sobre la materia. Por ello, resulta relevante discutir el nivel de vinculatoriedad de las listas de esos convenios para la interpretación del primer y segundo párrafo del art. 296 del CP.

Respecto de la doctrina que entiende que el concepto de "drogas tóxicas" debe considerarse como una norma penal en blanco; se le pueden hacer tres cuestionamientos concretos: el primero, que la remisión a listas contenidas en los tratados internacionales no toma en cuenta que en las mismas no se hace mención que las sustancias enumeradas causen grave daño a la salud propio del bien jurídico tutelado, o que causan dependencia física o psíquica, con lo cual algunas sustancias aunque se incluyan en las listas podrían no ser idóneas como objeto material del delito, o en todo caso este sistema rígido no permite que en la legislación interna se realice una clasificación entre drogas duras y blandas que facilite una mejor graduación de la pena; el segundo cuestionamiento, más bien técnico, es que para que un tipo penal sea considerado una norma penal en blanco debe realizar de manera expresa la remisión a las normas extrapenales que deben completarlo; y tercero, es que podrían existir sustancias no incluidas en las listas que por sus características de afección grave a la salud y, como causar dependencia física o psíquica, sí tendrían que ser consideradas como objeto material del delito, pues de lo contrario se crearían escenarios de impunidad.

Respecto a este último cuestionamiento, según el Informe Mundial sobre las Drogas 2013 de la *United Nations Office on Drugs and Crime*

(UNODC), en los últimos años han hecho su aparición 251 nuevas sustancias psicoactivas (NSP), que son traficadas en Europa y Estados Unidos de América, y cuyo consumo afecta gravemente a la salud, pero que al no estar comprendidas en las listas de esos convenios (ni en la norma administrativa nacional), su tráfico resultaría impune. Lo que ha generado que por primera vez en la historia se ponga en cuestionamiento y entre en crisis el sistema de clasificación internacional de drogas de las Naciones Unidas. Ya que, si bien los convenios internacionales establecen un procedimiento para la actualización de sus listas, para la incorporación de nuevas sustancias este procedimiento ha sido considerado por la doctrina especializada como muy lento, más aún cuando se ve dificultado por las pugnas entre los organismos dedicados a evaluar y sugerir las nuevas incorporaciones como la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE). Además, aunque los convenios internacionales precisan un procedimiento de clasificación provisional para las nuevas sustancias para que sean sometidas a diversas restricciones, fiscalización y control por los Estados partes, estos procedimientos de clasificación provisional tampoco son muy expeditos.

I. EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO

Como sostiene Kierszenbaum[1], debe distinguirse entre objeto material y objeto jurídico del delito[2], siendo este último el bien jurídico. El objeto material, u objeto de la acción, es aquel ente físico sobre el cual, concretamente, recae la acción del sujeto. Por ejemplo, en el delito de hurto es el objeto material del delito la cosa mueble que ha sido sustraída, y el bien jurídico es la propiedad[3].

1 Kierszenbaum, Mariano, "El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual", en *Lecciones y Ensayos,* n.° 89, Buenos Aires: 2009, p. 193.

2 Aguirre Obarrio, Eduardo, "Preludio al bien jurídico", en *Lecciones y ensayos,* 2.ª época, n.° 1, Buenos Aires: 1981, p. 17.

3 Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general,* t. I, traducido por Diego Manuel Luzón Peña *et al.*, Madrid: Civitas, 1997, p. 54.

En el mismo sentido lo plantea Villa Stein[4], cuando refiere que tenemos objeto material del delito y objeto jurídico. El primero es aquel sobre el que recae la acción típica y puede ser persona o cosa, como en el homicidio y hurto respectivamente. El objeto jurídico en cambio viene a ser el bien jurídico que se tutela; la propiedad en el hurto; la vida en el homicidio; el honor en la injuria.

Callegari[5] sostiene que la doctrina menciona que el objeto material de delito es la persona o cosa sobre la cual recae la acción del delito. La discusión se centra en torno al objeto material respecto a sus relaciones con el bien jurídico, pues se afirma, desde todas las posiciones doctrinales, la necesidad de distinguir el objeto material del objeto jurídico del delito, referido este último al bien tutelado por el derecho o bien jurídico del delito. Gálvez Villegas[6] señala que por objeto del delito se entiende todo bien o interés sobre el cual recae la acción delictiva, es decir, el bien afectado a través de una lesión o de una puesta en peligro por la acción u omisión del autor del delito; pudiendo ser la propia persona, cuando se trata de atentados contra la vida, el cuerpo y la salud. La acción delictiva puede ocasionar un daño directamente al objeto de protección (menoscabo al bien o cosa específica) o afectar el interés de su titular respecto a dicho objeto, como sucede cuando se priva del bien a su titular (sustracciones, hurtos, etc.). Esto es, constituyen el objeto del delito los intereses o elementos representativos del bien jurídico protegido por la norma penal, es decir, que existen previamente a la realización de la acción delictiva. Es la acción delictiva la que ataca este interés jurídicamente protegido.

Bajo esa perspectiva, Berdugo[7] reflexiona que los bienes jurídicos no aparecen como objetos aprehensibles del mundo real, son por

4 Villa Stein, Javier, *Derecho penal. Parte general,* Lima: Ara, 2014, p. 281.

5 Callegari, André Luís, *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 152.

6 Gálvez Villegas, Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N.° 27765,* Lima: Jurista, 2009, p. 80.

7 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio *et al., Lecciones de derecho penal. Parte general,*

definición valores ideales (inmateriales) del orden social sobre los que descansa la armonía, el bienestar y la seguridad de la vida en sociedad. En consecuencia, como anota VILLAVICENCIO[8], no se debe confundir el objeto de la acción [u objeto material del delito] con el bien jurídico. El bien jurídico aparece como un objeto inmaterial, se presenta como un valor ideal, frente al acto agresor del agente. En el objeto de la acción el menoscabo es real, susceptible de concretarse materialmente.

En cuanto a las funciones que en el marco de la teoría del delito le corresponden al concepto de objeto material del delito y su relación con el bien jurídico tutelado, GRACIA MARTÍN[9] define el objeto material del delito u objeto de la acción como "el objeto del mundo empírico sobre el que la acción produce directa e inmediatamente efectos que solo tienen un significado remoto para el bien jurídico". Estos efectos pueden consistir en la creación de una situación de peligro para el objeto material del bien jurídico, o incluso en los delitos sin objeto material, para el bien jurídico. Y, a juicio de este autor, las funciones que puede desempeñar el objeto material del delito son: a) La función "limitativa" de la protección del bien jurídico en cuanto que este, como valor, puede encarnarse en multitud de objetos reales, siendo así que el legislador puede considerar que solo existe injusto material merecedor de amenaza de pena cuando la lesión de aquel materializa en determinados objetos y no en otros; b) La función "diferenciadora" entre tipos delictivos que protegen un mismo bien jurídico; c) La función, en los delitos de resultado, de "representar al resultado típico del delito en el sentido de que su lesión identifica la lesión o peligro típicos del bien jurídico".

En suma, resulta conveniente distinguir entre bien jurídico y objeto material (del bien jurídico) u objeto de la acción. El objeto es uno de los elementos estructurales del tipo. En la estructura del tipo es necesario

---

Barcelona: Praxis, 1996, p. 127.

8 VILLAVICENCIO TERRERO, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2010, p. 316

9 GRACIA MARTÍN, Luis, *La infracción de deberes contables y registrables tributarios en derecho penal*, Madrid: Trivium, 1990, p. 249.

distinguir entre objeto material (u objeto de la acción) y objeto jurídico. El primero se halla constituido por la persona o cosa sobre la que ha de recaer físicamente la acción, y puede coincidir con el sujeto pasivo (por ejemplo, en el homicidio y las lesiones), pero no es preciso. Así, por ejemplo: en el delito de hurto el objeto material es la cosa hurtada, mientras que el sujeto pasivo es la persona a quien se hurta. El objeto jurídico equivale al bien jurídico, es decir, el bien objeto de protección de la ley. Poniendo nuevamente como ejemplo el delito de hurto, el objeto jurídico es la propiedad de la cosa en tanto que el objeto material es la cosa hurtada.

En el caso del delito de tráfico ilícito de drogas el bien jurídico tutelado corresponde a la salud pública, que se estructura como la suma de las saludes individuales pero que alcanza autonomía, este bien que se ve afectado solo en el caso de que realmente concurra peligro —aunque lejano— para terceras personas, en cuanto a su naturaleza de delito de peligro abstracto[10]. Y en ese marco, como veremos, el objeto material del delito son las "drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas", entendido como objeto aprehensible del mundo real con capacidad e idoneidad de afectar el bien jurídico "salud pública".

II. EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO EN EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

1. Problema de falta de definición del elemento "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas"

El primer párrafo del art. 296 del CP, en cuanto al objeto material del delito, hace referencia a "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas". Comentando el tipo penalespañol, Alvarez García hacen una identica referencia cuando precisan lo siguiente:

10 Cfr. Rosas Castañeda, Juan Antonio, "El bien jurídico tutelado y la naturaleza jurídica de los delitos de tráfico ilícito de drogas", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, n.° 72, Lima: 2015, pp. 81-121.

> El art. 368 del CP alude al objeto material del delito con la expresión "drogas tóxicas estupefacientes o sustancias psicotrópicas", dicha referencia legal, aunque pueda dar lugar a cierta confusión, no ha de entenderse como una clasificación tripartita, sino más bien como una especificación genérica de lo que ha de entenderse por "drogas tóxicas", al ser la droga el género comprensivo de los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas, que aluden a los efectos sobre el organismo.

Sin embargo, al igual como sucede en la mayoría de casos en el derecho comparado, nuestro CP no ofrece una definición de "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas", ni remite su significado a ninguna otra norma.[11] Por ello, Lorenzo Salgado[12] sostiene que el primer problema interpretativo del tipo penal de tráfico de drogas es, precisamente, el que atañe al significado del objeto sobre el que recaen las conductas tipificadas. Esta situación obliga al intérprete a buscar su significado en otro lado[13]. En ese contexto, Rey Huidobro[14] refiere que las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas pueden ser contempladas desde distintas perspectivas: social, vulgar, médica, farmacológica, fenomenológica, legal extrapenal, entre otras muchas otras, cada una de las cuales da lugar a otros tantos conceptos.

Para completar este concepto, una primera opción sería —bajo una interpretación gramatical— recurrir al significado contenido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, donde se entiende por "droga"

---

11 Lo que no sucede en el texto punitivo argentino, ya que, como precisan Falcone y Capparelli, en esa norma penal se hace referencia al término "estupefaciente" que comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen por decreto del Poder Ejecutivo nacional. (Falcone, Roberto A. y Capparelli, Facundo L., *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, Buenos Aires: Villela, 2002 p. 97.).

12 Lorenzo Salgado, José, "Los delitos contra la salud pública en el Código Penal de 1995: Aspectos Básicos" en Juane Sánchez, Miguel (coord.), *Lecciones de derecho sanitario*, La Coruña: Universidad de La Coruña, 1999, p. 428.

13 Cfr. Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 48.

14 Rey Huidobro, Luis, *El delito de tráfico de drogas, aspectos penales y procesales*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 159 y ss.

la "sustancia mineral, vegetal o animal, que se emplea en la medicina, en la industria o en las bellas artes; sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno"; mientras que por "estupefaciente" se entiende la "sustancia narcótica que hace perder la sensibilidad; por ejemplo, morfina o cocaína". En el caso del "psicotrópico" se afirma la siguiente definición: "dicho de una sustancia psicoactiva: que produce efectos por lo general intensos, hasta el punto de causar cambios profundos en la personalidad".

Estas definiciones gramaticales, como observan Álvarez García *et al.*[15], son demasiado amplías e inespecíficas como para que resulten operativas en el ámbito del derecho penal, Además, analiza el citado autor, se podría intentar definir con mayor precisión las drogas desde distintos puntos de vista: médico, farmacológico, etc., empero, lo que interesa aquí es una perspectiva eminentemente jurídica, que dote a estos conceptos de contornos precisos, y más teniendo en cuenta la existencia de las llamadas "drogas legales".

En esa línea, Falcone y Capparelli[16] reflexionan que la norma penal al no definir qué son sustancias estupefacientes o psicotrópicas, esto es al suministrar un concepto jurídico-penal, se puede recurrir para obtener una definición a distintas perspectivas: social, médica, farmacológica, fenomenológica, legal extrapenal, cada una de las cuales da lugar a distintos conceptos. Sin embargo, remarcan los citados autores, se debe descartar *ab initio* cualquier definición vulgar de los mismos, en tanto un sector del comercio se desarrolla legalmente por medio de la venta de productos que se agrupan usualmente en el término "drogas".

Así por ejemplo, si recurrimos al concepto que ofrece la Organización Mundial de la Salud (OMS), esta entidad atiende más a los efectos

15 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 54.

16 Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal,* Buenos Aires: Villela, 2002, p. 97. En el mismo sentido Cfr. Sequeros Sazatornil, Fernando, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial,* Madrid: La Ley, 2000, p. 81; Rey Huidobro, Luis, *El delito de tráfico de drogas, aspectos penales y procesales,* Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 103.

que originan estas sustancias; así, las sustancias estupefacientes o psicotrópicas son sustancias naturales o sintéticas que provocan los siguientes efectos: un deseo incontenible o necesidad de seguir consumiendo la sustancia, tendencia a aumentar la dosis o dependencia física a los efectos de la droga, y síndrome de abstinencia[17]. Prieto Rodríguez[18] descarta este concepto, pues comenta que el derecho no acepta sin reservas el concepto médico farmacológico en tanto puede desconocer el principio de legalidad y certeza del derecho penal.

Así, Sequeros Sazarornil[19] precisa que una definición de droga en sentido amplio podrá tener su utilidad en el terreno jurídico a la hora de acotar un campo determinado, y tras delimitarlo conceptualmente, se podrá designar el objeto del delito incriminado; pero poco o nada podrá aportar a la necesidad de su individualización al objeto de verificar si la actividad desarrollada alrededor de tal espécimen es susceptible de ser sancionada ante el reproche penal que necesariamente comporta.

En el mismo sentido, Prado Saldarriaga[20] explica que las dificultades aparecen debido a la necesidad de definir los alcances de interpretación que corresponden a las expresiones "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas", para lo cual no resulta suficiente con proponer una valoración según la *lege lata* nacional, sino que debe sumarse lo que nos dicen los convenios y tratados internacionales, así como las definiciones propias de la ciencia médica.

Peña Cabrera Freyre[21] reflexiona que hasta la fecha sigue sin construirse un concepto jurídico penal de la droga como objeto del delito, empresa en puridad complicada, merced a la vastedad de sustancias

17 Cfr. Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 49.

18 Prieto Rodríguez, Javier Ignacio, *El delito de tráfico y consumo de drogas*, Pamplona: Aranzadi, 1993, p. 159.

19 Sequeros, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, ob. cit., pp. 81 y 82.

20 Prado Saldarriaga, Víctor, *Nuevo proceso penal, reforma y política criminal*, Lima: Idemsa, 2009, p. 283.

21 Peña-Cabrera Freyre, Alonso, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, perspectivas dogmáticas y político criminales*, Lima: Rodhas, 2013, p. 81.

y estupefacientes que circulan en el mercado, así como a una precisa aceptación científica. La remisión necesaria al catálogo internacional de sustancias proscritas ha impedido con su mimetismo una elaboración autónoma del mismo, desgajando de la normativa multidisciplinar de la que trae causa.

En ese contexto, para afrontar el problema de la determinación del objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas, una parte de la doctrina es partidaria de establecer un concepto de drogas construido a partir de los preceptos del CP, de su bien jurídico, de su dañosidad y de su ubicación sistemática, siendo labor interpretativa del juez establecer en cada caso el objeto material del delito, para lo cual utiliza el sistema de listas de los tratados internacionales como un elemento referencial, mientras que otro sector se inclina por interpretar el precepto normativo como una norma penal en blanco, recurriendo para completarla a las listas contenidas en los convenios internacionales, con lo cual solo las sustancias contenidas en esas listas pueden ser consideradas objeto material del delito.

En suma, como precisa Lorenzo Salgado[22], la cuestión gira fundamentalmente en torno al alcance de los convenios internacionales celebrados por el Estado en esta materia, siendo que un sector de la doctrina ha estimado que, con arreglo a la objetividad del precepto normativo, no está el juzgador vinculado a valorar las sustancias atendiendo a las enumeraciones que de las mismas se hacen en las listas anexas a los tratados suscritos por el Estado, mientras que otro grupo de autores y la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sostienen que la fórmula del precepto normativo debe ser llenada ineludiblemente con las listas contenidas en los indicados convenios.

En nuestro caso, el Estado peruano es suscriptor de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, ratificada el 22 de julio de 1964,

22 Lorenzo Salgado, José, "Los delitos contra la salud pública en el Código Penal de 1995: aspectos básicos", en Juane Sánchez, Miguel (coord.), *Lecciones de derecho sanitario*, La Coruña: Universidad de La Coruña, 1999, p. 428.

Convención enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única de 1961, que impone el deber de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas necesarias para prohibir, perseguir y sancionar todos los actos conformantes del ciclo de tráfico ilícito de drogas, con el objeto de proteger la salud y el bienestar públicos[23]. Así, conforme a este convenio por "estupefacientes", se entienden cualquiera de las sustancias naturales o sintéticas de las listas I y II anexas al referido tratado internacional. acuerdo internacional complementado por la Convención sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971, ratificado por el Perú el 28 de mayo de 1980, que incide en el aspecto administrativo del control y fiscalización de las sustancias sicotrópicas, y que se encuentre en las listas anexas al tratado.

Así también el Estado peruano es suscriptor de la *Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988,* Convención de Viena de 1988, ratificada por el Estado peruano el 16 de enero de 1992, donde también se establece la obligación de tipificar como delitos en el derecho interno todos los actos del ciclo de la droga, que impliquen la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la distribución, la entrega en cualquiera de sus condiciones, la importación o la exportación, la posesión o la adquisición de cualquier estupefacientes o sustancia sicotrópica. Además, se establece que el Estado debe asegurarse que el enjuiciamiento de personas por estos delitos se lleve a cabo para asegurar la máxima eficacia a las medidas de detección y represión[24]. La Convención de Viena establece como "estupefacientes" a cualquier sustancia natural o sintética contenida en la lista I o II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972; y por "sustancia

23 Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 04750-2007-PHC/TC*, f. j. n.° 9, Lima: 9 de marzo del 2008; Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 03154-2011-PHC/TC*, f. j. n.° 7, Lima: 23 de octubre del 2012.

24 Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 04750-2007-PHC/TC*, f. j. n.° 10, Lima: 9 de marzo del 2008; Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 03154-2011-PHC/TC*, f. j. n.° 8, Lima: 23 de octubre del 2012.

sicotrópica", cualquier sustancia natural o sintética que figure en las listas I, II, III o IV del convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971.

En suma, desde la perspectiva de los acuerdos internacionales en materia de control de drogas se ha establecido un sistema de clasificación de sustancias que serán sometidas a las prohibiciones, fiscalizaciones y regulaciones por los Estados partes conforme al sistema internacional impuesta por los referidos acuerdos. Como afirman HALLAM *et al.*[25], la clasificación —es decir, la catalogación de una sustancia en un sistema graduado de controles y restricciones, o 'listas'— es un requisito básico para que una sustancia se incluya en el marco de fiscalización internacional, la cual determina el tipo y la intensidad de los controles que deben aplicarse, por este motivo el tema es de importancia capital.

2. Postura sobre el carácter vinculante de las listas contenidas en los convenios internacionales para la determinación del objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas

Para un sector importante de la doctrina[26], el tipo penal que reprime el tráfico ilícito de drogas debe ser considerado como una ley penal en blanco, que se remite a la normativa extrapenal y, en participar, a la listas de los convenios internacionales ratificados por el Estado y a las listas que pudieran establecer en la legislación administrativa interna. A tal efecto se argumenta no solo que dichos tratados internacionales han sido incorporados en el derecho interno de los Estados parte, y que por tanto obliga a esos países a sancionar penalmente los comportamientos relacionados con las drogas allí recogidas, sino también razones de certeza y seguridad jurídica. Esto es, que se afirma el carácter vincu-

25 HALLAM, Christopher, Dave BEWLEY-TAYLOR y Martín JELSMA, "La Clasificación en el sistema internacional de control de drogas", en *Serie reforma legislativa en materia de drogas,* n.° 25, junio 2014, p. 1.

26 Cfr. REY HUIDOBRO, Luis Fernando, *El delito de tráfico ilícito de drogas,* ob. cit., p. 106; SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 80 y ss.

lante de las listas contenidas en los convenios internacionales para la determinación del objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas.

La jurisprudencia constante del Tribunal Supremo español se ha manifestado en ese sentido, así en su STS N.° 378/2006, de 31 de marzo del 2006, señala lo siguiente:

> Nuestro sistema jurídico no ofrece un concepto jurídico penal de droga y sigue un criterio enumerativo por remisión a los convenios internacionales suscritos por España y publicados en el Boletín Oficial del Estado —art. 96 de la Constitución— utilizando el sistema de listas o la determinación por Orden Ministerial del Departamento de Sanidad y Consumo que califica una concreta sustancia de psicotrópico o estupefaciente, lo que convierte al precepto del art. 368 del CP en una norma penal en blanco que obliga a integrarla —en este caso, en cuanto al concepto de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas— con preceptos y normas extrapenales.

Como anotan Álvarez García *et al.*[27], al considerar estos tipos penales como ley penal en blanco se derivan una serie de consecuencias importantes en la práctica, entre las que pueden destacarse que los comportamientos relacionados con sustancias no incluidas en dichas listas no pueden ser objeto de sanción penal ni de la aplicación de los principios de irretroactividad (y de retroactividad favorable al reo). De la misma opinión es Rodríguez Devesa[28], quien sustenta la tesis de que solo podrían ser consideradas sustancias estupefacientes o psicotrópicas las incluidas en las convenciones internacionales ratificadas por nuestro país, más las que se declaren expresamente como tales en la legislación interna.

Por ello, para esta postura, con el fin de establecer los contornos de los estupefacientes y de las sustancias psicotrópicas, como manifes-

27 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 56. En el mismo sentido, Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 55 y ss.

28 Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español,* Madrid: Dykinson, 1990, p. 1070 y ss.

taciones legales de las drogas en sentido amplio, ha de acudirse a los convenios internacionales ratificados por el Estado. En cuanto a los estupefacientes, el art. 1.j de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972, entiende por estupefacientes "cualquiera de las sustancias de las listas I y II, naturales y sintéticas". Los estupefacientes contenidos en esta lista son básicamente el opio y sus alcaloides y derivados, la coca y los suyos, el cannabis y la resina de cannabis.

Por lo que se refiere a sustancias psicotrópicas, el convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971, en su art. 1, apartado e, entiende por sustancia psicotrópica "cualquier sustancia, natural o sintética, o cualquier material natural de la lista I, II, III o IV". Las sustancias recogidas en la lista tienen como característica la de ocasionar un estado de dependencia, estimulación o depresión del sistema nervioso central, que produce como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora, o del juicio, o del comportamiento, o de la percepción, o del estado de ánimo, y deben existir pruebas de que tales sustancias son o pueden ser objeto de un uso indebido que constituya un problema sanitario y social. A rasgos generales se incluyen los alucinógenos, las anfetaminas, los barbitúricos y los tranquilizantes. Por su parte, la convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, a la hora de definir las mismas, se remite a los anteriores Convenios de 1961 y de 1971.

En tal sentido, Joshi Jubert[29] refiere que, en definitiva, generalmente la jurisprudencia española califica como objeto material del delito aquellas sustancias incluidas en los convenios mencionados o que se incluyan en un futuro siempre que hayan sido ratificados por el Estado y aquellas otras que hayan sido catalogadas como tales por normas estatales. Se utiliza, pues, para la concreción de lo que debe entenderse por droga tóxica, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, el método tópico.

29 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 50.

En legislaciones como la italiana se ha optado por la consideración de un catálogo cerrado de sustancias que pueden ser consideradas objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas, contenidas en las normas administrativas en materia de salud pública, que toman como referencia las listas de los convenios internacionales sobre la materia. Así Falcone y Capparelli[30] explican lo siguiente:

> [L]a rigidez del sistema italiano se ve corroborado por lo resuelto por la Cámara de Casación en el sentido de que la cantidad del porcentaje del principio activo contenido en la sustancia estupefaciente es irrelevante, ya que sería peligroso legitimar la transferencia de pequeñas cantidades que se encuentren por debajo de las dosis farmacológicamente activas; ello en cuanto podría eludir la sanción fraccionando la dosis con artificiosa intención (casación, sec. IV, STS del 24 de noviembre de 1996, "Cardomone", Cas. Pen. 1997, 1506).

En tal sentido, la Cámara de Casación ha entendido que la noción de sustancia estupefaciente en el derecho penal italiano es exclusivamente "legal", por lo que se encuentran sujetas al poder sancionatorio solo las sustancias específicamente incluidas en las listas, y ello es lo decisivo a los fines de la configuración del delito (STS del 24/06/1998 "Kremi"). Es de advertir, sin embargo, que Italia no sanciona la actividad con estupefacientes destinada al consumo personal, pero sí la destinada a terceros.

En Argentina también se opta por la remisión a un catálogo cerrado de sustancias consideradas como drogas, estupefacientes y psicotrópicas, elaborado y actualizado por el Poder Ejecutivo, que toma referencia los convenios internacionales suscritos por ese país. Con lo cual se recurre a la técnica legislativa de la ley penal en blanco. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, en la causa "Estrin, Ricardo E. y otros" de 01 de diciembre de 1998, ha entendido que el término estupefaciente, contenido en el art. 40 de la Ley N.° 23737 (tipo penal sobre TID), comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás

30 Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, ob. cit., p. 103; Cfr. Amato, Giuseppe, *I traffici illeciti di sostanze stupefacenti*, Milán: Giuffrè, 1999.

sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica, y que dicho término deja librado al juez, en supuestos de excepción de decidir en el caso si una determinada sustancia debe ser considerada tal en tanto no sea susceptible de producir dependencia física o psíquica. En su suma, según el razonamiento del máximo tribunal argentino, los jueces están autorizados a revisar el contenido de las listas si las sustancias en ellas incluidas no causan dependencia física o psíquica[31], pero queda claro que, conforme a las características de su legislación los jueces argentinos para determinar el objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas siempre tomarán en consideración el contenido de las referidas listas.

En el caso peruano, Prado Saldarriaga[32] considera que se ha optado por la remisión a la enumeración diseñada en instrumentos legales internacionales, ya que afirma que todo apunta a señalar que la designación del objeto de acción del delito en el art. 296 del CP peruano, se hace, en principio, sobre la base de la clasificación farmacológica de las sustancias fiscalizadas y de los efectos clínicos que provoca al consumidor. Peña Cabrera Freyre[33] expresa que, en principio, de la lectura del art. 296 del CP podría afirmarse que nos encontramos ante una ley penal en blanco, sin embargo, a esta interpretación se objeta la inseguridad jurídica y la posible vulneración al principio de legalidad, bajo la infracción de la reserva de la ley, pues determinadas sustancias únicamente podrán entenderse comprendidas en los tratados internacionales en tanto sean incorporados en las normas administrativas internas sobre la materia.

31 Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal,* ob. cit., pp. 104 y 105.

32 Prado, *Nuevo proceso penal, reforma y política criminal,* ob. cit., p. 685.

33 Peña-Cabrera Freyre, Alonso, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, perspectivas dogmáticas y político criminales,* Lima: Rodhas, 2013, p. 82.

Para MOLINA PÉREZ[34], la legislación, al no establecer el concepto de "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas", se remite a leyes extrapenales, zanjando la polémica doctrinal y vinculando al juez a las listas en las que se enumera qué sustancias son drogas. De esta manera se concibe, de hecho, que el texto punitivo sea una norma penal en blanco, y cuyo contenido prohibitivo se determina por remisión a otras leyes o decisiones extrapenales que, por su ratificación y publicación oficial, adquieren fuerza obligatoria. De esta forma, cuando el CP utiliza los términos "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas" habrá de acudirse a los tratados internacionales suscritos por el Estado que regulan las dos especies de drogas existentes (estupefacientes y psicotrópicos), y que concretan, en definitiva, qué sustancias han de considerarse como drogas ilícitas.

En suma, siguiendo esta línea doctrinal, incluso en los países donde no se hace referencia a la remisión de listas contenidas por convenios internacionales o en normas internas, el legislador habría optado por considerar el objeto material del delito "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas" como un elemento descriptivo del tipo objetivo, cuyo contenido habría que buscar en normas extrapenales, en las listas de los tratados internacionales sobre la materia o las normas administrativas internas sobre drogas, en cuanto su condición de norma penal en blanco.

En conclusión, y siguiendo con esta postura, el Estado al encontrarse obligado por los acuerdos internacionales en materia de tráfico ilícito de drogas debe considerar como objeto material del delito de TID las definiciones y listas anexas de la Convención Única de 30 de marzo de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 25 de marzo de 1972; del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 21 de febrero de 1972 y de la Convención de Viena de 1988[35].

---

34 MOLINA PÉREZ, Teresa, "El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas", en *Anuario jurídico y Económico Escurialense*, n.° XXXVIII, 2005, pp. 97-98.

35 Cfr. LAMARCA PÉREZ, Carmen *et al.*, *Delitos y faltas. La parte especial del derecho penal*, Madrid: Colex, 2012, p. 620.

3. Postura sobre el carácter orientativo de las listas contenidas en los convenios internacionales para la determinación del objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas

En ese marco, a efectos de dar contenido al concepto jurídico de drogas tóxicas, un sector de la doctrina española[36] considera que en el caso de su legislación, similar en este punto a la nuestra, se trata de una ley penal completa, y que las listas de drogas contenidas en los convenios internacionales si bien puede servir de ayuda en la labor del intérprete, tienen estas un valor orientativo. En tal sentido, consideran que es preferible deducir del tipo penal un concepto jurídico-penal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, que atienda a las concretas finalidades del derecho penal.

En opinión de Cordoba Roda[37], los delitos que reprimen el tráfico de drogas no están estructurados como una norma penal en blanco cuyo contenido prohibitivo se determine por la remisión a un ámbito extrapenal, sino como delitos autónomos cuyo supuesto de hecho debe determinarse en función de criterios meramente penales como el del bien jurídico protegido y su ubicación sistemática entre los delitos contra la salud pública; está claro que solo las sustancias nocivas a ella pueden estar incluidas en su ámbito de prohibición.

Beristain[38] es de la misma opinión, para este autor español, en atención a la autonomía del derecho penal, la expresión "drogas tóxi-

36 Cfr. Acale Sánchez, *Salud pública y drogas tóxicas,* ob. cit., p. 76 y ss.; Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial,* 16.º ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, p. 662 y ss.; Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 61 y ss.; Valle Muñiz, José Manuel, Óscar Morales García, "Artículo 368", en Quintero Oliveros, Gonzalo (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal,* Pamplona: Arazandi, 1997, pp. 1392 y 1393.

37 Córdoba Roda, Juan, *El delito de tráfico de drogas. Estudios penales y criminológicos,* t. iv, Santiago de Compostela, 1989, p. 15 y ss.; en el mismo sentido, Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte Especial,* Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996, p. 567.

38 Beristain, Manuel, "Dimensiones históricas, económica y políticas de las drogas en la criminología crítica", en *Delitos contra la salud pública, tráfico ilegal de drogas tóxicas,* Valencia: Universidad de Valencia, 1977, p. 57 y ss.

cas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas" del tipo penal español sobre tráfico de drogas debe ser interpretada conforme al significado correspondiente a dichos términos en el CP con independencia de las nociones formuladas por otros sectores del ordenamiento jurídico.

En consecuencia, para esta postura, según refieren Falcone y Capparelli[39], la inclusión de una sustancia como estupefaciente o psicotrópico en las listas de los tratados internacionales sobre la materia o en normas internas, resulta importante pero no suficiente para ser considerada objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas. Con lo cual, diversos autores, entre los que se encuentran Muñoz Conde, Prieto Rodríguez, Quintero Olivares, Conde Pumpido y Del Toro Marzal, se muestran partidarios de un sistema de definición elástica y entienden que el CP deja al arbitrio del juez la concreción del objeto material en este delito. Ya que, de la norma penal no se desprende que haya que acudir a los convenios internacionales o a la legislación administrativa para entender el sentido de estas expresiones. Además, el derecho penal tiene una naturaleza autónoma, y sus fuentes legales ostentan significado propio e independiente de otras normas de derecho nacional o internacional.

Con lo cual, el concepto de droga tóxica, estupefacientes y sustancia psicotrópicas hay que buscarlo en el mismo tipo penal, en su bien jurídico protegido y en su ubicación sistemática, sin despreciar por ello el valor orientador o informativo, pero nunca vinculante, que para los jueces ostentan las listas contenidas en los convenios internacionales[40].

Para Muñoz Conde[41] no es necesario estimar estupefacientes con carácter vinculante y exclusivo a las sustancias recogidas en los catálogos administrativos internacionales o en las leyes administrativas nacionales, toda vez que la ley no impone tal cosa. La enumeración de esas

39 Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, ob. cit., pp. 98 y 99.

40 Rey Huidobro Luis, *El delito de tráfico de drogas, aspectos penales y procesales*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 105.

41 Muñoz Conde, Fernando, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996, p. 567.

sustancias puede desempeñar un papel orientativo, pero subordinado al bien jurídico protegido.

Arroyo Zapatero[42] explica extensamente, refiriéndose a la fórmala legislativa bajo comentario, lo siguiente:

> Lo que haya de entenderse por tales sustancias sigue siendo tema de discusión. El Tribunal Supremo y un sector mayoritario de la doctrina han venido estimando que el concepto de droga a los fines de la aplicación del art. 344 CP ha deducirse de las listas anexas al Convenio Único de Estupefacientes de Nueva York de 1961, y sus complementarios posteriores, así como ahora también del Convenio de Viena de 1971 sobre sustancias psicotrópicas. Sin embargo, diversos autores reclaman la autonomía del derecho penal para la definición de un concepto específico ligado a la misión que debe cumplir en esta materia; que unánimemente se entiende que debe ser el de proteger la salud pública y no la salud individual u otros intereses distintos. De este modo se pretende depurar los catálogos de sustancias contenidas en los convenios internacionales y radiar así el art. 344 CP: sustancias de las que se puede mantener que no dañan la salud pública, como podría ser el caso de los derivados de cannabis. Ahora bien, la cuestión solo puede resolverse de un modo efectivo con una decisión político criminal explicitada legalmente, del mismo modo que ocurre con otras sustancias de acreditada nocividad para la salud pública, como son el alcohol y el tabaco, cuya exclusión del tipo del art. 344 se verifica por vía de la nota de ilegalidad que ha de caracterizar a la conducta relativa a las drogas para que sea punible.

Este criterio ha sido acogido por cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Así, la STS N.° 849/995 de 7 de julio precisó lo siguiente:

> [E]l art. 344 —a diferencia de lo que sostiene el recurrente— no contiene una norma penal en blanco, sino un tipo completo en el que *el objeto de la acción está caracterizado por un elemento normativo.* Por leyes

42 Arroyo Zapatero, Luis, "Aspectos penales del tráfico de drogas", en *Poder Judicial*, n.º 11, junio de 1984, ob. cit., p. 84.

> penales en blanco se deben entender aquellas que solo contienen una amenaza penal para la infracción de otra norma a la cual remiten. Es fácil comprobar que la infracción del deber normativo sancionado por el art. 344 CP se encuentra íntegramente en esta disposición, pues consiste en "ejecutar actos de cultivo, elaboración o tráfico", o de otro modo "promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o poseerlas con aquellos fines", es decir en una conducta que el texto del art. 344 CP describe íntegramente sin referencia alguna a la infracción de otra norma [el destacado es nuestro][43].

En suma, como precisa Lorenzo Salgado[44], para este sector de la doctrina, la normativa internacional no tiene carácter vinculante en esta materia, limitándose su papel a una función meramente orientadora o indicativa, y será, pues, el juzgador el que, sobre la base de los informes periciales que estime, decida con plena autonomía, en atención al bien jurídico tutelado por el precepto, si la concreta sustancia sobre la que haya de realizarse el correspondiente pronunciamiento, encaja o no en el precepto normativo.

Además de las consideraciones dogmáticas, para tener solo a título de referencia las listas de los acuerdos internacionales sobre la materia, existe una razón práctica para adherirse a esta postura, pues si bien en estos convenios se establece la posibilidad de que los Estados partes propongan la modificación de las listas, el mecanismos previsto para el efecto resulta muy lento frente a la acelerada aparición de nuevas drogas, en especial las sintéticas, que al no estar comprendidas en las listas dejaría demasiadas conductas impunes. Así lo explican Lamarca Pérez *et al.*[45], cuando refieren que debido a las constantes innovaciones en el mercado, especialmente de las drogas de diseño, también conocidas como drogas de síntesis, no es posible atenerse a un estricto concepto

43 Tribunal Supremo Español, *STS N.° 849/1995,* Madrid: de 7 de julio de 1995.

44 Lorenzo Salgado, "Los delitos contra la salud pública en el Código Penal de 1995", art. cit., p. 428.

45 Lamarca Pérez, Carmen *et al.*, *Delitos y faltas. La parte especial del derecho penal,* Madrid: Colex 2012, p. 620.

normativo de drogas que dejaría fuera el ámbito típico demasiadas conductas. Para evitar esta situación en el ámbito de la legislación administrativa española, conforme señalan los referidos autores, se ha optado por considerar lo siguiente:

> Para que un producto sea considerado droga bastará que en los informes técnicos de toxicología se detecten las características de esta. En esa línea está el RD N.° 1195/2011 que establece será considerada como estupefaciente toda sustancia que cumpla todos o alguno de los criterios siguientes: a) Semejanzas con otras sustancias estupefacientes contenidas; b) Utilidad terapéutica; c) Riesgo de abuso; d) Fiscalización en otros países y decisiones adoptadas por los órganos competentes de la Unión Europea o por los organismos internacionales de los que el Reino de España sea miembro; e) Otros criterios concurrentes que puedan fundamentar la fiscalización como estupefacientes en España de nuevas sustancias.

En consecuencia, conforme a esta postura el legislador habría optado por considerar el objeto material del delito "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas" *como un elemento normativo del tipo objetivo*. Con lo cual este concepto no se reduce a las listas de los convenios internacionales o las incorporadas en las normas administrativas de derecho interno, que tienen únicamente un carácter orientativo, siendo que los criterios de afectación a la salud se constituirían en el límite de la determinación del objeto material del delito a efecto de evitar vulneraciones al principio de legalidad.

Por su parte, Sánchez Tomás, desde la perspectiva de la legislación española, adopta un criterio mixto cuando precisa:

> [Q]ue el art. 368 describe el objeto material de estos delitos a través de los conceptos de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicos. Mientras el primero tiene carácter descriptivo, los dos últimos son conceptos normativos utilizados tanto en los textos internacionales como en la ordenación administrativa en la materia. Así pues, es una formulación mixta del objeto material: normativa y descriptiva. Para saber qué sustancias tienen la consideración de estupefacientes o psi-

> cotrópicos habrá que acudir a los convenios internacionales suscritos por España (Convenios de 1961 y 1971) o a las así consideradas en la norma interna española [...] sin embargo, el hecho de que la sustancia no esté incluida entre las consideradas estupefacientes o psicotrópicos, no excluye su actitud para ser objeto material de este delito, al poder incluirse en el concepto de droga tóxica. Descriptivamente debe entenderse por droga tóxica toda aquella sustancia que sea adictiva, generando dependencia física y/o psíquica en el consumidor y tolerancia [...] Ciertamente, esta formulación mixta normativa-descriptiva puede provocar mayores cotas de inseguridad jurídica que la sola remisión a las listas internacionales de sustancias o la inclusión de las mismas en un anexo al CP, pero ello no permitiría la suficiente flexibilidad de la norma...[46].

III. TEORÍA QUE PLANTEA QUE NOS ENCONTRAMOS ANTE UNA NORMA PENAL EN BLANCO

1. El recurso a la técnica legislativa de la norma penal en blanco para la construcción del tipo penal

Como precisa Luzón Peña[47], la expresión "ley penal en blanco" fue propuesta por primera vez por Binding para referirse a aquel grupo de normas penales que aunque señalan la sanción penal, su presupuesto se encontraba en violaciones a regulaciones de las autoridades administrativas. Para este autor español, la ley penal en blanco es aquella en que su supuesto de hecho o al menos parte de su supuesto de hecho, o presupuesto, viene recogido por otra norma extrapenal a la que se remite.

Para Mir Puig[48] las leyes penales en blanco son las que se remiten a una fuente jurídica de diferente calidad a la exigencia por la Const. Pol., que puede ser otra ley penal, leyes de otros sectores del ordenamiento

46 Sánchez Tomás, José Miguel, *Derecho de las drogas y los drogodependientes*, Madrid: FAD, 2002, p. 120.

47 Luzon Peña, Diego Manuel, *Curso de derecho penal, parte general I*, Madrid: Universitas, 1996, p. 147.

48 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal, parte general*, 7.ª ed., Buenos Aires: BdeF, 2005, pp. 74-76.

jurídico, normas reglamentarias de nivel inferior a la ley. En esa línea, Delgado Lara[49] indica que serían aquellas leyes del ámbito penal las que no describen plenamente la conducta punible, siendo socorridas en la descripción de la conducta por otras normas.

Entonces, siguiendo a Zuñiga Morales[50], la estructura ordinaria de una norma penal contiene el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, esto es la sanción, pero, en la denominada norma penal en blanco, una parte de esa estructura: el supuesto de hecho (para ser más precisos, una parte del mismo) no la contiene la propia ley, sino que se remite a otra norma distinta, son leyes necesitadas de complemento. De igual parecer es Villa Stein[51], quien identificada las normas penales en blanco como aquellos preceptos penales principales que no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remiten a otro u otros preceptos o autoridades, para que completen la determinación de aquellos elementos.

Villavicencio[52] reflexiona que la ley penal en blanco no es más que una técnica legislativa, ya que es frecuente que el CP no exprese disposiciones jurídicas en forma completa y, por ende, es necesario que sean complementadas por otras disposiciones que podrían provenir de la parte general. En esa medida, el referido autor nacional explica que la parte en blanco o indeterminada de la norma penal se encuentra en el supuesto de hecho, es decir, en la descripción de la conducta delictiva. Por otra parte, la sanción o consecuencia jurídica penal se halla en la norma penal y no se requiere su remisión a otros preceptos. Por lo tanto, concluye el citado publicista, es necesario distinguir entre norma sancio-

49 Delgado Lara, Álvaro Roberto, "Las leyes penales en blanco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2005-2011)", en *Ars Boni et Aequi*, año 8, n.° 2, 2012, p. 279.

50 Zuñiga Morales, Sandra Eugenia, "Cuando las normas penales en blanco vulneran el principio de legalidad", en *Revista de Derecho*, n.° 8, 2004, p. 162.

51 Villa Stein, Javier, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Ara, 2014, p. 176.

52 Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2013, pp. 136 y 137.

nadora y norma complementaria, donde el tipo de la ley penal en blanco solo se configurará plenamente mediante una norma complementaria.

En la doctrina, como sostiene Brandariz García[53], existen diversas clasificaciones de las normas penales en blanco. En primer lugar, cabe distinguir entre normas penales en blanco propias (o en sentido estricto), que son aquellas en las que el tipo se complementa con remisiones a normas de rango inferior a la ley, y normas penales en blanco impropias (o en sentido amplio), en las que el complemento del supuesto de hecho se encuentra en otra ley —reenvío externo— o en la misma ley —reenvío interno—.[54] Asimismo, se puede distinguir entre leyes penales totalmente en blanco y leyes penales parcialmente en blanco. En las primeras existe una absoluta ausencia de concreción en el tipo penal, pues se relega la determinación de todo el ámbito punible a una instancia inferior, lo cual supone evidentemente una vulneración al principio de legalidad; mientras que en las leyes penales parcialmente

53 Brandariz García, José Ángel, "La problemática de las normas penales en blanco", en Faraldo Cabana, Patricia (direct.) y L. Puente Aba, (coord.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, p. 107.

54 Así, Villavicencio nos muestra ejemplos de leyes penales en blanco en sentido estricto, cuando el complemento se encuentra en una norma de rango inferior, como en el caso del art. 234 del CP "productos considerados de primera necesidad"; de otro lado, hace referencia a las leyes penales en blanco cuyo complemento se halla en una ley distinta, por ejemplo: apropiación ilícita de tesoro, art. 191 del CP "sin observar las normas del Código Civil", además el art. 232 del CP "infracción a la ley de la materia"; y leyes penales en blanco cuyo complemento se encuentra en la misma ley, por ejemplo el parricidio por emoción violenta, art. 109 del CP, "si concurre alguna de las circunstancias previstas en el art. 107", lesiones dolosas graves, ejemplo: el menor como sujeto pasivo, art. 121.A del CP "En los casos previstos en la primera parte del art. anterior". (Cfr. Villavicencio, *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 137). En la misma línea, Villa Stein refiere que un ejemplo de ley penal en blanco la tenemos en el art. 246 del CP, referido al delito de intermediación financiera, que pune la conducta realizada "sin la autorización de la autoridad competente"; así también se repite la misma fórmula en los arts. 304 y 307 del CP que pune los delitos contra la biodiversidad. (Cfr. Villa Stein, *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 177).

en blanco el legislador remite a otras instancias únicamente algunos aspectos del tipo.

En este punto resulta importante la observación que hace Doval Pais[55] cuando expresa lo siguiente:

> [E]n la concepción original de Binding estas disposiciones de complemento se hallaban en las normas de rango inferior, emanadas —por delegación— de los Estados federales y de los municipios. Mezger añadió otras dos posibilidades de complemento del "blanco": la del complemento por la propia ley en otro lugar del texto; y la del complemento por otra ley, emanada de la misma instancia legislativa. A aquellas a las que Binding había limitado su referencia las denominó 'leyes penales en blanco en sentido estricto'; a estas otras dos modalidades, 'leyes penales en blanco en sentido amplio'.

La técnica legislativa de la ley penal en blanco ha merecido importantes críticas por supuestamente atentar contra el principio de legalidad, en especial en lo que respecta al subprincipio de reserva de la ley penal. En el sentido que si existe reserva absoluta de ley, ningún acto de inferior rango puede tomarse por fuente en el derecho penal; sin embargo, bajo una concepción relativa del principio de reserva de ley, siempre que se constate que la ley penal contiene los datos básicos que describen el comportamiento prohibido, se faculta que la misma sea complementada con disposiciones cuyo rango sea de inferior jerarquía[56]. En ese marco, Luzón Peña[57] indica que el recurso a la ley penal en blanco solo es atendible cuando no haya otro recurso técnico posible que la remisión a la correspondiente legislación y reglamentación administrativa para delimitar lo que en cada momento se considera jurídicamente prohibido, y a la inversa, el ámbito del riesgo permitido, con

55 Duval Pais, Antonio, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 100.

56 Casabó Ruiz, José R., "La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente", en *Estudios penales y criminológicos*, vol. n.° v, 1982, p. 255.

57 Luzón Peña, *Curso de derecho penal,* ob. cit., p. 151.

independencia de que además el tipo señale y precise con otros requisitos adicionales los supuestos de mayor gravedad dentro de lo antijurídico, que dan lugar a lo penalmente prohibido a efectos de ese delito.

Para García Cavero[58], el debate principal se presenta en relación con las leyes penales en blanco propias, en la medida que al establecer una remisión a leyes de inferior jerarquía, el legislador estaría dejando en manos de la Administración los criterios para decidir el carácter penalmente prohibido de la conducta típica. En esa medida, el recurso de la ley penal en blanco solo resulta legítima cuando se enmarca dentro de ciertos parámetros, como explica Blanco Lozano[59], haciendo referencia a la STS N.° 3/1998 de 21 de enero, del TC español, donde se admite el uso de normas penales en blanco a través de la denominada "colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora", pero exigiendo que "queden lo suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta", sea que en respeto a la reserva de ley en materia penal debe estar descrito el contenido de desvalor en cuanto a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

En el mismo sentido, la sentencia del TC español del 5 de julio de 1990 precisa lo siguiente:

> [E]s conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco; esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, que la ley además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición, y sea satisfecha la exigencia de certeza.

58 García Cavero, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª, Lima: Jurista, 2012, p. 151.

59 Blanco Lozano, Carlos, *El delito ecológico. Manual operativo*, Madrid: Montecorvo, 1997, p. 45.

En suma, para el TC español, que ha reiterado la misma doctrina en jurisprudencia constante, la ley penal en blanco resulta legítima siempre que la disposición penal en cuestión: a) disponga el reenvío, de manera que sea expreso y justificado, en tutela al bien jurídico protegido; y b) el tipo penal debe incluir no solo la infracción, sino el núcleo esencial del hecho ilícito; con ello se cumple la exigencia de certeza, pues la conducta ilícita se encuentra suficientemente determinada.

En otra sentencia, reiterando su doctrina, el TC español considera que las leyes penales en blanco, que remiten para la integración del supuesto de hecho típico a normas de rango reglamentario, son constitucionalmente admisibles en la medida en que la remisión sea necesaria —no meramente conveniente— por razón de la materia, y no sea ilimitada, es decir que se realice de forma expresa y marque unos límites en el recurso a la instancia inferior, y, en todo caso, se mantenga en el seno de la norma criminal la delimitación del núcleo esencial del injusto, en expresión de un juicio de desvalor autónomo de la propia norma penal. Al respecto, el alto tribunal español añade lo siguiente:

> [L]a conducta calificada de delito quede lo suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada[60].

Brandariz García[61] sostiene que el TC español requiere para la admisión de las normas en blanco, desde la perspectiva del postulado de legalidad penal, que dicha técnica sea necesaria por razones de protección; que carezca de alternativas preferibles y que se limite a una remisión de aspectos no esencial del tipo.

60 Tribunal Supremo Español, *STS N.° 111/1993*, citado por Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio *et al.*, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Barcelona: La Ley, 1999, p. 48.

61 Brandariz García, ob. cit., p. 115. En el mismo sentido, Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico. Parte general*, 2.ª edición, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, p. 246.

De otro lado, el Tribunal Supremo español, en su STS del 8 de febrero del 2000, al referirse al requisito de "certeza" de la ley penal, desarrolla el concepto exigiendo que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada[62].

Para Garcia Cavero[63], la solución desarrollada por el TC español es admitir la conformidad de las leyes penales en blanco con el mandato de determinación si la ley penal establece el núcleo esencial de la conducta prohibida y deja a las leyes complementarias de rango inferior los aspectos accidentales o accesorios de la conducta típica, esto significa que existe una afectación al mandato de determinación, pero por tratarse de cuestiones incidentales se consideraría todavía tolerable.

Así, siguiendo a Zuñiga Morales[64], resulta indispensable que cuando se aluda al "núcleo esencial de la prohibición" se deba exigir que el mismo no solo exista en la norma penal en blanco, siendo de esperar que se detallen las características de la acción (por ejemplo, si se exige o no un resultado), atendiendo a todos los elementos típicos (objetivos y subjetivos) que caractericen la conducta ilícita, y que procuran zanjar con seguridad el límite entre el riesgo permitido y lo que jurídico-penalmente resulta desaprobado, con excepción de aquello que es preciso concretar técnicamente a través de leyes y otras disposiciones de rango inferior. Villavicencio[65] incide en este requisito precisando que la prohibición penal se debe hallar concretada en la ley, mientras que las normas

62 Citado por Sesano Goenaga, Javier Camilo, "La protección penal del medio ambiente. Peculiaridades de su tratamiento jurídico", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.° 04-11, 2002, p. 9.

63 Garcia Cavero, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 151 y 152.

64 Zuñiga, "Cuando las normas penales en blanco vulneran el principio de legalidad", art. cit., p. 169.

65 Villavicencio, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 138.

complementarias solo buscarán señalar circunstancias o condiciones que tengan aspectos meramente complementarios, pero nunca podrán definir la prohibición de la misma. JESCHECK y WEIGEND[66] consideran, en esta materia, que en la determinación de una norma de autorización para disposiciones penales que se adentran por caminos reglamentarios se imponen exigencias más rigurosas que en la propia legislación. Con lo cual se muestra el especial valor de la reserva de la ley en derecho penal. Por ello, los citados autores alemanes recuerdan que el legislador debe expresar inequívocamente la autorización para la conminación penal, así como perfilar de un modo tan exacto su contenido, finalidad y alcance, y que los presupuestos de la punibilidad y la clase de pena sean ya previsibles para el ciudadano por la propia autorización (norma penal) y no en el reglamento que se apoya.

En esa línea, de establecer los límites en la utilización de la técnica de la norma penal en blanco, como sostiene DELGADO LARA[67], el TC chileno, coincidiendo en gran medida con su par español, impone tres requisitos para considerar que esta técnica legislativa no vulnera el principio de legalidad: a) que la norma legal cuente con el núcleo central de la conducta punible; b) que en el mismo texto legal efectúe una remisión expresa a la norma de destino; y, c) que el precepto infralegal complementario tenga cierta calidad que satisfaga la exigencia de constitucionalidad. En suma, para el TC chileno resulta indispensable que la conducta que se sanciona como delito se encuentre claramente descrita en la ley; además, que la ley penal establezca la caracterización suficiente del núcleo central de la conducta punible, es decir, que la descripción del núcleo esencial de la conducta punible, junto con la sanción, se encuentre establecida.

66 JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*. vol. I., traducido por Miguel Olmedo Cardenete, Lima: Instituto Pacífico, 2014, p. 170.

67 DELGADO LARA, Álvaro Roberto, "Las leyes penales en blanco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2005-2011)", en *Ars Boni et Aequi*, año 8, n.° 2, 2012, pp. 280 y 281.

2. Objeto material del delito "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas" como ley penal en blanco

Un sector de la doctrina defiende que el tipo penal que reprime el tráfico ilícito de drogas —en específico el objeto material del delito "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas"— debe ser considerado una norma penal en blanco, cuyo contenido debe buscarse en normas extrapenales, ya sea las listas contenidas en los tratados internacionales sobre la materia, o en normas administrativas de derecho interno, Asimismo, este sector considera que no existen problemas constitucionales para la adopción de esta técnica legislativa. Laje Anaya[68] precisa que en una norma penal en blanco, como en toda norma jurídica penal, de idéntica naturaleza, los principios constitucionales no resultan afectados, si el blanco es, a su vez, cubierto o llenado en la forma y en cumplimiento de los requisitos que demanda la disposición, y conforme a la estructura del sistema legal que regula la materia relativas a los estupefacientes.

En el mismo sentido, Vega Ruiz, emitiendo voto en una sentencia del Tribunal Supremo español, refiere lo siguiente:

> Es concebible con la Constitución la aplicación judicial de las leyes en blanco, esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra agotadoramente prevista, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, en este caso los convenios, siempre y cuando la predeterminación normativa, ahora el art. 344, sea absoluta porque la ley penal venga de antemano establecida de manera concreta, cierta y exacta, con la suficiente concreción para que la conducta delictiva quede totalmente precisa y delimitada en su núcleo esencial, aunque el reenvío que ha de ser expresado, como lo es en este supuesto, no venga literal y gramaticalmente señalado en la norma previa. Finalmente, es cierto que los preceptos penales que tipifiquen las infracciones han de definir con precisión las conductas humanas, más no se vulnera la exigencia de *lex certa* si se regulan tales supuestos ilícitos mediante conceptos

68 Laje Anaya, Justo, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, vol. I, Buenos Aires: Depalma, 1978, p. 85.

> jurídicos indeterminados, siempre que su definición sea razonablemente factible en virtud de criterios que permitan prever la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada[69].

Siendo así, este sector de la doctrina entiende que el precepto normativo que tipifica el tráfico ilícito de drogas ha de colmarse con las listas anexas al Convenio de las Naciones sobre estupefacientes de 1961 firmado en Nueva York, y posteriormente modificado, así como con las del Convenio de Viena de 1971 sobre sustancias psicotrópicas, ya que, por mandato constitucional, una vez ratificadas por el Estado e incorporadas mediante ley, forman parte de la normativa interna. Una vez sucedido ello, el tratado goza de plena eficacia; además, los términos "estupefacientes" y "sustancias psicotrópicas" del art. 296 coinciden con los empleados en los convenios aludidos, por lo que parece ineludible —según esta interpretación— conectar dichos términos al significado que a los mismos se atribuye en tales normas de carácter internacional. Teniéndose presente el carácter de derecho interno de los convenios y fundándose este entendimiento en la seguridad jurídica que del mismo se deriva, se concluye la vinculación del juzgador a las listas de referencia[70].

A esta concepción se le pueden hacer tres cuestionamientos concretos: el primero, que la remisión a listas contenidas en los tratados internacionales no toma en cuenta que en las mismas no se hace mención que las sustancias enumeradas causen grave daño a la salud, o que causan dependencia física o psíquica, con lo cual algunas sustancias aunque se incluyan en las listas podrían no ser idóneas como objeto material del delito, o en todo caso este sistema rígido no permite que en la legislación interna se realice una clasificación entre drogas duras y blandas que facilite una mejor graduación de la pena; mientras que el segundo cuestionamiento es que podrían existir sustancias no incluidas en las listas,

69 Citado por Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 56; Cfr. también: Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, ob. cit., p. 106.

70 Lorenzo Salgado, "Los delitos contra la salud pública en el Código Penal de 1995", art. cit., p. 429.

las cuales por sus características de afección grave a la salud y por causar dependencia física o psíquica si tendrían que ser consideradas como objeto material del delito, pues de lo contrario se crearían escenarios de impunidad. Y el tercero, el más importante, para que un tipo penal sea considerado una norma penal en blanco debe realizar de manera expresa la remisión a las normas extrapenales que deben completarlo.

En cuanto al primer cuestionamiento, las mencionadas listas se limitan a enumerar las sustancias que deben ser consideradas como drogas tóxicas, ya sea como estupefacientes, ya sea como sustancias psicotrópicas, pero no las clasifican teniendo en cuenta si causan o no grave daño a la salud. Los tipos penales nacionales tampoco hacen referencia a que las drogas tóxicas cuyo consumo se promueve, favorece o facilita (mediante actos de tráfico o fabricación) causen grave daño a la salud; sin embargo, en atención al bien jurídico tutelado por estos delitos, es evidente que las drogas tóxicas, objeto material del delito, debe tener la potencialidad de afectar gravemente la salud, de lo contrario no habría justificación para recurrir al derecho penal para la represión de estas conductas. Así, Prado Saldarriaga[71] opina que la determinación del objeto material del delito contenido en el art. 296 del CP se hace en principio sobre la base de la clasificación farmacológica de las sustancias fiscalizadas y de los efectos clínicos que provoca para el consumidor.

Joshi Jubert[72] estima lo siguiente:

> [P]ara que pueda afirmarse que una sustancia causa grave daño a la salud deberá probarse los siguientes extremos: 1) Dado que este precepto de forma mediata protege la salud individual de las personas, deberá tratarse de una sustancia que en abstracto —peligro abstracto— tenga capacidad de dañar de forma penalmente grave, la salud individual, esto es, de lesionar de forma, sino irreversible, sí de difícil curación la salud de personas concretas; 2) Deberá comprobarse, a continuación, la idoneidad concreta para afectar la salud individual, pues en caso contrario, de tratarse de sustancias —en el caso concreto— sin capa-

71 Prado saldarriaga, *Nuevo proceso penal, reforma y política criminal*, ob. cit., p. 283.

72 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., pp. 95 y 96.

> cidad objetiva para ello será difícil poder afirmar además un peligro potencial para la comunidad. De ahí que sea necesario comprobar en cada caso el grado de pureza y cantidad de droga aprehendida, pues de tratarse de sustancia con un contenido muy bajo en principio activo o de una cantidad ínfima tendrá que rechazarse la posibilidad de poner en peligro la salud pública; 3) Pero puesto que en este precepto no se exige la lesión de la salud individual, sino de la pública, concepto este último más general y abstracto no bastará para confirmar el daño a la salud pública la concurrencia de los dos requisitos anteriores, sino que la cantidad aprehendida lo deberá ser en cantidad apropiada para ser difundida entre una masa de población importante, o por lo menos entre personas indeterminadas y de forma indiscriminada.

El Tribunal Supremo español ha optado por una perspectiva prioritariamente individual para determinar si una droga causa un grave daño a la salud. En la STS N.° 10/1996 de 12 de enero de 1996, precisó que "la consideración de una sustancia como gravemente peligrosa para la salud viene determinada por su composición intrínseca y por las reacciones y secuelas que produce en el organismo humano"[73]. En esa línea, el Tribunal Supremo español, en su sentencia N.° 360/2004 del 18 de marzo del 2004, estableció cuatro criterios para determinar si una sustancia tiene la capacidad de dañar gravemente la salud:

> Es doctrina reiterada de esta Sala, como es exponente la STS N.° 1486/1999, de 25 de octubre, que tanto la cocaína como el MDMA se han estimado substancias que causan grave a la salud por concurrir en ellas los cuatro criterios que los protocolos internacionales emplean para tal calificación: por ser en sí lesiva para la salud, por el nivel de dependencia que crea en el consumidor, por el número de fallecimientos que provoca su intoxicación y por el grado de tolerancia[74].

Este sistema rígido de lista tampoco permite que las legislaciones internas establezcan una distinción entre drogas duras y blandas, en cuanto su potencialidad de causar grave daño a la salud o causar de-

73 Tribunal Supremo Español *STS N.° 10/1996*, Madrid: 12 de enero de 1996.

74 Tribunal Supremo Español *STS N.° 360/2004*, Madrid: 18 de marzo del 2004.

pendencia física o psíquica. Jurisprudencialmente, el Tribunal Supremo español ha establecido que las drogas que causan grave daño a la salud, consideradas drogas duras, son: la heroína, la cocaína, el *speed,* éxtasis o MDMA, MDA o píldora del amor, MDEA o eva, el LSD, morfina, cloruro mórfico y metasedín —metadona—, G.H.B abreviatura de gammahidroxibutirato y ácido gammahidroxibutírico, y G.B.L., abreviatura de gammabutirolactona, metanfetamina.[75]

Es de advertir que el tipo penal español hace la distinción, a efectos de graduar la pena, entre drogas que produzcan grave daño a la salud y drogas que no lo hacen. Distinción que no se encuentra presente en la normativa nacional. Es por ello que jurisprudencialmente el Tribunal Supremo español ha establecido un catálogo de drogas que no causan grave daño a la salud, o consideradas drogas blandas. Así, según STS N.° 89/2002 de 25 de enero, se precisa lo siguiente:

> [E]n relación a los derivados del cáñamo índico o Cannabis Sativa, la sustancia activa, el tetrahidro-cannobinol —THC— se obtiene de la planta sin proceso químico alguno —en esto se diferencia de la heroína y cocaína—, por lo que la mayor o menor concentración como ocurre con la marihuana, mayor en la presentación bajo la forma de hachís, y superior en el aceite de hachís; en general, se ha estimado que el grado de concentración de THC en el hachís, se sitúa entre el 4 % y el 12 % para la marihuana y no equivalente, el kiffi, marroquí o la griffa, el principio activo se sitúa entre el 0,5 y el 4 % y para el aceite de hachís la concentración está por encima del 12 %. En todo caso, se estima que el THC es sustancia estupefaciente, salvo en supuestos de observarse una práctica inexistente del mismo, en el producto aprehendido[76].

También se considera que son drogas que no causan grave daño a la salud el flunitracepán, que constituye la base del "rohipool" y ciertos fármacos como el "tranxilium" y el "traquimacín". Por otra parte, la jurisprudencia española suele considerar que a estos efectos no es necesaria la determinación del grado de pureza de la sustancia, salvo que

75 Cfr. Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 59.

76 Tribunal Supremo Español, *STS N.° 89/2002,* Madrid: 25 de enero del 2002.

se trate de cantidades mínimas o para la aplicación del tipo agravado de notoria importancia.[77]

El segundo cuestionamiento es que el sistema de remisión a las listas contenidas en los tratados internacionales sobre la materia, o en normas administrativas de derecho interno, genera el problema de que toda sustancia estupefaciente o psicotrópica que no esté incluida en las listas respectivas, aun cuando cause grave daño a la salud o dependencia física o psíquica, impedirá el dictado de una sentencia condenatoria.

Por ello, el Tribunal Supremo español[78], refiriéndose al sistema de remisión a listas contenidas en tratados internacionales o normas de derecho interno, manifiesta lo siguiente:

> [D]esde el punto de vista de la realidad de las cosas no parece el medio más idóneo para combatir eficazmente la lacra social del tráfico de drogas, dado que su gran variedad y enorme proliferación, consecuencia de la fértil inventiva del hombre, habría ineficaces, en buena medida, la represión penal de este tipo de conductas de alto riesgo y generalizada repulsa social.

Sin embargo, es de advertir también que el Tribunal Supremo español[79] solo considera como objeto material del delito de tráfico de drogas aquellas sustancias que se encuentran incluidas en los convenios internacionales o incorporadas al ámbito interno, por entender que con ello se cumple el principio de reserva.

El tercer cuestionamiento a esta postura sostiene que para que un tipo penal sea considerado una norma penal en blanco, este debe realizar de manera expresa la remisión a las normas extrapenales que deben completarlo. Así, Ruiz Vadillo, en su voto en la Sentencia del TC español del 13 de febrero de 1996, precisó lo siguiente:

---

77 Cfr. Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 59.

78 Tribunal Supremo Español, *STS N.° 6514/1996,* Madrid: 11 de setiembre de 1996.

79 Cfr. Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal,* ob. cit., p. 107.

> [L]as exigencias derivadas del principio de legalidad no suponen que solo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acaba de la ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Por el contrario, es posible la incorporación al tipo de elementos normativos, y es concebible con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco, esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta jurídico penal no se encuentran agotadoramente previstas en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón al bien jurídico protegido por la norma penal; que la Ley, además de señalar la pena, de certeza, o sea suficientemente precisa con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite y resulte, de esta manera salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

En el párr. 1 del art. 296 del CP, no existe una remisión expresa a otras disposiciones legislativas con que completar los conceptos allí mencionados. Esta sería una razón suficiente para descartar que el mismo contiene una norma penal en blanco, sin embargo, Joshi Jubert[80], comentando la norma punitiva española que tampoco hace una remisión expresa a disposiciones legislativas para completarla, sostiene que los tratados internacionales en materia de tráfico ilícito de drogas forman parte de la normativa nacional, conforme al mandato constitucional, y obligan al Estado a sancionar penalmente las conductas relacionadas con las drogas allí descritas; por lo que, resulta correcto afirmar que los preceptos relativos al tráfico de drogas deben ser interpretados de acuerdo con lo dispuesto en los tratados internacionales.

En el caso peruano el sistema de listas de los tratados internacionales ha sido recogido parcialmente en las listas I y II-A, anexas al D. L. N.º 22095, que reúnen, alternativamente, drogas, estupefacientes y

80 Joshi, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 60. En el mismo sentido, Cfr. Luzón Peña, Estudios penales, p. 532.

psicotrópicos. Así, el art. 89.13 del D. L. N.° 22095 precisa que: a efects de la represión penal, el término "droga" es:

> [C]ualquier sustancia natural o sintética que, al ser administrada al organismo, altera el estado de ánimo, la percepción o el comportamiento, provocando modificaciones físicas o psíquicas y que son susceptibles de causar dependencia; comprende las sustancias contenidas en las listas anexas; para los efectos de la represión penal, se considera únicamente las listas I y II A.

Sin embargo, esta norma es anterior a la Convención de Viena de 1988 y al CP de 1992, cuyo listado no ha sido actualizado, así, los arts. 297.7, 298.1 y 299 del CP introducen sustancias no contenidas en las listas I y II-A del D. L. N.° 22095, haciendo referencia expresa a la droga denominada "éxtasis" que contenga Metilendioxianfetamina —MDA—, Metilendioximetanfetamina—MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas. Sustancias que figuran en las listas I y II de la Convención de Sustancias Sicotrópicas de 1971, actualizada por la Comisión de Estupefacientes en vigor desde el 27 de noviembre de 1999. Con lo cual la norma administrativa peruana no es concluyente al momento de determinar qué sustancias deben ser consideradas "drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas". Por ello, en todo caso, si consideramos que el primer y segundo párrafo del art. 296 del CP es una ley penal en blanco, la remisión deberá hacerse necesariamente a las Listas de los convenios internacionales y a las listas del D. L. N.° 22095.

En suma, las consecuencias prácticas de considerar el tipo penal de tráfico ilícito de drogas como una norma penal en blanco son: a) la definición del objeto del delito, esto es, de si existe o no el delito, puede llegar a depender de disposiciones de carácter administrativo, en el caso peruano de las listas I y II-A anexas al D. L. N.° 22095, aunque esta norma no es concluyente y se debe hacer referencia también a las listas de los convenios internacionales; b) Los cambios legislativos producidos en la legislación administrativa afectarán el concepto de "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas", aunque en el caso peruano las normas administrativas no han sido revisadas; c) para que

un tipo penal sea considerado una norma penal en blanco, debe cumplir taxativamente ciertos requisitos que no cumpliría el primer párrafo del art. 296 del CP peruano, sin embargo, para Frisancho Aparicio[81] el legislador nacional ha recurrido a la ley penal en blanco para describir los ilícitos relacionados al tráfico ilícito de drogas, específicamente en lo que atañe al objeto material del delito, ya que, si consideramos que conforme al art. 55 de la Const. Pol. del Estado, que establece que los tratados internacionales forman parte de la legislación nacional, para completar este concepto el juzgador debe remitirse a las listas anexas a los convenios internacionales sobre la materia; d) las sustancias no incluidas en las listas de los convenios internacionales de los que el Perú es parte, o no incluidas en las listas del D. L. N.° 22095, no deberían ser consideradas objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas.

IV. POSTURA QUE CONSIDERA AL ELEMENTO "DROGAS TÓXICAS" COMO ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO

1. Los elementos descriptivos y elementos normativos en la construcción del tipo penal

Para Villa Stein[82] el tipo penal se formula en base a elementos descriptivos y de elementos normativos. Los elementos descriptivos son aquellos que refieren hechos de la realidad natural, observable o deducible, y cuyo contenido proviene del ámbito del ser en el sentido de las ciencias naturales, un ejemplo de elemento descriptivo lo tenemos en el verbo "matar" a "otro" del art. 106 del CP; "aborto" del art. 114 del CP; la locución "el que causase a otro daño en el cuerpo o en la salud" del art. 121 del CP; mientras que elementos normativos son aquellos que comportan una valoración jurídica o socio cultural. Concepto típicamente normativo lo tenemos en el de "cónyuge", "concubino" del art. 107 del CP; en el concepto de "ajeno" en el art. 188 del CP; en el concepto de

81 Frisancho Aparicio, Manuel, *Tráfico de drogas y lavado de activos*, Lima: Jurista, 2006, p. 69.

82 Villa Stein, Javier, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Ara, 2014, p. 287.

documento y falsedad en el art. 427 y 428 del CP, "funcionario público" (art. 425); ganancia deshonesta (art. 180), etc. Es característica del elemento normativo su no percepción sensorial y comprobación solo en virtud de una valoración.

Por su parte, HURTADO POZO[83] precisa que la importancia de la distinción entre los elementos descriptivos y normativas radica en la separación entre tipicidad y antijuricidad, así como con respecto al dolo.[84] Así también precisa este autor nacional que los elementos descriptivos son referencias a determinados hechos, circunstancias, cosas, estados y procesos corporales o anímicos [ajenos al autor], y que, caso por caso, deben ser comprobados por el juez cognoscitivamente, por ejemplo, "matar" (art. 106); "bien" (art. 185). Mientras que los elementos normativos solo pueden ser determinados mediante una apreciación de valor, esta última puede tener un fundamento jurídico: así, la noción de "total o parcialmente ajeno" (art. 185), o de "funcionario público" (art. 377) reposa sobre la experiencia o criterios morales y culturales, así como el concepto de "carácter obsceno" (art. 183).

ROXIN[85] también incide en la importancia de la distinción entre los elementos descriptivos y normativos del tipo penal, tal distinción es importante para la teoría del dolo, porque los elementos descriptivos requieren una percepción sensorial, y en cambio los normativos precisan una comprensión espiritual. Este autor alemán sostiene que

83 HURTADO POZO, José *et al.*, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, 4.ª ed., Lima: Idemsa, 2011, pp. 402 y 403. Este mismo autor sostiene que la distinción entre elementos descriptivos y normativos es bastante vaga y muy discutida, en buena cuenta debe, más bien, hablarse de elementos predominantemente descriptivos o normativos, por ejemplo, el elemento "bien" del art. 185 no es solo descriptivo, ya que el intérprete debe practicar un juicio de valor para fijar su amplitud.

84 La distinción entre elementos descriptivos y normativos ha jugado un papel muy importante en la delimitación entre tipicidad y antijuridicidad y para el desarrollo de la interpretación dominante del tipo como tipo de lo injusto. Pero, además, su relevancia se extiende al ámbito del dolo, y es de utilidad para la distinción entre error de tipo y error de prohibición.

85 ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito*, t. I Madrid: Civitas, 1997, p. 306

tradicionalmente se entienden como elementos descriptivos aquellos que reproducen determinados datos o procesos corporales o anímicos, y que son verificados de modo cognoscitivo por el juez. En cambio, son normativos todos los elementos cuya concurrencia presupone una valoración; así, por ejemplo, conceptos como edificio o sustraer son descriptivos, mientras términos como "injuria" o "ajeno" son normativos. En los elementos normativos se pueden hacer ulteriores distinciones, así tenemos elementos con valoración jurídica ("ajeno", "funcionario público", "documento público", y elementos con valoración cultural, "actos sexuales de cierta relevancia").

En ese marco, Bustos Ramírez sostiene que la característica de los *elementos descriptivos* del tipo es que son fácilmente perceptibles por los sentidos, es decir, que se puede conocer su significado sin mayor esfuerzo. *Los normativos*, por el contrario, solo pueden ser aprehendidos o comprendidos mediante un proceso intelectivo o valorativo, o requieren para el conocimiento o comprensión de su alcance y significado el conocimiento de alguna norma (jurídica, social, ética o ética-social, etc.) a la que el elemento remite[86].

Como anota Villavicencio[87], en la formulación de los tipos penales, el legislador suele utilizar ciertos elementos gráficos (descriptivos) y valorativos (normativos) que pueden caracterizar ciertas circunstancias exteriores como de naturaleza psíquica. Los *elementos descriptivos* son aquellos que el sujeto puede percibir y comprender a través de los sentidos. Estos elementos van a describir objetos o circunstancias pertenecientes al mundo real. En ellos es suficiente una constatación fáctica. Ejemplo: el "bien mueble" en los delitos de hurto (art. 185, CP), y "mujer" en el delito de aborto no consentido (art. 116, CP). Son identificados

86 Bustos Ramírez, Juan. *Manual de derecho penal español. Parte general.* Barcelona: Ariel, 1984; p. 195. Mir Puig, Santiago. *Derecho penal, parte general.* Barcelona: PPU, 1996, p. 212; Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de derecho penal, parte general I.* Madrid: Universitas, 1996, p. 351. Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, p. 273.

87 Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general.* Lima: Grijley, 2007, p. 314.

a través del lenguaje común o mediante las terminologías jurídicas sin necesidad de recurrir a otras valoraciones para su comprensión.

Villavicencio[88] también precisa que en los elementos normativos predominan las valoraciones que no solo son perceptibles por los sentidos. Para la aprehensión y comprensión de estos elementos se debe realizar un juicio o proceso valorativo, y ellos aluden a determinadas realidades derivadas, ya sea de una valoración jurídica provenientes de otras ramas del derecho (elementos normativos jurídicos), ejemplo: funcionario o servidor público (art. 425, CP), matrimonio (art. 139, CP), depositario judicial (art. 190, segundo párrafo, CP), bienes embargados (art. 197, numeral 4, CP), etc.; o de una valoración ético-social (elementos normativos ético-sociales), ejemplo: exhibiciones obscenas (art. 183, CP). Por ejemplo, en el delito de asesinato (art. 108, CP) pueden considerarse elementos descriptivos la producción de la muerte (matar) y el sujeto pasivo (a otro); pero la alevosía que el tipo exige es un concepto que depende de lo que el ordenamiento entienda por tal y de la valoración que el juez haga de los hechos presentados. Estos elementos, los normativos, derivan de valoraciones jurídicas (la alevosía, por ejemplo), pero también sociales (lo que se entienda por "grave", por ejemplo, cuando algunos tipos lo exigen).

Berdugo y otros[89] precisan que en la formulación del tipo, el legislador puede utilizar elementos descriptivos o elementos normativos. Son elementos descriptivos todos aquellos que provienen del ámbito del ser o, en otros términos, que expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos. Son elementos normativos todos aquellos que requieren de una valoración judicial. Los mismos tienen diversos orígenes, algunos provienen de la vida social, otros de fuentes jurídicas.

88 Villavicencio, *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., pp. 314 y 315.

89 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio *et al., Lecciones de derecho penal. Parte general,* Barcelona: Paxis, 1999, p. 157.

Como anota Garcia Cavero[90], es a M. E. Mayer a quien se le atribuye haber descubierto los llamados elementos normativos del tipo, se trata de elementos típicos que tienen un carácter valorativo, pues no basta con una percepción sensorial para constatar su existencia, sino que resulta necesario un juicio de valor para determinarlos. Así, por ejemplo, la sola percepción sensorial de un bien no permite saber si es "ajeno", tal como lo exige el delito de hurto. La ajenidad del bien mueble constituye, pues, un elemento del tipo que requiere de una valoración conforme a los criterios jurídicos establecidos en la legislación civil para determinar si un bien pertenece a alguien o no.

Finalmente, resulta relevante la solución que plantea Roxin[91] para superar los problemas de distinción en la práctica entre elementos normativos y descriptivos del tipo penal. Así, precisa este autor que, si por razones terminológicas se quiere seguir manteniendo una delimitación practicable de elementos descriptivos y normativos, es recomendable calificar como normativos solo a aquellos elementos "que solo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma". Entonces, términos como "ajeno", "buenas costumbres", "reprochable", "documento", "injuria", etc., serán elementos normativos, porque presuponen sistemas de normas jurídicas o sociales, mientras que conceptos como "ser humano", "cosa", "edificio" o "sustraer" existen con independencia de cualquier contexto normativo, y, por ello, se les puede denominar descriptivos.

Como nos recuerda Nardiello[92], la tipicidad del ilícito jurídico-penal no depende de la sola concreción de los elementos objetivos del tipo en cuestión, sino que a ello se le debe añadir además la realización del aspecto subjetivo —comprensivo de los elementos interiores del obrar ilícito—. Tradicionalmente se sostiene que el modo de conocimiento

90 Garcia Cavero, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima: Jurista, 2012, pp. 385-386.

91 Roxin, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 307.

92 Nardiello, Ángel Gabriel, *Estructura del hecho punible, lineamientos doctrinales, planteo y resolución de casos*, Buenos Aires: Hammurabi, 2012, pp. 107 y 112.

requerido varía en función de la clase de elemento del tipo objetivo de que se trate, no ofreciendo, en principio, dificultad alguna los casos de elementos descriptivos, puesto que son perceptibles a través de los sentidos. [...] por el contrario, dado que en el caso de *los elementos normativos es exigible una valoración para comprender su significado*, lógico resultaría inferir que no puede exigirse el mismo nivel de comprensión a todos —puesto que ello conlleva a que solo los abogados podrían cometer delitos dolosos que prevean los elementos normativos—, y es por ello que, respecto de esos elementos, la doctrina, comúnmente, se contenta con exigir un "conocimiento paralelo en la esfera del lego". Entonces, lo usual para la acreditación de los elementos normativos del tipo objetivo es la inferencia respecto a que el sujeto conocía la característica especial sobre el objeto del mundo exterior.

2. Elemento normativo y ley penal en blanco

Entonces, a partir de lo dicho en el acápite anterior, para dotar de contenido al elemento normativo, a diferencia del elemento descripto, es necesario realizar una valoración para comprender su significado. Así lo entiende también Suay Hernández[93], quien alude al hecho de que existen distintas definiciones de elementos normativos, más o menos amplias, pero que en general aluden a la necesidad de llevar a cabo un proceso que no es necesario en los elementos típicos meramente descriptivos.

Sin embargo, lo que interesa en este punto, siguiendo a García Aran[94], son aquellos elementos normativos que aluden —se remiten— a una situación normativizada y que, en tal medida, obligan a acudir a una norma extrapenal para dotarlos de contenido y, en definitiva, interpretarlos. Desde este punto de vista no cabe la diferenciación respecto al concepto genérico de ley penal en blanco. Para superar esta dificultad la

93 Suy Hernández, Blanca Celia, "Los elementos normativos y el error", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.° 41, 1991, p. 102.

94 García Aran, Mercedes, "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma", *Estudios Penales y Criminológicos*, n.° 16, 1992-1993, p. 68.

doctrina ha propuesto diversos criterios para diferenciar los elementos normativos de la ley penal en blanco.

Un primer criterio de diferenciación es el acudir al carácter explícito o implícito de la remisión, así, cuando la norma penal expresamente aludiera a normas reglamentarias para conceptuar la conducta típica sería una norma penal en blanco, mientras que cuando la necesidad de acudir a la norma extrapenal apareciera de forma implícita nos encontraríamos ante un elemento normativo de tipo. Sin embargo, como anota Garcia Aran[95], este resulta siendo un criterio meramente formal, cuando lo importante para establecer la diferenciación entre estos dos conceptos es la función que esa norma extrapenal desempeña en la estructura del injusto descrito. Para Tiedemann[96] las leyes penales propiamente dichas se caracterizan porque el establecimiento del presupuesto se remite a otra instancia no legislativa que, en definitiva, ejerce una amenaza penal.

Un segundo criterio para establecer la diferenciación está definido por la jerarquía normativa de la norma de remisión. Para Jescheck[97], siguiendo el concepto estricto de ley penal en blanco propuesto por Binding, son normas en blanco las que "delegan" en una autoridad inferior la definición de parte de la conducta típica. Así, cuando la norma de remisión es de carácter administrativo estaremos ante una norma penal en blanco, y cuando la norma complementaria tenga rango de ley estaremos ante un elemento normativo del tipo. Sin embargo, para Garcia Aran[98] este criterio tampoco resulta suficiente, ya que hay disposiciones en el CP que contienen remisiones a disposiciones o decisiones administrativas, e incluso delegaciones a normas de rango inferior que frecuentemente reciben el tratamiento de elementos nor-

95 García Aran, "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma", art. cit., pp. 68 y 69.

96 *Ibid.* p. 69.

97 Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general I*, Barcelona: Bosch, p. 151.

98 García Aran, "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma", art. cit., p. 70.

mativos. Por lo que será preciso superar el plano formal de la jerarquía normativa e indagar en algunos aspectos materiales.

Cramer[99] alude a la función que la norma extrapenal desempeña en la estructura del tipo penal de prevaricación del abogado contenido en el párr. 365 StGB, que recurre a la fórmula "contrariedad a deber". Para este autor, esta fórmula corresponde a un elemento normativo porque para la determinación de esa "contrariedad a deber" no hay una remisión a otra norma, sino que hay que invocar otras normas en la valoración de las características típicas. En este caso la otra norma que servirá como criterio interpretativo es el Estatuto General de la Abogacía. Lo mismo sucede en conceptos como "embargo" o el de "ajenidad", que deben ser interpretados según el CC.

En esa medida, para Cramer[100] es posible tres situaciones: a) cuando la norma penal hace referencias a otras normas, a las que debe acudirse para interpretar las características típicas, y para equiparar a los elementos normativos, b) los elementos normativos propiamente dichos; y c) las leyes penales en blanco, en las que existe una remisión en sentido estricto, y en las que la norma extrapenal se incorpora a la norma penal, más allá de la mera función interpretativa que desempeña en los elementos normativos.

Con lo cual, bajo esa perspectiva, la ley penal en blanco no se caracteriza solo porque la norma complementaria sea de rango inferior, sino, además, porque el legislador la deja en manos de otra instancia, propiamente el establecimiento del elemento típico, lo que no ocurre cuando la norma extrapenal solo resulta invocada para interpretar lo establecido por el legislador.

Así, para Garcia Aran[101] se pueden recurrir a dos tipos de remisiones. La remisión en bloque en la que la remisión a la normativa administrativa se convierte en un elemento típico, esto es, que se san-

99 *Loc. cit.*

100 *Ibid.*, pp. 70-71.

101 *Ibid.*, p. 71 y ss.

ciona penalmente la desobediencia a la norma administrativa. De otro lado, las remisiones interpretativas son aquellas en las que la normativa extrapenal es necesaria para interpretar o integrar un elemento típico, en estos casos puede o no producirse una infracción administrativa, pero en todo caso, esto no es necesario para que se produzca el injusto penal. En suma, en la remisión en bloque se deja el establecimiento de uno de los elementos típicos a la norma extrapenal, mientras que en la remisión interpretativa el elemento típico lo establece el legislador, pero la precisión de su sentido necesita del recurso de la norma extrapenal.

3. Objeto material del delito "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas" como elemento normativo de tipo

Ahora bien, los que defienden que el tipo penal que reprime el tráfico ilícito de drogas, el objeto material del delito: "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas", considerados como un elemento normativo de tipo, ven en esta cuestión un problema interpretativo librado al arbitrio judicial[102]. A favor de esta postura, milita el hecho de que si el legislador hubiera pretendido referir el objeto material del delito a las listas de los convenios internacionales, se habría remitido expresamente a las mismas, pero no lo hizo.

Como precisa Peña Cabrera Freyre[103], se habla de elementos normativos cuando el juez, de manera expresa o tácita, y para efectuar una valoración de los conceptos dados por los métodos de interpretación que él distingue, se remite a normas y patrones valorativos extraños al tipo penal. Son aquellos en los que predomina una valoración que, por lo tanto, no pueden ser percibidos solo mediante los sentidos. Para la comprensión de estos términos no será suficiente, entonces, con una simple

---

102 Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 566.

103 Peña, *La parte especial del derecho penal,* ob. cit., p. 84. En el mismo sentido, Maurach, Reinhert, y Zipf, Heinz, *Derecho penal, parte general 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, traducido por Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires: Astrea, 1994, pp. 365 y 366; Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal, parte general,* Lima: Ara, 2014, p. 217.

percepción de los mismos, sino que necesitarán de una valoración que se extrae de las diversas esferas que componen el ordenamiento jurídico.

Bacigalupo, en voto emitido en una sentencia del Tribunal Supremo español, refiere al respecto:

> El art. 344 no contiene una norma penal en blanco sino un tipo completo en el que el objeto de la acción está caracterizado por un elemento normativo. Por leyes penales en blanco deben entenderse aquellas que solo contienen una amenaza penal para la infracción de otra norma a la cual remiten. La infracción del deber normativo sancionado en el art. 344 se encuentra íntegramente en esta disposición aun cuando para establecer cuáles son las sustancias que se deben considerar objeto de la acción, los precedentes de esta sala se han referido, por ejemplo, al Convenio de Naciones Unidas de 1961, pero de ello no es correcto deducir que el art. 344 constituye una ley penal en blanco, pues tales convenios no definen el deber cuya infracción sanciona el art. 344 CP sino que constituye un punto de vista objetivo para dar contenido a elementos normativos del tipo.

En esa línea, Córdova Roda sostiene que para establecer un concepto jurídico penal de droga, hay que atender a los preceptos internacionales, sin embargo, ello no basta, puesto que es preciso, además, que la sustancia concreta, en atención al bien jurídico protegido por la norma, resulte idónea para originar una significativa perturbación de la salud. Conde Pumpido[104] es de la opinión de que los conceptos de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas son conceptos normativos, cuyo contenido y extensión ha de ser llenado por el Tribunal.

De esta concepción, según refieren Falcone y Capparelli[105], se deducen las siguientes consecuencias: 1) el concepto de estupefacientes o sustancias psicotrópicas no viene impuesto por la legislación extrapenal, sino que debe determinarse según los propios fines de la regulación

104 Conde-Pumpido Ferreiro, "El tratamiento penal del tráfico de drogas: Las nuevas cuestiones", en *Problemática de las drogas en España*, p. 130.

105 Cfr. Falcone, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, ob. cit., p. 108.

penal, en tal sentido, debe tenerse presente que la sustancia afecte al bien jurídico protegido —salud pública— y que origine dependencia física o psíquica; 2) nada impide que el juez, para dotar de contenido a un concepto normativo, acuda a las listas contenidas en los convenios o en las disposiciones de carácter administrativo, siempre y cuando las sustancias allí incluidas cumplan con los fines normativos penales; y 3) todas las cuestiones referidas a la retroactividad o irretroactividad de la ley y al error se deben decidir con criterios exclusivamente penales.

Para superar esta disyuntiva de la naturaleza del concepto de "droga tóxica, estupefaciente o sustancia psicotrópica" del precepto básico del tráfico de drogas, Joshi Jubert[106] propone elaborar un concepto penal de estos términos, para lo cual habrá que partir del concepto médico farmacológico orientado a los fines del derecho penal. Para lo cual se debe empezar por señalar las características que, según la doctrina médica y farmacológica dominantes, debe reunir una sustancia para poder ser catalogada de droga, estupefaciente o sustancia psicotrópica. Prieto Rodríguez[107] sostiene al respecto que un concepto jurídico penal de droga cumplirá los siguientes requisitos: 1. ser incluible en el concepto empírico de droga, atendida su naturaleza y efectos; 2. peligrosidad o nocividad de la sustancia; 3. carácter orientativo de las listas internacionales y administrativas.

Las características médico-farmacológicas de las sustancias tóxicas son:

1) Trastornos de dependencia, estas sustancias pueden dar lugar a alteraciones cognoscitivas, comportamentales y fisiológicas, y concurren cuando existe tres o más de los siguientes síntomas: a) tolerancia, es decir, necesidad de recurrir a cantidades crecientes de la sustancia para alcanzar el efecto deseado, b) abstinencia, cambio de comportamiento desadaptativo, que tiene

106 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 61.

107 Pietro Rodríguez, Javier Ignacio, *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español,* Pamplona: Aranzandi, 1993, p. 177.

lugar cuando la concentración en la sangre disminuye en un individuo que ha mantenido un consumo prolongado de grandes cantidades de esta sustancia; ni la tolerancia ni la abstinencia son condiciones necesarias ni suficientes para diagnosticar una dependencia de sustancias, debe aparecer, además, c) uso compulsivo de la sustancia, dicha circunstancia concurre cuando la sustancia es tomada con frecuencia en cantidades mayores o durante un período más largo de lo que inicialmente se pretendía, o bien, cuando existe un deseo persistente o esfuerzos infructuosos de controlar o interrumpir el consumo de la sustancia; o bien, cuando se emplea mucho tiempo en actividades relacionadas a la obtención de la sustancia, en el consumo de la sustancia o en la recuperación de los efectos de la sustancia; o bien cuando se reducen de forma importante las actividades sociales, laborales o recreativas debido al consumo de la sustancia; o bien cuando se continúa tomando la sustancia a pesar de tener conciencia de problemas psicológicos o físicos persistentes que parecen causados por el consumo de dichas sustancias.

2) Trastornos de abuso, se caracterizan por la aparición de un patrón desadaptativo de consumo de sustancias que conlleva un deterioro o malestar clínicamente significativos por consumo recurrente que da lugar al incumplimiento de obligaciones, o al consumo repetido en situaciones en que hacerlo es físicamente peligroso.

3) Trastornos de intoxicación, consiste en la aparición de un síndrome reversible específico de la sustancia debido a su reciente ingestión, los cambios psicológicos o de comportamientos son debidos a los efectos fisiológicos directos de la sustancia sobre el sistema nervioso central, y se presentan durante el consumo de la sustancia o poco tiempo después. Los cambios más frecuentes implican alteraciones de la percepción, de la vigilancia, la atención, el pensamiento, la capacidad de juicio y el comportamiento psicomotor e interpersonal.

4) Síndrome de abstinencia, cesión o reducción de uso prolongado de grandes cantidades de sustancias, provocando un malestar clínicamente significativo o un deterioro de la actividad laboral y social o en otras áreas importantes de la actividad del sujeto, casi todos los sujetos presentan una necesidad irresistible de volver a tomar la sustancia para reducir los síntomas.

Entonces, queda claro que no basta que la sustancia pueda ser calificada como droga para ser considerada como objeto de la acción del delito, sino que, a su vez, pueda generar adicción en el consumidor y un daño a la salud, como consecuencia de su uso indiscriminado, esto es, su potencialidad de crear dependencia, un aspecto esencial para la definición de droga a efectos penales.

Por ello, no podemos asumir que el tipo penal contenido en el art. 296 del CP sea una norma penal en blanco, pues ello supondría admitir que basta que el juzgador se remita a las listas contenidas en los convenios internacionales para dar configuración a la tipicidad objetiva, sin necesidad de verificar que la sustancia comercializada, posea suficiente entidad y/o aptitud para generar un riesgo abstracto al bien jurídico protegido. Cuando resulta necesario que el juzgador realice una valoración extrapenal a efectos de determinar si la sustancia tiene la capacidad de causar en abstracto daño grave a la salud, para lo cual puede utilizar como referencia las listas contenidas en los tratados internacionales sobre la materia. Así, en la legislación española se ha optado por considerar que para que una sustancia sea considerado droga bastará que los informes técnicos de toxicología detecten esas características. En esa línea, Lamarca[108] refiere que:

> "[E]l RD N.° 1195/2011 [...] establece será considerada como estupefaciente toda sustancia que cumpla todos o alguno de los criterios siguientes: a) Semejanzas con otras sustancias estupefacientes contenidas; b) Utilidad terapéutica; c) Riesgo de abuso; d) Fiscalización en otros países y decisiones adoptadas por los órganos competentes de

108 Lamarca Pérez, *La parte especial del derecho penal,* ob. cit., p. 620.

> la Unión Europea o por los organismos internacionales de los que el Reino de España sea miembro; e) Otros criterios concurrentes que puedan fundamentar la fiscalización como estupefacientes en España de nuevas sustancias.

Con lo cual, en la práctica no se sujetan estrictamente a las listas de la normativa administrativa y de los tratados internacionales sobre la materia, siendo función del juzgador en un caso concreto determinar qué se considera como "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas".

Muñoz Conde[109] opina, en ese sentido, que el delito de tráfico ilícito de drogas es un atentando a la salud pública, por lo que con independencia de su clasificación farmacológica o de sus efectos clínicos, lo fundamental es que las sustancias objeto de criminalización sean peligrosas. De allí que el recurrir a las listas de los convenios internacionales para decidir sobre el objeto del delito, cumple un rol meramente indicativo o referencial, pues algunas de las sustancias que contienen dichos listados no son peligrosas para la salud o, en todo caso, lo son menos que otras sustancias de uso legal como el alcohol o el tabaco; por tanto, el juez deberá verificar en el caso concreto si la sustancia es peligrosa para la salud pública y, luego, si la misma se puede calificar como estupefaciente o psicotrópico, para esto último, obviamente, el juez podría recibir el apoyo de los especialistas.

Esta interpretación resulta útil para las sustancias no contempladas en las listas I y II-A del D. L. N.º 22095, o las listas contenidas en los convenios internacionales sobre la materia, supuestos en los que, como opina Peña Cabrera Freyre[110], el juzgador deberá valorar, en el caso concreto y con auxilio de peritos, si la sustancia decomisada produce efectos estupefacientes o psicotrópicos, y si es peligrosa para la salud,

109 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 8.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 1990, p. 492.

110 Peña-Cabrera Freyre, *La parte especial del derecho penal*, ob. cit., p. 89.

en razón de su proclividad a producir dependencia psicológica, dependencia física, y tolerancia a síndrome de abstinencia.

Bajo esa perspectiva, al carecer el precepto penal, contenido en el primer párrafo del art. 296 del CP, de una determinación legal del objeto material del delito, "drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas", serán elementos normativos que habrán de ser colmados por la vía de la interpretación.

Con todo, para solucionar la cuestión de fijar el alcance del objeto material del delito de tráfico de drogas, la doctrina española, comentando su texto punitivo (art. 368 del CP español), similar en este aspecto al párr. 1 del art. 296 del CP peruano, han propuesto las siguientes soluciones:

Por un lado, Muñoz Conde[111] propugna lo siguiente:

> La elaboración de un concepto penal de droga tóxica o estupefaciente, que por lo menos evite el automatismo con que se considera reiteradamente que algunas sustancias tienen este carácter simplemente por su inclusión en los convenios internacionales, sin tener en cuenta las particularidades del caso concreto ni el bien jurídico protegido en este delito [...] la salud pública.

Por su parte, Arroyo Zapatero[112] considera que ha de precisarse por la ley penal, con expresión de los datos típicos estrictos sobre el contenido y esfera de desvalor que la norma pretende imponer, y en respeto del principio de legalidad, de un catálogo general de sustancias limitado al exacto desarrollo técnico y de puesta al día de los objetos comprendidos en el significado de desvalor de la norma que realice la remisión. Vives Antón[113] opina, en la misma línea de afianzar la seguridad jurídica, que "las sustancias de que se trata deberían precisarse mejor

111 Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 567.

112 Arroyo Zapatero, Luis, "Aspectos penales del tráfico de drogas", en *Poder Judicial,* n.º 11, junio 1984, p. 22 y ss.

113 Vives Antón, Tomás, "Presupuestos constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes", en AA. VV., *Problemática jurídica y psicosocial de las drogas,* Valencia: Generalitat Valenciana, 1987, p. 251.

aún en el tipo penal por una referencia expresa a las listas contenidas en los tratados".

Todas estas posturas, como constata Lorenzo Salgado[114], aunque difieren en su contenido, según las particulares opiniones de sus autores, demuestran, sin embargo, preocupación por la taxatividad y la máxima claridad que deben adornar al concepto central en la regulación del delito.

En suma, las consecuencias prácticas de considerar el objeto material del delito, "drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas", como un elemento normativo del tipo son: a) el referido concepto no viene impuesto por la legislación extrapenal, muchas veces de tipo administrativo, sino que deberá determinarse según los propios fines de la regulación penal en esta materia; b) nada impide que el juez, como medio para dotar de contenido a un concepto normativo acuda a las listas enumerativas de las sustancias contenidas en los convenios o en las disposiciones de tipo administrativa, siempre que las sustancias reseñadas en estas normas cumplan con los fines normativo-penales; c) una sustancia que no se encuentre en las listas de los convenios internacionales o en la norma administrativa interna podrá ser considerada objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas según los fines de la regulación penal en esta materia.

V. POSICIÓN DEL AUTOR: CONSIDERAR EL TÉRMINO "DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES O SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS" COMO ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO

1. El tipo penal peruano de tráfico ilícito de drogas no cumple los requisitos para ser considerado una norma penal en blanco

Conforme a lo reseñado *infra* en la norma penal en blanco, una parte de la estructura de la norma: el supuesto de hecho (para ser más precisos,

114 Lorenzo Salgado, "Los delitos contra la salud pública en el Código Penal de 1995", art. cit., p. 430.

una parte del mismo) no la contiene la propia ley, sino que se remite a otra norma distinta, esto es, necesita leyes de complemento. Con lo cual se debe distinguir entre norma sancionadora y norma complementaria, donde el tipo de la ley penal en blanco solo se configurará plenamente mediante una norma complementaria de tipo administrativa. Otra característica de la ley penal en blanco es que la autoridad administrativa es la encargada de completar el extremo del supuesto de hecho no contenido en la norma penal.

En el caso del objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas contenido en el párr. 1 del art. 296 "drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas", es un tipo penal completo, y no requiere una norma administrativa de complemento, ya que el elemento típico se encuentra precisado por el legislador, y será el órgano jurisdiccional, desplegando una labor interpretativa, quien determinará en cada caso concreto qué entiende por esos conceptos, produciéndose en ese contexto una remisión tácita de tipo interpretativa a las listas anexas a los tratados internacionales por efecto de lo dispuesto en el art. 55 de la Const. Pol. del Estado que establece la incorporación de los tratados internacionales a la legislación interna. Como se ha dicho, la remisión interpretativa, que se configura en los elementos normativos del tipo, son aquellas en las que la normativa extrapenal es necesaria para interpretar o integrar un elemento típico; en estos casos puede o no producirse una infracción administrativa, pero en todo caso, esto no es necesario para que se produzca el injusto penal. Además, en la remisión interpretativa, el elemento típico lo establece el legislador, pero la precisión de su sentido necesita del recurso de la norma extrapenal que sirve como referencia en la labor interpretativa del juzgador. En el caso bajo análisis, el legislador precisa el elemento típico "drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas", siendo que las normas extrapenales, las listas del D. L. N.° 22095 y las listas de los convenios internacionales, sirven de referencia para la labor interpretativa del juzgador.

En ese marco, el D. L. N.° 22095 no contiene disposición alguna que autorice a la autoridad administrativa sanitaria disponer en qué

casos nos encontramos ante una "droga tóxica, estupefaciente o sustancia sicotrópica", ni contiene al menos disposiciones que la autorice a modificar las listas anexas a la referida Ley. No existe ningún supuesto en que la autoridad administrativa sanitaria se encargue de completar el extremo del supuesto de hecho no contenido en la norma penal. Con lo cual, el primer párrafo del art. 296 del CP no cumple con esta característica determinante de las normas penales en blanco propiamente dichas.

Además, para que el recurso a la técnica de la ley penal en blanco resulte legítimo, es necesario que la disposición penal en cuestión: a) disponga el reenvío, de manera que sea expreso y justificado, en tutela al bien jurídico protegido; y b) que el tipo penal debe incluir no solo la infracción, sino el núcleo esencial del hecho ilícito; y con ello se cumple la exigencia de certeza, pues la conducta ilícita se encuentra suficientemente determinada.

Para la determinación del objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas contenido en el primer párrafo del art. 296 "drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias sicotrópicas" no se realiza un reenvío de manera expresa a normas administrativas o a los tratados internacionales sobre la materia. Más aún, la remisión inversa que realiza el art. 89.13 del D. L. 22095 —que establece que se considera "droga" para efectos penales las sustancias contenidas en las listas I y II-A anexas a la citada ley— no contempla todas las sustancias contenidas en las listas de los tratados internacionales, por lo que no puede ser considerada determinante a efectos de establecer el objeto material del delito. Así, por ejemplo, una sustancia que es considera "estupefaciente" en las listas I y II de la Convención de Sustancias Sicotrópicas de 1971, actualizada por la Comisión de Estupefacientes en vigor desde el 27 de noviembre de 1999, como el "éxtasis", que contiene Metilendioxianfetamina —MDA, Metilendioximetanfetamina— MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas, no se encuentra en las listas del D. L. N.° 22095.

A ello hay que añadir que las sustancias contenidas en las listas en los tratados internacionales reciben tratamiento diferenciado de

fiscalización y control según esté comprendida en tal o cual lista[115], bajo la lógica de que no todas ellas afectan con igual intensidad el bien jurídico "salud pública" tutelado en esta clase de delitos, por lo que no todas esas sustancias podrían ser consideradas como objeto de represión penal. En ese contexto, nada impide —desde la perspectiva de las obligaciones internacionales del Estado en esta materia— que la represión penal de las sustancias menos nocivas sujetas a menores restricciones de fiscalización y control en el sistema internacional de clasificación contenida en los referidos acuerdos internacionales puedan recibir en la jurisdicción interna un trato diferenciado respecto a las sustancias sobre las que se realizan los mayores controles y fiscalizaciones. Con lo cual, no cabe considerar al primer párrafo del art. 296 del CP como

115 El primer instrumento jurídicamente vinculante para la fiscalización internacional de drogas fue la Convención Internacional del Opio (La Convención de La Haya) de 1912, ello a raíz de las inquietudes por la extendida práctica de fumar opio en China y la aparición de subculturas de consumo de drogas en las ciudades Occidentales, la Convención de La Haya prescribía "la supresión gradual y eficaz" del uso del opio, y la limitación de la fabricación, la venta y el empleo de morfina, cocaína y heroína a "usos medicinales y legítimos". Sin embargo, todas estas sustancias estaban sometidas a los mismos controles y no se regían por ningún modelo de catalogación graduada (o clasificación). Los primeros tratados se centraban en impedir el desvío de drogas de los canales de comercio lícito, y para la década de 1930, las medidas en esta dirección habían cosechado cierto éxito. El primer tratado internacional que incluyó el principio de la clasificación fue la Convención Para la Limitación de la Fabricación y Reglamentación de la Distribución de Estupefacientes (La Convención para la Limitación) de 1931, este tratado incorporaba dos listas de clasificación de las sustancias, el Grupo 1, que incluía la morfina, la heroína y la cocaína y sus sales, y, el Grupo 2, que incluía la codeína y a etilmorfina, y sus sales. El segundo grupo estaba exento de algunos de los requisitos normativos y de notificación más exigentes que se aplicaban al primero. Así quedó establecido principio de clasificación en el sistema de fiscalización internacional de drogas. Cfr. Meyer, K. y T. Parssinem, *Webs of smoke: smugglers, warlords, spies, and the history of international drug trade*, Oxford: Rowman and Littlefield, 1998; Bewley-Taylor, David y Martín Jelsma, "Regimen change: re-visiting the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs", en *International Journal of Drug Policy*, 2012, pp. 73 y 74; y, Hallam, Christopher, Dave Bewley-Taylor y Martín Jelsma, "La Clasificación en el sistema internacional de control de drogas", en *Serie reforma legislativa en materia de drogas*, n.° 25, 2014, pp. 3 y 4.

una norma penal en blanco que nos remite sin más a las listas anexas a los convenios internacionales sobre el TID para la determinación del objeto material del delito, pues no todas las sustancias contenidas en las listas reciben el mismo tratamiento en el referido sistema internacional de clasificación.

El tratamiento diferenciado de fiscalización y control de las sustancias contenidas en las listas en los tratados internacionales se visualiza claramente en las disposiciones de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972, así, en su art. 2 prescribe lo siguiente:

> [L]os estupefacientes de la Lista I estarán sujetos a todas las medidas de fiscalización aplicables a los estupefacientes en virtud de la presente Convención y, en particular, a las previstas en los art. 4 c, 19, 20, 21, 29, 30, 31, 32, 33, 34 y 37.

Lo mismo sucede con las disposiciones de la Convención sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971. En ese marco, el art. 5.2 prescribe lo siguiente:

> [C]ada una de las Partes limitará a fines médicos y científicos, por los medios que estime apropiados, la fabricación, la exportación, la importación, la distribución, las existencias, el comercio, el uso y la posesión de las sustancias de las listas II, III y IV,

Mientras que el art. 7 precisa lo siguiente respecto de las sustancias de la lista I:

> a. Prohibirán todo uso, excepto el que con fines científicos y fines médicos muy limitados hagan personas debidamente autorizadas en establecimientos médicos y científicos que estén sujetos a fiscalización directa de sus gobiernos o expresamente aprobados por ellos. b. Exigirán que la fabricación, el comercio, la distribución y la posesión estén sometidos a un régimen especial de licencias o autorización previa. c. Ejercerán una estricta vigilancia de las actividades y actos mencionados en los párrafos a y b.

Además, en el art. 9.1 se autoriza a los Estados partes a que las sustancias de las listas II, III y IV puedan ser suministradas y despachadas con receta médica cuando se destinen al uso de particulares. Es más, el art. 9.3 deja a la discrecionalidad de los Estados partes, de acuerdo con las circunstancias locales y a las condiciones que puedan estipular, autorizar a los farmacéuticos y otros minoristas con licencia, designados por las autoridades sanitarias competentes, a que suministren a su discreción y sin receta médica, pequeñas cantidades de sustancias de las listas III y IV, para uso de particulares con fines médicos.

Así, el art. 8 de la Convención sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 establece que las sustancias incluidas en las listas II, III y IV estén sometidas a un régimen de licencias o a otro régimen de fiscalización análogo, precisando, además, que las partes ejercerán una fiscalización sobre todas las personas y empresas debidamente autorizadas que se dediquen a la fabricación, el comercio (incluido el comercio de exportación e importación) o la distribución de las sustancias comprendidas en las referidas listas. Además, el art. 11 prescribe lo siguiente:

> Con respecto a las sustancias de la Lista 1, las Partes exigirán que los fabricantes y todas las demás personas autorizadas en virtud al art. 7 para comerciar con estas sustancias y distribuirlas lleven registros, en la forma que determine cada Parte, en los que consten los pormenores de las cantidades fabricadas o almacenadas, y, para cada adquisición y entrega, los pormenores de la cantidad, fecha, proveedor y persona que las recibe...

Regulaciones similares están consideradas para las sustancias de las listas II y III, mientras que respecto a las sustancias de la lista IV precisa el referido art. que: "[L]as Partes exigirán que los fabricantes, exportadores e importadores lleven registros, en la forma que determine cada Parte, en los que consten las cantidades fabricadas, exportadas e importadas".

Como explica MCALLISTER[116], el Convenio de 1971 es más indulgente en sus controles, esto se debe a las maniobras políticas alrededor

116 MCALLISTER, W.B., *Drug diplomacy in the twentieth century: an international history,*

del diseño del tratado, por medio de las cuales los países desarrollados cabildearon a favor de sus industrias farmacéuticas nacionales. También es el reflejo de su preferencia cultural por las drogas sintéticas producidas científicamente, en contraposición a las materias primas de origen vegetal y sin tratar, que todavía se usa en los países en desarrollo. Así, HALLAM *et al.*[117] explican que los países industrializados se mostraron entusiastas ante la imposición de fuertes restricciones sobre las drogas de los pueblos de Asia, África y América Latina, pero deseaban un régimen más flexible para sus propias drogas sintéticas.

De otro lado, el mandato sobre persecución penal de actos de tráfico ilícito de drogas contenido en el art. 3.a.i de la Convención de Viena de 1988 no establece que todas los estupefacientes y sustancias sicotrópicos contenidas en los convenios internacionales tengan que recibir el mismo tratamiento en la jurisdicción interna, ya que el mandato supone reprimir las conductas descritas sobre esas sustancias que contravengan las disposiciones de los referidos convenios, y, como hemos visto, estas sustancias en el sistema internacional de clasificación reciben un tratamiento diferenciado a efectos de su fiscalización y control. Así, el citado art. prescribe lo siguiente:

> La producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica *en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971.*

En suma, el primer párrafo del art. 296 del CP no cumple los requisitos para ser considerada una norma penal en blanco que nos remita,

---

Nueva York: Routledge, 2000. En el mismo sentido, Cfr. BRUUN, Kettil *et al., The Gentlemen's club: international control of drugs and alcohol,* Chicago: University of Chicago.

117 HALLAM, BEWLEY-TAYLOR y JELSMA, "La Clasificación en el sistema internacional de control de drogas", en *Serie Reforma legislativa en materia de drogas,* art. cit., pp. 5 y 6.

sin más, a las listas anexas a los convenios internacionales sobre el TID para la determinación del objeto material del delito, ya que: a) no realiza una remisión expresa a alguna norma extrapenal, b) no hace depender de alguna instancia administrativa la determinación del concepto de "droga", y c) no establece un sistema de actualización de las listas del D. L. N.° 22095.

2. La aparición de nuevas sustancias y el sistema de clasificación internacional de control de drogas

Otro problema que suscita considerar como objeto material del delito del tráfico ilícito de drogas únicamente a las sustancias contenidas en los convenios internacionales sobre la materia es que en los últimos años han hecho su aparición nuevas sustancias sintéticas, cuyo consumo afecta gravemente a la salud, por lo que, al no estar en las listas de esos convenios, ni en la norma administrativa nacional, su tráfico sería impune. Si bien los convenios internacionales establecen un procedimiento para la actualización de sus listas y para la incorporación de nuevas sustancias, este procedimiento ha sido considerado por la doctrina especializada como muy lento; además, aunque los convenios internacionales precisan un procedimiento de clasificación provisional para las nuevas sustancias para que sean sometidas a diversas restricciones, fiscalización y control por los Estados partes, estos procedimientos de clasificación provisional tampoco son muy expeditos.

Al respecto, Hallam *et al.*[118] sostienen que la proliferación de nuevas sustancias psicoactivas (NSP) ha conferido una nueva urgencia a la cuestión de la clasificación. En su Informe Mundial sobre las Drogas 2013, la *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC) observó que los Estados miembros le habían notificado 166 sustancias de este tipo, una cifra que habría aumentado hasta las 251 a mediados de 2012.[119] La UNODC también apuntó con razón que el problema de abordar toda

118 *Ibid.*, pp. 17 y 18.

119 UNODC, *World drug report*, Nueva York: Naciones Unidas, 2013, p. 59.

una serie de nuevas drogas era algo a lo que ya se había enfrentado el sistema internacional en el pasado, por ejemplo, después de la Segunda Guerra Mundial con la emergencia de varios opioides sintéticos[120]. Sin embargo, la gran cantidad de NSP no tiene precedentes, y existen motivos fundados para suponer que las cifras seguirán creciendo. Con lo cual, el sistema de fiscalización internacional de drogas confronta sin duda un reto de un orden distinto en el momento en que se plantea someter esta oleada de nuevas sustancias embriagantes a su régimen de clasificación y control.

Las NSP son sustancias que no están fiscalizadas por los tratados internacionales sobre drogas. Son compuestos químicos fabricados en laboratorio a partir de la mezcla de varias sustancias, y entre las más famosas destacan el éxtasis, el ácido lisérgico o LSD, la ketamina y la novedosa *Spice*, un compuesto de plantas exóticas procedentes de Asia como el *Blue Lotus* y el *Bean Bay*, que contienen sustancias químicas similares al THC, el principio activo de la marihuana, pero de cinco a 200 veces más potentes.[121]

Como reconoce este organismo de Naciones Unidas: "El sistema de fiscalización internacional de drogas está fallando por primera vez ante la rapidez y creatividad del fenómeno de las nuevas sustancias

120 UNODC, *World drug report*, ob. cit., p. 103.

121 Se trata de un alarmante problema de drogas, aunque las drogas sean lícitas. Comercializadas abiertamente, incluso a través de internet, las NSP, cuya seguridad no ha sido probada, pueden ser mucho más peligrosas que las drogas tradicionales. Los nombres por los que son conocidas en las calles, como "especias" (*spice*), "miau-miau" y "sales de baño" inducen al error a los jóvenes que creen que se trata de diversión de bajo riesgo. Considerando el alcance casi infinito de las alteraciones de la estructura química de las NSP, las nuevas formulaciones están superando los esfuerzos internacionales para el control. Mientras la aplicación de la ley se queda atrás, los delincuentes no han tardado en aprovechar este lucrativo mercado. Los efectos adversos y el potencial adictivo de la mayoría de estas sustancias no controladas son, en el mejor de los casos, poco conocidos. Cfr. "El Informe Mundial Sobre las Drogas 2013 señala estabilidad en el uso de drogas tradicionales y un crecimiento alarmante de nuevas sustancias psicoactivas". Recuperado de <https://bit.ly/2Crg0WH>.

psicoactivas (NSP)"[122], cuyo número aumentó de 166 a finales de 2009 a 251 a mediados de 2012, lo que supone un incremento de más del 50 %, advierte el informe de la UNODC publicado el 26 de junio, Día Internacional de Lucha Contra el Uso Indebido y el Tráfico Ilícito de Drogas.[123]

El informe anual de la UNODC revela que el consumo de heroína y cocaína disminuyó en algunas regiones del mundo, pero es cada vez mayor el uso y abuso de medicamentos recetados y de nuevas sustancias psicoactivas, lo que constituye un verdadero reto desde el punto de vista de salud pública. Las NSP son especialmente peligrosas y problemáticas porque se comercializan a menudo como "colocones legales", dando a entender que su consumo y utilización son inocuos. Países de casi todas las regiones del mundo han comunicado la aparición de NSP. Concretamente, en el período 2008-2012 aparecieron nuevas cannabinoides sintéticos y catinonas sintéticas, aunque en comparación con el período anterior a 2008 disminuyó el número de países que comunicaron fenetilaminas, ketamina y piperazinas nuevas. El término de "nuevas" no se refiere necesariamente a nuevas invenciones, sino a sustancias que han empezado a circular recientemente en mercados concretos. En la actualidad clasifican como NPS las denominadas drogas de diseño (éxtasis), los psicodepresores (benzodiacepinas y barbitúricos), los psicoestimulantes (anfetamina, tabaco, cafeína, xantina) y los químicos volátiles (disolventes, lacas, pinturas, pegamentos), entre otras sustancias que provocan serios daños al sistema nervioso.

La UNODC también advierte que el mercado y el consumo de estimulantes de tipo anfetamínico, con excepción del "éxtasis", se está expandiendo en la mayoría de las regiones del planeta. En 2011 se estimó que el 0,7 % de la población mundial de 15 a 64 años de edad, es decir, 33,8 millones de personas, había consumido esas sustancias el año precedente. Aunque el consumo de "éxtasis" ha disminuido en

122 UNODC, *Resumen ejecutivo, informe mundial sobre las drogas 2013.* Recuperado de <https://bit.ly/2EGAqxI>.

123 UNODC, *Resumen ejecutivo, Informe mundial sobre las drogas 2013,* ob. cit., p. 59.

todo el mundo, parece estar aumentando en Europa. Europa, América del Norte y Oceanía siguen siendo las tres regiones con una prevalencia de consumo de "éxtasis" por encima del promedio mundial.[124]

En suma, el informe 2013 de la UNODC subraya que por primera vez el número de NSP superó al total de sustancias sujetas a fiscalización internacional que suman 234. Estos narcóticos, pese a que son legales, pueden ser mucho más peligrosos para la salud que las "drogas tradicionales", ya que no están bajo control internacional y se comercializan libremente, incluso a través de internet, aseveró el director ejecutivo de la UNODC, Yury Fedotov.[125]

Si bien se dice que en respuesta a la proliferación de NSP, la UNODC ha puesto en marcha un sistema de alerta temprana que permitirá a la comunidad mundial para vigilar la aparición de NSP y tomar las acciones apropiadas, este sistema de alerta temprano no resulta eficaz para la incorporación oportuna de estas nuevas sustancias en el sistema de clasificación internacional, esto es, el catálogo de listas de los tratados internacionales[126]. Con lo cual, si entendemos que la disposición contenida en el primer párrafo art. 296 del CP es una norma penal

124 Cfr. "La ONU alarmada por la proliferación de nuevas sustancias psicoactivas". Recuperado de <https://bit.ly/2RbVDkB>.

125 Cfr. "La ONU alarmada por la proliferación de nuevas sustancias psicoactivas", art. cit.

126 Una vez que se someten a medidas de control, la mayoría de las nuevas sustancias psicoactivas suelen sustituirse rápidamente, lo que dificulta sobremanera la adopción de medidas de intervención en este ámbito. La mefedrona, sin embargo, es un raro ejemplo de nueva droga que ha dado el salto y se ha convertido en una sustancia demandada en el mercado ilegal de estimulantes. A pesar de los controles practicados en toda la Unión Europea, parece estar disponible aún en algunos países, en los que se vende en el mercado ilegal. Aun aceptando la posible existencia de reservas formadas antes de la prohibición y de actividades de importación clandestina, es motivo de preocupación el descubrimiento reciente de un centro de producción de mefedrona en Polonia, con enlaces con grupos internacionales de delincuencia organizada y evidencia de tráfico a otros países europeos. Observatorio Europeo De las Drogas y las Toxicomanías, *Informe europeo sobre drogas. Tendencias y novedades, 2013*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2013, p. 28.

en blanco que nos remite, sin más, al referido catálogo de listas de los convenios internacionales, ninguna de estas sustancias podría ser considerada como objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas, lo que sin duda generaría importantes escenarios de impunidad y grave vulneración al bien jurídico tutelado en esta clase de injustos penales.

Las Convenciones de 1961 y 1971 encomiendan a la Organización Mundial de la Salud (OMS) la responsabilidad de examinar cualquier sustancia propuesta para su inclusión dentro de las listas, así como cualquier cambio en la clasificación de una sustancia ya fiscalizada. El examen puede ser iniciado por un Estado miembro o por la propia OMS. Una vez finalizado el proceso, la recomendación de la OMS se traslada a la Comisión de Estupefacientes (CND) que posteriormente la acepta o no. La función general de la OMS consiste en evaluar —desde una perspectiva de salud pública y sobre la base de las mejores pruebas disponibles— las propiedades medicinales de una sustancia y su potencial uso no autorizado ("uso indebido")[127]. En este sentido, debe intentar equilibrar la necesidad de la disponibilidad médica de una sustancia y las consecuencias negativas para la salud de su uso no autorizados. Sin embargo, el minucioso trabajo de examinar las sustancias para su clasificación en la OMS depende del Comité de Expertos de Farmacodependencia (CEF), quien se encarga de efectuar el examen de las sustancias propuestas para su clasificación, y asesora al director general de la OMS sobe la recomendación que debería trasladar a la CND.

El CEF lleva a cabo dos tipos de examen con el fin de formular sus recomendaciones: el examen preliminar y el examen crítico. El examen preliminar es un ejercicio de sondeo, que se efectúa con el fin de decidir si es necesario pasar a un examen crítico. Esto dependerá de si el examen preliminar indica que una sustancia podría exigir ser incluida en las listas de los convenios, aunque no se pueda llegar a ninguna recomendación,

127 Cfr. Naciones Unidas, *Comentarios a la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes*, Nueva York: Naciones Unidas, 1989, p. 89 y ss.; Naciones Unidas, *Comentarios al Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas, hecho en Viena el 21 de febrero de 1971*, Nueva York: Naciones Unidas, 1977, p. 29 y ss.

en este sentido, con ese primer examen. Si no se identifica este tipo de información, el CEF resolverá que no existen datos suficientes como para requerir un examen crítico.

Un examen crítico se inicia cuando: 1) una Parte de la Convención de 1961 o del Convenio de 1971 solicita la clasificación de una sustancia o la modificación de su clasificación vigente; 2) la CND realiza una petición explícita de examen; 3) un examen preliminar del CEF recomienda un examen preliminar; o 4) a la OMS se le informa que una sustancia es objeto de fabricación clandestina o constituye un riesgo grave para la salud pública y no tiene ningún valor terapéutico reconocido[128].

Adicionalmente, la Convención Única de 1961 creó la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) como órgano independiente cuasijudicial con funciones de control internacional del cumplimiento de las convenciones sobre drogas. La JIFE fiscaliza la oferta legal de drogas controladas requeridas para uso científico y médico en los países suscriptores de la Convención Única por medio de un sistema de licenciamiento diseñado para evitar que la producción de fuentes lícitas se "filtre" hacía el tráfico ilícito.[129] También se le otorgan importantes facultades de requerimiento de información y de imposición de medidas correctivas para el correcto cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados parte en virtud del art. 22 de la Convención de Viena de 1988. Anualmente la JIFE publica un reporte sobre las nuevas tendencias y desarrollos en el control de drogas ilícitas, así como advertencias directas a los gobiernos de aquellos países que la Junta considera que no están cumpliendo a cabalidad las

128 El proceso de examen crítico es muy detallado, e incluye el estudio de la química, la farmacología, la toxicología, la dependencia y los potenciales usos indebidos de las sustancias, además de sus aplicaciones terapéuticas, presencia en la Lista Modelo de Medicamentos Esenciales de la OMS, uso industrial, comercio, efectos en la salud pública, dependencia y uso no autorizado, producción ilícita y tráfico, y otros factores con una perspectiva médica y de salud pública general.

129 Pérez Salazar, Bernardo, "El sistema internacional de fiscalización de drogas: un estado de cosas para cambiar", en *Novum Jus*, vol. n.° 3, 2009, p. 161.

disposiciones de la Convención, a los cuales tiene la facultad de convocar a la "celebración de consultas o a solicitarles explicaciones"[130].

Si bien la JIFE carece de competencias para realizar exámenes con fines de clasificación en virtud de los tratados de 1961 y 1971; solo para la inclusión en las listas de precursores en el marco de la Convención de 1988, en la práctica la JIFE, organismo que además debe ser notificado de toda decisión de la Comisión sobre esta materia, utiliza sus informes anuales para sugerir o no la inclusión de nuevas sustancias en las listas de los convenios internacionales[131], como sucede con la 'ketamina', para su inclusión[132], aunque es una droga utilizada como anestésico en entornos poco desarrollados[133], y el 'khat', para su no incorporación[134], a pesar de ser una sustancia incorporada en las listas de fiscalización de la Unión Europea[135], lo que ha generado controversia a nivel internacional.

---

130 Transnational Institute, "Drogas: polarización y parálisis en la ONU. Superando el impasse", en *Drogas y conflicto, documento de debate,* n.° 5, 2002, p. 6.

131 Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2004 (Naciones Unidas: Nueva York, 2005), párr. 390; Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2005 (Naciones Unidas: Nueva York, 2006), Recomendación 44.

132 Ketamine, *Critical review report. Expert committee on drug dependence, thirty-fifth meeting,* Hammamet: Organización Mundial de la Salud, 2012, p. 36; Ketamine, *Expert peer review on critical review report. expert committee on drug dependence,* Hammamet: 2012, p. 5.

133 La ketamina es un anestésico utilizado en procedimientos quirúrgicos y de diagnóstico veterinario y humano, y su uso es de importancia capital en muchas zonas del mundo en desarrollo, donde a menudo es el único agente anestésico disponible. La ketamina es fácil de usar, sobre todo en entornos poco desarrollados y de emergencia donde no se dan condiciones de control clínico; además, no suprime la función respiratoria, y es seguro en términos de sobredosis cuando se utiliza bajo supervisión médica. Cfr. Carta de la Sociedad Mundial de Anestesia Intravenosa al CEF, 2014. Recuperado de <https://bit.ly/2R7APKQ>.

134 Jife, *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2010,* párr. 284-287. Recuperado de <https://bit.ly/2Rf4Usb>.

135 El término khat designa a las hojas nuevas y a los brotes tiernos del árbol del mismo nombre (*Catha edulis*). El khat contiene sustancias estimulantes con propiedades de tipo anfetamínico. Si bien en estado puro estas sustancias son objeto de un

Estos entes burocráticos que actúan en el seno de las Naciones Unidas muchas veces han entrado en discrepancias respecto a la incorporación o no de nuevas sustancias, y respecto a la exclusión o no de sustancias ya incorporadas en las listas de los convenios internacionales.[136] Lo que en buena cuenta refleja en realidad, las tensiones que existen entre los Estados partes, liderados por Estados Unidos de América, que hacen una interpretación represiva de los tratados y, por otro lado, los Estados partes que proponen una interpretación más flexible.[137]

En suma, el procedimiento de actualización de las listas resulta muy lento y burocrático, el cual se ve muchas veces obstaculizado por la tensión que existe entre los diversos organismos que intervienen en el proceso, y que reflejan la tensión existente entre los Estados partes de los tratados internacionales que tienen una visión más represiva de la "lucha contra la drogas", y otra más amplia que propugna un cambio de estrategia al respecto, oposición que ha llevado a países como Uruguay a la legalización de la marihuana.

Ahora bien, HALLAM *et al.*[138] precisan que el principio básico que informa la clasificación de sustancias en virtud de los instrumentos de 1961 y 1971 suelen denominarse "principio de similitud", este se fundamenta en la idea de que si una sustancia se parece a otra que ya está fiscalizada por los convenios internacionales, es probable que

---

control internacional, no ocurre lo mismo en el caso de las hojas. Axel KLEIN, Pien METAAL y Martin JELSMA. "Rumiando la prohibición del khat. La globalización del control y la regulación de un antiguo estimulante", *en Transnational Institute*, n.° 17.

136 OMS, *Garantizando el equilibrio en las políticas nacionales sobre las sustancias fiscalizadas: Orientación para la disponibilidad y accesibilidad de los medicamentos fiscalizados*, 2010. Recuperado de <https://bit.ly/2s2nNCV>. HALLAM, "La Clasificación en el sistema internacional de control de drogas", art. cit., p. 9.

137 BEWLEY-TAYLOR, David R., *International drug control: consensus fractured Cambridge University*, 2012; TRANSNATIONAL INSTITUTE, "Drogas: polarización y parálisis en la ONU. Superando el impasse", en *Drogas y conflicto, Documento de Debate*, n.° 5, 2002, p. 6.

138 HALLAM, "La Clasificación en el sistema internacional de control de drogas", art. cit., p. 6.

también requiera ser controlada, y se debería estudiar con ese objetivo. La clasificación en el marco de la Convención de 1961 también implica un "principio de convertibilidad", que se basa en la capacidad de una sustancia para ser fácilmente transformada en una droga con propiedades equivalentes a las ya fiscalizadas. En la práctica, el principio de similitud se ha centrado en tres sustancias, y una droga debe poseer efectos parecidos a la morfina, la cocaína o el cannabis para ser clasificada en virtud de la Convención de 1961. Sin embargo, como advierten DANENBERG *et al.*[139], aparte de las dificultades que supone especificar la naturaleza exacta de dicha 'similitud', es importante recordar que esas tres sustancias no han sido evaluadas durante mucho tiempo, la heroína desde 1949, y el cannabis y la hoja de coca desde 1965. Esto supone que las sustancias que proporcionan los cimientos para toda la estructura de la clasificación, y que funcionan como modelo para las sustancias que exigen control, aún no están fundamentadas en evidencias científicas contemporáneas.

En conclusión, el sistema de clasificación de los convenios internacionales y su método para la incorporación de nuevas sustancias resulta ineficaz ante la aparición de nuevas sustancias psicoactivas, de ahí que no podemos esperar que los entes burocráticos de las Naciones Unidas se pongan de acuerdo para actualizar las listas. Por lo que reiteramos que no podemos entender que la disposición contenida en el primer párrafo art. 296 del CP es una norma penal en blanco que nos remite, sin más, al referido catálogo de listas de los convenios internacionales, ya que ninguna de estas "nuevas" sustancias podría ser considerada como objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas, lo que sin duda generaría importantes escenarios de impunidad y grave vulneración al bien jurídico tutelado en esta clase de injustos penales.

139 DANENBERG, E. *et. al.*, "Modernizing methodology for the who assessment of substances forms the international drug control conventions", en *Drug and alcohol dependence,* vol. 131, 2013, pp. 175-324.

3. El tipo penal peruano de tráfico ilícito de drogas se ajusta mejor a la definición de elemento normativo del tipo

Para superar estas dificultades que implica supeditar el concepto de "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas" a las sustancias contenidas en las listas de los convenios internacionales, siguiendo a JOSHI[140], se debe elaborar un concepto penal de estos términos donde el contenido de las listas resulte siendo solo referencial, para lo cual habrá que partir del concepto médico farmacológico orientado a los fines del derecho penal. Para lo cual se debe empezar por señalar las características que según la doctrina médica y farmacológica dominantes debe reunir una sustancia para poder ser catalogada de droga, estupefaciente o sustancia psicotrópica. PRIETO[141] sostiene, al respecto, que un concepto jurídico penal de droga cumplirá los siguientes requisitos: 1. ser incluible en el concepto empírico de droga, atendida su naturaleza y efectos; 2. peligrosidad o nocividad de la sustancia; y 3. carácter orientativo de las listas internacionales y administrativas.

Por ello, para que una sustancia pueda ser calificada como "droga, estupefacientes y sustancias psicotrópicas", y ser considerada objeto material del delito, debe generar adicción en el consumidor y dañar su salud, como consecuencia de su uso indiscriminado, esto es, se debe verificar su potencialidad de crear dependencia, aspecto esencial de la definición de drogas a efectos penales.

En tal sentido, no podemos asumir que el tipo penal contenido en el art. 296 del CP es una norma penal en blanco, pues ello supondría admitir que basta que el juzgador se remita a las listas contenidas en los convenios internacionales para dar configuración a la tipicidad objetiva, sin necesidad de verificar que la sustancia comercializada posea suficiente entidad y/o aptitud para generar un riesgo abstracto al bien jurídico protegido. Cuando resulta necesario que el juzgador realice una valoración extrapenal a efectos de determinar si la sustancia tiene

140 JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 61.

141 PIETRO RODRÍGUEZ, *El delito de tráfico y el consumo de drogas*, ob. cit., p. 177.

la capacidad de causar en abstracto daño grave a la salud, para lo cual se puede utilizar como referencia las listas contenidas en los tratados internacionales sobre la materia. Así, en la legislación española se ha optado por considerar que para que una sustancia sea considerado droga bastará que los informes técnicos de toxicología detecten esas características. En esa línea, LAMARCA[142] refiere lo siguiente:

> [E]l RD N.° 1195/2011 [...] establece será considerada como estupefaciente toda sustancia que cumpla todos o alguno de los criterios siguientes: a) Semejanzas con otras sustancias estupefacientes contenidas; b) Utilidad terapéutica; c) Riesgo de abuso; d) Fiscalización en otros países y decisiones adoptadas por los órganos competentes de la Unión Europea o por los organismos internacionales de los que el Reino de España sea miembro; e) Otros criterios concurrentes que puedan fundamentar la fiscalización como estupefacientes en España de nuevas sustancias.

Con lo cual, en la práctica no se sujetan estrictamente a las listas de la normativa administrativa y de los tratados internacionales sobre la materia, siendo función del juzgador en un caso concreto determinar que se considera como "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas".

Además, esta interpretación resulta útil para las sustancias no contempladas en las listas I y II-A del D. L. N.° 22095 —listados que no se actualizan desde la dación de la norma—, supuestos en los que el juzgador deberá valorar, en el caso concreto y con auxilio de peritos, si la sustancia decomisada produce efectos estupefacientes o psicotrópicos, y si es peligrosa para la salud, en razón de su proclividad a producir dependencia psicológica, dependencia física, y tolerancia a síndrome de abstinencia. Entonces, dando respuesta al problema planteado, el elemento "droga tóxica", en el tipo penal de tráfico ilícito de drogas, art. 296 del CP, debe ser considerado un elemento normativo del tipo, donde el principio de legalidad no se ve vulnerado si vía interpretativa, y previo dictamen pericial, se determina que una sustancia no contenida

142 LAMARCA PÉREZ, *La parte especial del derecho penal,* ob. cit. p. 620.

en las listas de los convenios internacionales, y que tenga la potencialidad de vulnerar el bien jurídico protegido, es considerado como objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas.

Interpretación que no colisiona con el mandato contenido en el art. 3.a.i y 3.a.iii de la Convención de Viena de 1988, que dispone considerar en el derecho interno como delito:

> La producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971" y "La posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica con objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado i).

Pues no limita como objeto material del delito a sustancias no contempladas en las listas de los convenios internacionales.

VI. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Revisadas las posturas sobre el objeto material del delito en los tipos penales sobre y tráfico ilícito de drogas, se pueden arribar a las siguientes conclusiones:

1. El objeto es uno de los elementos estructurales del tipo. En la estructura del tipo es necesario distinguir entre objeto material (u objeto de la acción) y objeto jurídico. El primero se halla constituido por la persona o cosa sobre la que ha de recaer físicamente la acción, puede coincidir con el sujeto pasivo (por ejemplo, en el homicidio y las lesiones), pero no es preciso. El objeto jurídico equivale al bien jurídico, es decir, el bien objeto de protección de la ley. Poniendo nuevamente como ejemplo el delito de hurto, el objeto jurídico es la propiedad de la cosa en tanto que el objeto material es la cosa hurtada.

2. El primer problema interpretativo del tipo penal de tráfico de drogas es, precisamente, el que atañe al significado del objeto sobre el que recaen las conductas tipificadas. Esta situación obliga al intérprete a buscar su significado en otro lado. En ese contexto, el concepto de "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psico: trópicas" pueden ser contempladas desde distintas perspectivas social, vulgar, médica, farmacológica, fenomenológica, legal extrapenal, entre otras muchas otras, cada una de las cuales da lugar a otros tantos conceptos.
3. Para afrontar el problema de la determinación del objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas, una parte de la doctrina es partidaria de establecer un concepto de drogas construido a partir de los preceptos del CP, de su bien jurídico, de su dañosidad y de su ubicación sistemática, siendo labor interpretativa del juez establecer en cada caso el objeto material del delito, para lo cual utiliza el sistema de listas de los tratados internacionales como un elemento referencial, mientras que otro sector se inclina por interpretar el precepto normativo como una norma penal en blanco, recurriendo para completarla a las listas contenidas en los convenios internacionales, con lo cual solo las sustancias contenidas en esas listas pueden ser consideradas objeto material del delito.
4. Las normas penales en blanco son aquellos preceptos penales principales que no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remiten a otro u otros preceptos o autoridades, para que completen la determinación de aquellos elementos. La ley penal en blanco resulta legítima siempre que la disposición penal en cuestión: a) disponga el reenvío, de manera que sea expreso y justificado, en tutela al bien jurídico protegido; y b) el tipo penal debe incluir no solo la infracción, sino el núcleo esencial del hecho ilícito; con ello se cumple la exigencia de certeza, pues la conducta ilícita se encuentra suficientemente determinada.

5. Un sector de la doctrina defiende que el tipo penal que reprime el tráfico ilícito de drogas —en específico el objeto material del delito "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas"— debe ser considerado una norma penal en blanco, cuyo contenido debe buscarse en normas extrapenales, ya sea las listas contenidas en los tratados internacionales sobre la materia o en normas administrativas de derecho interno. Se considera que no existen problemas constitucionales para la adopción de esta técnica legislativa, ya que estos convenios; una vez ratificadas por el Estado e incorporadas mediante ley, forman parte de la normativa interna. Una vez sucedido ello, el tratado goza de plena eficacia; además, los términos "estupefacientes" y "sustancias psicotrópicas" del art. 296 coinciden con los empleados en los convenios aludidos, por lo que parece ineludible —según esta interpretación— conectar dichos términos al significado que a los mismos se atribuye en tales normas de carácter internacional. En suma, teniéndose presente el carácter de derecho interno de los convenios y fundándose este entendimiento en la seguridad jurídica que del mismo se deriva, se concluye la vinculación del juzgador a las listas de referencia.
6. El tipo penal se formula en base a elementos descriptivos y elementos normativos. Los elementos descriptivos son aquellos que refieren hechos de la realidad natural, observable o deducible, y su contenido proviene del ámbito del ser en el sentido de las ciencias naturales. Mientras que los elementos normativos solo pueden ser determinados mediante una apreciación de valor, esta última puede tener un fundamento jurídico. En los elementos normativos predominan las valoraciones que no solo son perceptibles por los sentidos. Para la aprehensión y comprensión de estos elementos se debe realizar un juicio o proceso valorativo, y ellos aluden a determinadas realidades derivadas que pueden pertenecer a una valoración jurídica provenientes de otras ramas del derecho (elementos normativos jurídicos).

7. Los que defienden que el tipo penal que reprime el tráfico ilícito de drogas —en específico el objeto material del delito "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas"— debe ser considerado un elemento normativo de tipo, ven en esta cuestión un problema interpretativo librado al arbitrio judicial. A favor de esta postura milita el hecho de que si el legislador hubiera pretendido referir el objeto material del delito a las listas de los convenios internacionales, se habría remitido expresamente a las mismas, pero no lo hizo. De esta concepción se deducen las siguientes consecuencias: 1) el concepto de estupefacientes o sustancias psicotrópicas no viene impuesto por la legislación extrapenal, sino que debe determinarse según los propios fines de la regulación penal, en tal sentido, debe tenerse presente que la sustancia afecte al bien jurídico protegido —salud pública— y que origine dependencia física o psíquica; 2) nada impide que el juez para dotar de contenido a un concepto normativo acuda a las listas contenidas en los convenios o en las disposiciones de carácter administrativo, siempre y cuando las sustancias allí incluidas cumplan con los fines normativos penales; y 3) todas la cuestiones referidas a la retroactividad o irretroactividad de la ley y al error se deben decidir con criterios exclusivamente penales.
8. Respecto de la doctrina que entiende que el concepto de "drogas tóxicas" debe considerarse como una norma penal en blanco, se le pueden hacer tres cuestionamientos concretos: el primero, que la remisión a listas contenidas en los tratados internacionales no toma en cuenta que en las mismas no se hace mención que las sustancias enumeradas causen grave daño a la salud propio del bien jurídico tutelado, o que causan dependencia física o psíquica, con lo cual algunas sustancias, aunque se incluyan en las listas, podrían no ser idóneas como objeto material del delito, o en todo caso este sistema rígido no permite que en la legislación interna se realice una clasificación entre drogas duras y blandas que facilite una mejor graduación de la pena;

el segundo cuestionamiento, más bien técnico, es que para que un tipo penal sea considerado una norma penal en blanco debe realizar de manera expresa la remisión a las normas extrapenales que deben completarlo; y, por último, el tercer cuestionamiento es que podrían existir sustancias no incluidas en las listas que por sus características de afección grave a la salud y causar dependencia física o psíquica sí tendrían que ser consideradas como objeto material del delito, pues de lo contrario se crearían escenarios de impunidad.

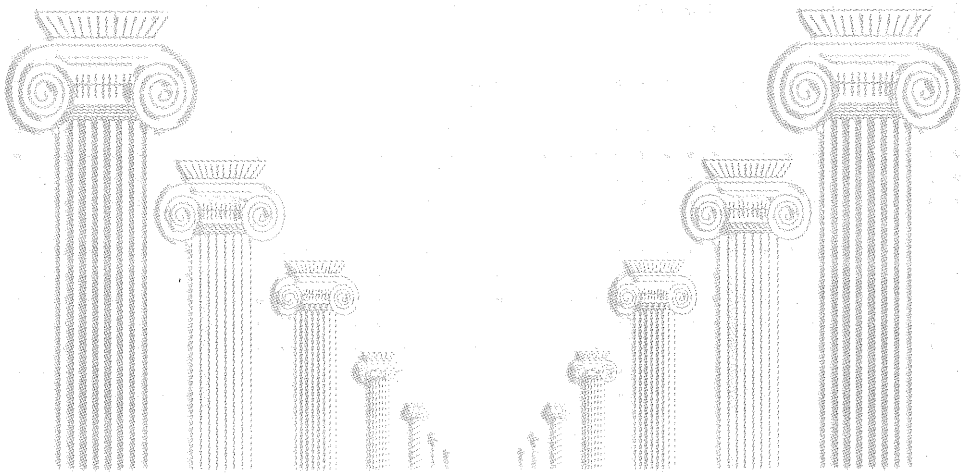
9. Según el Informe Mundial sobre las Drogas 2013 de la *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC), en los últimos años han hecho su aparición 251 nuevas sustancias psicoactivas (NSP), que son traficadas en Europa y Estados Unidos de América, cuyo consumo afecta gravemente a la salud, pero que al no estar comprendidas en las listas de esos convenios (ni en la norma administrativa nacional) su tráfico resultaría impune. Lo que ha generado que por primera vez en la historia se ponga en cuestionamiento y entre en crisis el sistema de clasificación internacional de drogas de las Naciones Unidas. Ya que si bien los convenios internacionales establecen un procedimiento para la actualización de sus listas, y para la incorporación de nuevas sustancias, este procedimiento ha sido considerado por la doctrina especializada como muy lento, más aún cuando se ve dificultado por las pugnas entre los organismos dedicados a evaluar y sugerir las nuevas incorporaciones como la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE). Además, aunque los convenios internacionales precisan un procedimiento de clasificación provisional para las nuevas sustancias para que sean sometidas a diversas restricciones, fiscalización y control por los Estados partes, estos procedimientos de clasificación provisional tampoco son muy expeditos.

10. No podemos asumir que el tipo penal contenido en el art. 296 del CP es una norma penal en blanco, pues ello supondría ad-

mitir que basta que el juzgador se remita a las listas contenidas en los convenios internacionales para dar configuración a la tipicidad objetiva, sin necesidad de verificar que la sustancia comercializada posea suficiente entidad y/o aptitud para generar un riesgo abstracto al bien jurídico protegido. Cuando resulta necesario que el juzgador realice una valoración extrapenal a efectos de determinar si la sustancia tiene la capacidad de causar en abstracto daño grave a la salud, se puede tener como referencia las listas contenidas en los tratados internacionales sobre la materia, pero de ninguna manera las mismas pueden ser determinantes. Así, en la legislación española se ha optado por considerar que para que una sustancia sea considerada droga bastará que los informes técnicos de toxicología detecten esas características.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LOS DELITOS CONTENIDOS EN EL PRIMER Y SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 296 DEL CÓDIGO PENAL



Para iniciar el análisis del art. 296 del Código Penal, debe tenerse en cuenta que el mismo comprende en realidad cuatro delitos autónomos, el párr. 1 tipifica el delito de promoción o favorecimiento al tráfico de drogas a través de actos de fabricación o tráfico, el párr. 2, regula el delito de posesión de drogas para su tráfico ilícito, el párr. 3, comprende los comportamientos relacionados al tráfico de precursores, esto es, de productos e insumos químicos que se destinan a la elaboración de drogas, en supuestos en los que el sujeto activo no cuenta con las respectivas autorizaciones administrativas, y, finalmente, el párr. 4 tipifica la conspiración para cometer delitos de tráfico ilícito de drogas.

Debe tenerse en cuenta la realidad criminológica de delito de tráfico ilícito de drogas en el Perú, y que el término "tráfico" empleado en el párr. 1 comprende una serie de comportamientos asociados a la exportación de drogas para su comercialización posterior, tendiente a satisfacer la demanda externa, por lo que todo acto de posesión de drogas dentro de esta fase o circuito (el acopio, depósito o almacenamiento de drogas y el transporte de los mismos) debe quedar comprendido en esa hipótesis legal mientras que, por exclusión, la "posesión de droga para su tráfico ilícito" del párr. 2 debe comprender únicamente la tenencia de droga para su comercialización y distribución inmediata a los consumidores individuales, tendiente a satisfacer la demanda interna, donde aparezca claramente la finalidad de tráfico ilícito que exige el tipo penal.

I. EXAMEN DOGMÁTICO DEL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 296 DEL CÓDIGO PENAL: DELITO DE PROMOCIÓN, FAVORECIMIENTO O FACILITACIÓN DEL CONSUMO ILEGAL DE DROGAS MEDIANTE ACTOS DE FABRICACIÓN O TRÁFICO ILÍCITO

El art. 296, párr. 1 del CP prescribe:

> El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al art. 36, incs. 1, 2 y 4[1].

De esta manera se tipifica el denominado delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, este es el primero de los cuatro delitos independientes que se regulan en el art. 296 de nuestra norma punitiva, que se configura a través de actos de "fabricación" o "tráfico" que tenga por finalidad ulterior promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas.

El delito tipificado en el párr. del art. 296 del CP presenta características importantes en su configuración, tratándose de un delito de peligro abstracto, donde, además, el legislador ha pretendido abarcar todos los actos del ciclo de la droga. En este delito se dificultan los supuestos de tentativa, advirtiéndose un evidente supuesto de "adelantamiento de barreras de punición" donde se elevan actos preparatorios a la calidad de delito independiente; así también por el empleo de los términos "promover, favorecer y facilitar", se desdibujan los contornos de diferenciación entre autoría y participación, por lo que toda contribución a los actos de "fabricación" o "tráfico" descritos en el tipo penal son considerados actos de autoría. Con lo cual, la sección de la investigación tiene por objeto describir la tipicidad objetiva, subjetiva y las peculiaridades de este tipo penal, incardinado en el propósito político-criminal del legislador

1 El art. 296 del CP fue modificado por el art. 1 del D. Leg. N.° 1367, publicado en el diario *El Peruano* el 29 de julio del 2018.

peruano de remitir todo el ciclo de la droga. En esa medida, esta sección queda dividida en tres apartados, el primero está destinado al análisis de la tipicidad objetiva del delito, donde se revisa el alcance de los términos "promover, favorecer y facilitar", y los verbos rectores "fabricar" y "traficar", precisando ejemplos de la tipología delictiva según el ciclo de la droga en que se encuentra dentro de la jurisprudencia peruana; en el segundo apartado se analiza la tipicidad subjetiva, entendiendo que el legislador ha introducido un elemento de tendencia interna trascendente diferente al dolo, un propósito ulterior de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, que no debe concretarse para la configuración del delito; y, finalmente, en el tercer apartado se analizan las características del delito, en especial, en cuanto delito de peligro abstracto la dificultad en considerar supuestos de tentativa, y en cuanto a la utilización de los términos "promover, favorecer o facilitar", las dificultades en diferencias supuestos de autoría y participación.

Se observa, en esa medida, que con el propósito político-criminal de reprimir todo el ciclo de la droga, desde la posesión de semillas hasta la comercialización de la droga al consumidor final, pasando por los actos de tráfico para la exportación al extranjero de dichas sustancias, en este tipo penal se reprimen los actos iniciales de "fabricación" de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, esto es, el proceso de elaboración, transformación o de manufactura de materias primas o insumos químicos en droga. Conducta considerada delictiva en las convenciones internacionales sobre la represión del tráfico ilícito de drogas.

En el caso del cartel de Tijuana, la Corte Suprema constata que a través de estas figuras penales se busca criminalizar todo el ciclo de la droga:

> La conducta típica del denominado "delito-fin": tráfico ilícito de drogas, exige no cualquier acto de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas, sino solo los actos de fabricación y tráfico, aunque por la amplitud de esos últimos conceptos, la ley asume una tendencia de criminalizar todo el ciclo de la droga —penalización

> de todo comportamiento que suponga una contribución, por mínima que sea, a su consumo—, que abarca los dos momentos fundamentales de todo circuito económico que va ínsito en la comercialización de la droga: de un lado, la fabricación —la elaboración de la misma, es decir, todos aquellos procesos que permitan obtener droga: preparación, depuración y transformación—; y, de otro, la distribución por medio de múltiples maneras —todas aquellas conductas que importan extender y expandir la droga mediante su transferencia a terceros en virtud de cualquier título, tales como manipulación, venta, aportación, transporte, intermediación, custodia o almacenaje, descarga, vigilancia y recepción—[2].

El Perú es considerado como país productor de drogas cocaínicas, donde la mayor cantidad de droga producida es destinada al mercado internacional y una producción menor al mercado local, los actos más usuales de "fabricación de drogas" se ubican en los valles cocaleros en especial en la denominada zona del *Valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro (Vraem),* y consisten en extracción del alcaloide de cocaína de las hojas de coca a través de pozas de maceración, así como también laboratorios clandestinos de elaboración de pasta básica de cocaína y refinamiento de clorhidrato de cocaína. Esta fase o ciclo de la droga culmina con la obtención del producto final, esto es, las sustancias ilícitas que se encuentra listas para su ubicación en los mercados de consumidores nacionales e internacionales.

Justamente, también este tipo penal reprime la siguiente fase del ciclo de la droga, esto es, los actos de tráfico, término que comprende un número importante de comportamientos que rebasan su connotación mercantil, como actos de depositar, retener, ofrecer, expender, vender, distribuir, despachar, transportar, importar, exportar o expedir en tránsito, para la ubicación de la droga en el mercado de consumidores locales e internacionales. En ese sentido, la droga es transportada desde los lugares de producción hacia los puntos de "exportación", en especial los puertos del país, por lo que las modalidades típicas de "tráfico" en

2 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 828-2007,* Lima: 8 de junio del 2007.

nuestro país se aprovechan del comercio exterior. Además de las rutas para la salida de la droga que se camuflan con el comercio exterior, así también se utilizan rutas clandestinas, existiendo distintos puntos de salida para la droga que abastecen los mercados internacionales. En esta fase del ciclo de la droga se requiere del transporte de la droga para el mercado nacional o internacional. Aquí la posesión de la droga tiene ese destino o finalidad, pero aún se encuentra alejada de la distribución o comercialización de la droga para el consumidor final. Los actos de transporte han sido considerados un acto típico incardinable en las previsiones del tipo penal de tráfico de drogas, así, el transporte de drogas es un acto de tráfico en sentido estricto que promueve, facilita o favorece el consumo ilegal de drogas tóxicas. Actividad que se enmarca en el concepto amplio de tráfico que se regula en el párr. 1 del art. 296 del CP. Además, en este estadio del ciclo se requiere del acopio de la droga, que supone el deposito o guarda de la sustancia ilícita para su posterior traslado. Estos actos también se incardinan en el concepto amplio de tráfico del tipo penal bajo comentario.

Ahora bien, en la estructuración del delito de promoción y favorecimiento al consumo de drogas, tanto en los actos de fabricación o de tráfico, el sujeto activo debe tener la intención de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de droga. Promueve quien realiza una contribución fáctica para establecer las condiciones necesarias para iniciar el consumo ilegal de drogas; facilita, aquel que a través de contribuciones fácticas expande el negocio de las drogas ya preexistente; y, favorece aquella persona que, realizando algún acto relacionado con la fabricación o tráfico, hace más fácil el consumo de drogas ilegales ya iniciado. En suma, todos estos comportamientos suponen algún tipo de contribuciones fácticas al consumo de drogas tóxicas. En resumen, "promover, favorecer o facilitar" comprenden todos aquellos actos que contribuyan de alguna manera al consumo ilegal de dichas sustancias, siempre conectadas a los actos de fabricación o tráfico. Siendo así, en el aspecto subjetivo se requiere que el sujeto activo tenga conocimiento de la calidad de drogas ilegales de la sustancia fabricada o traficada, y la voluntad de promover, favorecer o facilitar el consumo de drogas

tóxicas, en cuanto finalidad ulterior o intención, lo cual resulta ser un elemento subjetivo diferente al dolo, que debe estar presente al momento de la comisión del delito, pero no lo configura.

De esta manera, las conductas de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas no tiene la entidad por sí mismas de configurar el delito regulado en el párr. 1 del art. 296, para que esto suceda deben relacionarse con actos de fabricación o tráfico de esas drogas, y, en cuanto a la faz subjetiva del delito, el autor debe conocer que su conducta contribuye en alguna medida al consumo de drogas ilegales.

Se advierte, entonces, que el tipo penal bajo la finalidad de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas resulta ser un elemento subjetivo diferente al dolo, que debe estar presente al momento de la comisión del delito, pero que no lo configura. Esta es una finalidad que el sujeto activo busca concretar en un momento posterior a la comisión del delito, ya en su etapa de agotamiento.

El delito de tráfico ilegal de drogas, tipificado en el párr. 1 del art. 296, presenta en relación con sus grados de ejecución una serie de peculiaridades, entre las que se destaca como más sobresaliente la severa restricción en la apreciación de las formas imperfectas de ejecución (tentativa). La dificultad en la configuración de la tentativa en este delito viene dada por la amplitud en la descripción de la acción típica cuya consumación no requiere la materialización de los objetivos perseguidos por el autor que pertenecen a la fase de agotamiento del delito. En el caso peruano solo es posible la consumación del delito a través de la realización de actos de "fabricación" y "tráfico" que tengan por objeto promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas, sin embargo, los actos de cultivo y posición para el tráfico ilícito se encuentran comprendidos en otros tipos penales de manera autónoma. El caso de los actos de cultivo o siembra también suponen adelantamiento de barreras de punición, mientras que los actos de posesión para el tráfico suponen un mayor contacto de lesión al bien jurídico, con lo cual el legislador ha tipificado conductas que tienen a cubrir todo el circuito económico del tráfico de drogas. Con lo cual,

siempre que se verifique actos tentados de fabricación o tráfico, estos actos estarán cubiertos por tipos penales que elevan actos preparatorios a la condición de delitos autónomos.

En el caso del tipo penal peruano, debido a lo extensivo del tipo penal, se evidencia una dificultad para considerar supuestos de participación criminal, donde toda contribución al hecho mediante actos de facilitación o favorecimiento son considerados actos de coautoría. Esto sucede porque si apreciamos dentro de la teoría del dominio del hecho, las diferentes definiciones de partícipe en el delito proporcionadas por la doctrina y la jurisprudencia, en especial de la complicidad, se dice que el cómplice: "favorece" o "facilita" el hecho del autor, los mismos términos que se utiliza en el tipo penal contenido en el art. 296 del CP para describir la conducta punible, con lo cual, un supuesto de complicidad en el tráfico de drogas tendría que venir dado por una situación de "favorecimiento al favorecedor", donde se aprecie un aporte mínimo y muy tangencial a los actos de "fabricación" o "tráfico".

Tipicidad objetiva: alcances de los términos: promoción, favorecimiento y facilitación; y de los verbos rectores: "fabricación" y "tráfico"

Los verbos rectores contenidos en el párr. 1 del art. 296 vienen a ser los actos de "fabricación" y "tráfico", que tienen como finalidad ulterior promover, favorecer o facilitar el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Siendo así, resulta necesario determinar qué se entiende por estos términos introducidos por el legislador, y cuál es la repercusión de su empleo en la configuración y caracterización del tipo penal.

La fabricación de drogas comprende todos los supuestos de transformación de materia primas a drogas, que puede ser obtener la droga de una planta o la producción más compleja de droga en el laboratorio. El término "actos de tráfico" comprende un número importante de comportamientos que rebasan su connotación mercantil, como actos de depositar, retener, ofrecer, expender, vender, distribuir, despachar,

transportar, importar, exportar o expedir en tránsito para la ubicación de la droga en el mercado de consumidores locales e internacionales. Estas dos modalidades se encuentran insertas en diferentes fases del ciclo de la droga, y como tal, atendiendo a la realidad criminológica del Perú, en cuanto país productor de drogas cocaínicas, se puede establecer una tipología de los actos más recurrentes de tráfico ilícito de drogas. En este aspecto, un dato importante de resaltar es que de la cantidad de presos extranjeros en cárceles peruanas, el 85 % incurrió en la modalidad delictiva de transporte de droga como "correos de la droga".

El tipo penal bajo comentario se configura a través de actos de "fabricación" o "tráfico" de drogas tóxicas que tenga por finalidad ulterior promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de sustancias ilícitas; por ello es necesario analizar los alcances de estos términos y sus repercusiones en la faz subjetiva del delito, en cuanto elementos de tendencia interna transcendente diferente al dolo. Los términos "promover, favorecer o facilitar", utilizados en el párr. 1 del art. 296, comprende todos aquellos actos que de alguna manera contribuyen al consumo ilegal de drogas tóxicas. Siempre conectadas a los actos de fabricación o tráfico, en esa medida, es una finalidad ulterior que acompaña los actos descritos en el tipo penal, pero no se requiere su verificación, ya que no es constitutiva del delito, esto es, el sujeto activo no tiene que alcanzar la finalidad de "promover, favorecer o facilitar" el consumo ilegal de drogas tóxicas.

Alcance de los términos: "promover, favorecer y facilitar"

En cuanto a los términos "promover, favorecer y facilitar", Prado Saldarriaga[3] sostiene que se promueve el consumo cuando este no se ha iniciado; y se favorece el mismo cuando se permite su expansión; y se le facilita cuando se proporciona la droga a quien ya ésta iniciado en el consumo. Esto es, al consumo de quien no es autor de actos de

3 Prado Saldarriaga, Víctor, *Criminalidad Organizada. Parte Especial. Constitución, promoción e integración de organizaciones criminales. Tráfico ilícito de drogas y otros delitos afines. Lavado de activos. Financiación del terrorismo. Trata de personas y minería ilegal. Acuerdos plenarios,* Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 146.

fabricación o tráfico. Esta distinción es relevante pues permite sostener que los actos de fabricación o tráfico realizados por una persona para promover, favorecer o facilitar su propio consumo carecen de trascendencia penal.

Joshi Jubert precisa al respecto:

> [P]romover, que deriva del verbo latín "moveré", consiste en hacer que principio cierta acción. en nuestro caso, obviamente, el consumo ilegal de las sustancias prohibidas. *favorecer* indica ayudar, beneficiar o servir a algo, aquí, al consumo ilegal, y *Facilitar* es hacer fácil o más fácil cierta cosa, proporcionar a alguien una cosa o intervenir para que la tenga. aquí, hacer más sencillo el consumo ilegal de sustancias prohibidas[4].
>
> Para Sequeros Sazatornil, *promover*: equivaldría a hacer que se inicie o principie la acción que va a dar lugar a la comisión del delito; *favorecer*: implicaría ayudar o servir para una determinada finalidad; por último, *facilitar*: sería tanto como mediar para que alguien tuviera una cosa, o intervenir para que la consiga[5].

Por su parte, Magaldi Paternostro define cada uno de los términos, entendiendo por promover lo siguiente:

> [A]quella actividad que crea las bases o condiciones necesarias para el inicio de la acción u operación o que posibilita una mejor puesta en marcha y desarrollo de la misma sin llevar a cabo directa o mediatamente el desarrollo de la misma [...] que, en este caso, cristalizaría en una acción u operación destinada a la expansión, difusión o mantenimiento del mercado del consumo ilegal de drogas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas.

Por otra parte, *favorecer* supone apoyar positivamente un intento o empresa; y por *facilitar*, la autora considera como "hacer fácil el acceso

4 Joshi Jubert, Ujala, *Los delitos de tráfico de drogas. Un estudio analítico del artículo 368 Código Penal (grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales)*, t. I, Barcelona: Bosch, 1999, p. 176.

5 Sequeros Sazatornil, Fernando, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*, Madrid: 2000, p. 97.

(directo) al consumo ilícito o, lo que es lo mismo, realizar una conducta que posibilite (directamente) dicho consumo (el tráfico)"[6].

Peña Cabrera Freyre también hace una descripción extensa de estos términos. El autor señala lo siguiente:

> "Promueve", todo aquel que de una u otra forma contribuye de forma decidida al "consumo ilegal de drogas a su circulación en el mercado", se trata de aquellas conductas que proporcionan una contribución esencial para que la droga ilegal pueda ser repartida en el mercado de consumidores, a su vez, para poder ser distribuida para su posterior comercialización [...]. "Favorece", quien participa activamente en los actos de la elaboración de la droga, sea proveyendo de una instalación para su procesamiento, sea ejecutando los actos directos para su producción o distribuyendo la droga [...]. "Facilitar implica un comportamiento destinado a hacer posible los cometidos propuestos en la descripción típica"[7].

Como sostienen Álvarez y otros, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua *promover* significa "iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro"; mientras que *favorecer,* "ayudar un intento, empresa u opinión", y *facilitar,* "hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin". En ese sentido, según los referidos autores, desde un punto de vista literal el tipo vendría a comprender todos aquellos actos que contribuyan de alguna manera al consumo ilegal de dichas sustancias.[8] Sin embargo, conforme opinan estos autores, entender así la conducta típica resulta discutible, por atentar contra el principio de legalidad y taxatividad, por lo que en la doctrina se han realizado esfuerzos para delimitar el ámbito típico a través de la reduc-

6 Magaldi Paternostro, María José; "Libro II. T. XVII: de los delitos contra la seguridad colectiva. Capítulo III: de los delitos contra la salud pública", en *Comentarios al Código Penal. Parte especial,* t. II, Madrid, 2004, p. 1575.

7 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos,* ob. cit., p. 104.

8 Cfr. Álvarez García, F. Javier *et. al., El delito de tráfico de drogas,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, p. 37.

ción teleológica del precepto, excluyendo comportamientos incapaces de afectar el bien jurídico o que lo afectan de manera insignificante[9].

Con lo cual, los actos de promoción, favorecimiento o facilitación siempre deben darse en relación con los actos de fabricación o tráfico. Así también se ha interpretado en la doctrina española, en ese sentido, Lorenzo Salgado sostiene que "la promoción, favorecimiento o facilitación de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas únicamente integran modalidades típicas cuando estén conectadas a actos de cultivo, fabricación o tráfico"[10]. En el mismo sentido, Arroyo Zapatero[11] expresa al respecto que la promoción o favorecimiento o facilitación solo serán punibles si se realizan por vía de actor de cultivo, fabricación o tráfico.

Al respecto, Joshi Jubert coincide en sostener que "la conducta sólo será típica si supone una contribución inmediata a la expansión también inmediata del consumo ilegal de las sustancias prohibidas".[12]. Esta discusión de los alcances de los términos *promover, favorecer y facilitar,* resulta relevante en el contexto normativo español para excluir supuestos como la realización de estas conductas para el autoconsumo, consumo compartido de drogas, donaciones de drogas o posesión de mínima cantidad de drogas, que suponen mínima o nula lesividad al bien jurídico tutelado (salud pública)[13]

9 Cfr. Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., pp. 37-38.

10 Lorenzo Salgado, José María, "Reforma de 1983 y tráfico de drogas", en AA.VV., *La problemática de la droga de España. Análisis y propuestas político-criminales*, Madrid, Edersa, 1986, p. 42.

11 Arroyo Zapatero, Luis Alberto, "Aspectos penales del tráfico de drogas", en *Poder Judicial,* n.° 11, 1984, p. 23.

12 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 180. Cfr. también, Acale Sánchez, María, *Salud pública y drogas tóxicas*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, p. 48.

13 Así explica este problema Rodríguez Núñez: "La amplitud del tipo requiere que se recorte su alcance cuando no existe peligro de expansión del consumo. En cuanto al sujeto activo es necesario distinguir el consumidor del traficante. La jurisprudencia considera atípica la tenencia para autoconsumo del poseer por falta de antijuridicidad material al no estar destinada a cumplir la finalidad

En suma, *promueve* el que realiza cualquier contribución fáctica para crear las bases o condiciones necesarias para el inicio de la acción u operación o que posibilita una mejor puesta en marcha y desarrollo de la misma sin llevar a cabo directa o mediatamente el desarrollo de la misma, en este caso el consumo ilegal de drogas; *facilita* quien apoya positivamente —a través de contribuciones fácticas— la expansión del negocio de la droga; y *favorece* quien de alguna manera hace más fácil el consumo ilegal de drogas ya iniciado, comportamientos siempre vinculadas con actos de fabricación o tráfico. En resumen, "promover, favorecer o facilitar" comprenden todos aquellos actos que contribuyan de alguna manera al consumo ilegal de dichas sustancias, siempre conectadas a los actos de fabricación o tráfico.

Análisis de los actos de "fabricación"

En el estudio de los verbos rectores, "fabricación" y "tráfico", Prado Saldarriaga recurre a la legislación administrativa complementaria que ofrece ejemplos de estas conductas teniendo como objeto las drogas tóxicas, asimismo, la presencia de varios verbos rectores en el tipo penal convierte al mismo en un tipo alternativo, esto es, basta que el sujeto activo realice alguna de estas conductas para que se configure el delito, además, si el sujeto realiza ambas conductas esto no supondrá un concurso real de delitos. Así, el profesor sanmarquino sostiene que nos encontramos

> [A]nte un tipo penal alternativo. Esto es la ley describe varias opciones para la materialización de la conducta punible. Sin embargo, para la tipicidad será suficiente con que el sujeto activo realice, cuando menos,

exigida en la conducta típica que es poner en peligro la salud pública. Sin embargo, cuando la cuantía de la droga excede del acopio medio de un consumidor por cinco días, de conformidad con el criterio del Instituto Nacional de Toxicología y del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS del 19 de octubre del 2001, se infiere que la tenencia de droga está destinada a actividades ilícitas cuando el poseedor no es consumidor y no hay constancia de ingresos económicos lícitos" (Rodríguez Núñez, Alicia, "Delitos contra la salud pública", en *Delitos y faltas. La parte especial del derecho penal*, Madrid: Colex, 2012, p. 623).

> uno de aquellos comportamientos que constituyen actos de fabricación o tráfico. Es decir, que conforme el art. 89 del D. L. N.° 22095 el agente puede "preparar, elaborar, manufacturar, componer, convertir o procesar" cualquier sustancia fiscalizada ya sea por extracción de sustancias de origen natural o mediante procedimientos de síntesis química (inc. 15). Además, él puede también "depositar, retener, ofrecer, expender, vender, distribuir, despachar, transportar, importar, exportar o expedir en tránsito" sustancias adictivas (inc. 6)[14].

En cuanto al verbo rector "fabricación", debemos tener en cuenta la definición planteada en el art. 1 del Convenio Único de 1961 sobre estupefacientes, que en su apartado n) dice que se entiende por fabricación "todos los procedimientos distintos de la producción, que permitan obtener estupefacientes, incluidas la refinación y la transformación de unos estupefacientes en otros". Mientras que el Convenio de Viena de 1971 entiende por *fabricación*: "todos los procesos que permitan obtener sustancias psicotrópicas, incluidas la refinación y la transformación de sustancias psicotrópicas en otras sustancias psicotrópicas, también se contiene en el término la elaboración de preparados distintos a los realizados con receta en farmacia".

Sequeros Sazatornil refiere que con la expresión *fabricación*, "se da entrada, como modalidad punitiva, al proceso a través del cual se obtiene la droga o estupefaciente". Así, haciendo referencia a la normativa española interna, el autor precisa lo siguiente:

> Se entenderá por fabricación de estupefacientes, el conjunto de operaciones de obtención de los mismos a partir de la materia prima bruta, su purificación y la transformación de unos productos en otros, así como la obtención de dichos productos mediante síntesis químicas. Se consideran fabricación de preparados de estupefacientes la elaboración de los mismos a partir del producto correspondiente[15].

14 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada. Parte especial*, ob. cit., pp. 146 y 147.

15 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, ob. cit., p. 100.

Para Sánchez Gil, en los actos elaboración hay diferentes actos; entre los que destacan: la obtención de la droga, la producción de la droga, la preparación de la droga, la depuración de la droga, los procesos de transformación y la manipulación de esta.[16] Según, Álvarez y otros, por actos de elaboración se entienden los diferentes procedimientos, mecánicos o químicos, que permiten obtener drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas de las plantas naturales o de forma sintética o semisintética.[17] Mientras que, Joshi Jubert estima que la conducta de elaboración "consiste en realizar actos estrictos de transformación de una materia prima en otro producto que constituya droga, estupefaciente o sustancia psicotrópica"[18]. Al respecto, Queralt Jímenez considera que la elaboración se refiere al proceso de manipulación necesaria para obtener la droga en sus diversas versiones, ya sea por otros manipuladores, o para hacerla llegar al público[19].

Para Acale Sanchez, la elaboración de drogas comprende todos los supuestos de transformación de materia primas a drogas, que puede ser obtener la droga de una planta o la producción más compleja de droga en el laboratorio. En virtud de ello, el autor precisa lo siguiente: "Cabe entender que elabora drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, quien realiza el proceso de obtención de la droga de la planta como quien produce la droga en un laboratorio"[20]. En ese sentido, Molina Mansilla considera que por actos de elaboración se debe englobar todas las posibles conductas hasta la obtención en su concreta presentación para el consumo, consistentes en la transformación de una materia prima en otro producto que constituya droga, estupefaciente o sustancia psicotrópica. Con lo cual, para la citada autora española, estos actos suponen la preparación, la depuración y

16 Sánchez Gil, David, *La casuística en el delito de tráfico ilícito de drogas*, tesis para optar el título de abogado, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2016, p. 12.

17 Cfr. Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 33.

18 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 128.

19 Queralt Jiménez, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, 4.ª ed., Barcelona: Ateliar, 2002, p. 718.

20 Acale Sánchez, *Salud pública y drogas tóxicas*, ob. cit., p. 41.

la propia transformación de dichas sustancias.[21] Para que esta conducta sea típica, la elaboración del producto debe tener capacidad objetiva y subjetiva, de manera que pueda promoverse, favorecerse o facilitarse su consumo ilegal. Para Molina Pérez, dentro del término elaboración, se comprende "la obtención de cualquier producto, mediante mezcla u otras combinaciones que tengan propiedades de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas"[22]. Peña Cabrera Freyre sostiene que por "fabricación o elaboración" se hace referencia al proceso a través del cual se obtiene la droga o estupefaciente, y, estrictamente, al proceso de su obtención para que sea apta al consumo humano, y así ser introducida al mercado.[23]

Así, por ejemplo, Sproviero hace referencia al proceso de fabricación del clorhidrato de cocaína, pasando por la hoja de coca, la pasta básica y la cocaína:

> La transformación de la hoja de coca en cocaína, se logra con el aditamiento de kerosene y carbonato de sodio, que actúa como precipitador, dando origen a la pasa de coca, que al tratarse con ácido sulfúrico y permanganato de potasio, forman la base de cocaína que al ser procesada con éter y acetona, genera el clorhidrato de cocaína, que es la droga con un grado de pureza óptimo[24].

De esta manera, como advierten Álvarez y otros autores:

> [E]n cuanto al objeto material de la conducta de fabricación, son todas aquellas sustancias susceptibles de ser convertidas en drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aquellas conductas que no tengan idoneidad objetiva para difundir dicho consumo y, con ello,

21 Molina Pérez, "El delito de tráfico de drogas: el tipo básico y los subtipos agravados", art. cit., pp. 285 y 286.

22 Molina Pérez, Teresa, "El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico ilícito de drogas", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n.° xxxviii, 2005, p. 102.

23 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 104.

24 Sproviero, Juan, *Delito de narcotráfico y lavado de activos*, Buenos Aires: Jurídicas, 2012, p. 77.

> poner en peligro el bien jurídico tutelado, han de considerarse atípicas. Así, la elaboración autorizada, la elaboración dirigida al autoconsumo o al consumo compartido, y, en general, toda elaboración que no tenga capacidad objetiva de difusión[...][25].

En el mismo sentido, Sánchez Gil precisa lo siguiente:

> El objeto material de los actos de elaboración son todas aquellas sustancias que son susceptibles de transformarse en drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; y a parte de lo anterior, las drogas elaboradas deben promover, favorecer o facilitar el consumo de estas sustancias; por tanto las conductas que no pongan en peligro el bien jurídico protegido no podrán ser conductas típicas, sino que serán conductas atípicas, como por ejemplo la elaboración autorizada o la elaboración dirigidas al autoconsumo, donde no se pone en peligro la salud pública[26].

Por su lado, Joshi Jubert explica que el objeto de la elaboración:

> [S]on todas aquellas sustancias susceptibles de convertirse en drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes. Cabe hacer mención especial a las siguientes elaboraciones: la de resina de cannabis, la de heroína, la de cocaína, la de otras sustancias, en especial las de diseño. Existe duda de si ya el objeto de la elaboración debe contener un principio activo, o este solo debe estar en el producto resultante. En nuestra opinión, entendemos que en este caso no se requiere la presencia de principio activo en el objeto, puesto que el verbo se refiere a elaborar sustancias tóxicas, por lo tanto, estas deben ser el producto final, más no necesariamente la materia prima[27].

En resumen, la fabricación de drogas comprende todos los supuestos de transformación de materia primas a drogas, que puede ser obtener la droga de una planta o la producción más compleja de droga en el laboratorio.

---

25 Cfr. Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 33.

26 Sánchez Gil, *La casuística en el delito de tráfico ilícito de drogas*, ob. cit., p. 12.

27 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 129.

Las fases iniciales del ciclo de la droga en el Perú

En la realidad criminológica peruana, somos un país productor de droga, deido a que el ciclo de la droga en el Perú se inicia desde el cultivo de la hoja de coca. En ese sentido, Chávez manifiesta lo siguiente:

> La producción de drogas cocaínicas ha convertido al Perú en uno de los países con mayor actividad cocalera, donde los cultivos de coca se han convertido para muchos agricultores en el principal medio de subsistencia y peor aún, muchos de ellos se han involucrado en el procesamiento y comercialización de las drogas que producen, con el propósito de incrementar sus ganancias ante las variaciones del precio de la hoja de coca[28].

Además, el referido autor vincula el rendimiento del cultivo de hoja de coca con producción de drogas cocaínicas, ubicando las zonas productoras y su rendimiento por hectárea:

> El volumen de producción de coca está directamente vinculado con la superficie cultivada y el rendimiento que se obtiene de ésta. En el Perú existen diversos factores que determinan el rendimiento de hoja de coca por hectárea, como por ejemplo la altitud del terreno, la calidad del suelo, el clima, el uso de agroquímicos, calidad y variedad de plantas, el manejo del cultivo; entre otros factores. La combinación de dichos elementos genera distintos rendimientos en los diferentes valles cocaleros [...]. Al analizar los rendimientos del cultivo de coca, se puede apreciar que el Vraem (Valle del Río Apurímac-Ene y Mantaro) registra los mayores rendimientos, alcanzando 3,6 TM/Ha anualmente, mientras que los menores rendimientos se registran en los valles con poca superficie de coca cultivada como Alto Chicama, Marañon-Putumayo-Bajo Amazonas y La Convención y Lares cuyos rendimientos oscilan entre 0,8 a 1,5 TM/Ha al año.[29]

28 Chávez, Víctor, "Cultivo y producción", en *El problema de las drogas en el Perú 2015*, Lima: Cedro, 2015, p. 56.

29 Chávez, "Cultivo y producción", art. cit., p. 57.

Esta relación entre el cultivo y productividad de la hoja de coca y la producción de la cocaína, sin duda genera diversos problemas sociales y económicos en estas zonas de producción, lo que repercute, además, en la tipología delictiva, siendo común en estas zonas los actos de Fabricación de drogas a través de pozas de maceración y laboratorios clandestinos de refinamiento de la pasta básica de cocaína, como pone de manifiesto Chávez a continuación:

> En la medida que el cultivo de coca se extienda a territorios nuevos y consolide su producción en las cuencas cocaleras, se tendrá la amenaza permanente del narcotráfico y lo que significa su presencia en términos sociales y económicos. El cultivo de coca con propósitos ilegales es un problema regional, por lo tanto, cualquier política a implementarse para afrontarlo debe ser coordinada con Colombia y Bolivia principalmente. La empresa del narcotráfico no respeta fronteras por lo que no es conveniente enfrentar el problema de manera unilateral. Recientemente el *U.S. Department of justice–Drug Enforcement Administration*, realizó estudios de rendimiento del cultivos de coca en el Perú 2013-2015, determinando la variación que existe entre los valles cocaleros en relación con rendimiento por hectárea de coca, contenido de alcaloide de cocaína en la hoja de coca y la producción potencial de Pasta Básica de Cocaína, basada en la producción de hoja de coca secada en horno, con un 72.0 % de eficiencia de laboratorio para obtener un producto con el 100.0 % de pureza [...] Respecto a la producción potencial de pasta básica de cocaína por hectárea de coca, teniendo en cuenta el contenido de alcaloide en la hoja y el 72 % de eficiencia en laboratorio, Cusco, Monzón y Huallaga Central son los de menor producción por hectárea, registrándose 5.24 kilos 5.43 kilos y 5.63 kilos respectivamente, mientras que el de mayor producción por hectárea es Apurímac, 12.17 kilos[30].

Se identifica, entonces, zonas productoras en los valles cocaleros de nuestro país, por que, como anota Stöckli[31], en el Perú existen catorce cuencas cocaleras distribuidas en todo el territorio nacional, sumando

30 *Ibid.* pp. 58-59.

31 Stöckli, Gabriela, "Narcotráfico en el Perú: ¿lucha contextualizada o contexto en lucha?", *La Colmena*, n.° 4, 2014, pp. 8-14.

en total 49 800 hectáreas de hoja de coca. En términos de productividad desviada hacia fines ilícitos, esto significa una producción potencial de cocaína de 279 toneladas métricas, cifra que convierta al Perú en el principal productor de hoja de coca y de cocaína a nivel mundial desde el año 2012. Esta producción de hoja de coca se orienta a la fabricación de drogas cocaínicas, dando inicio al ciclo de la droga, reprimido en el párr. 1 de art. 296 del CP, los actos de fabricación. Pero esa droga producida necesita llegar a sus mercados de distribución y comercialización a nivel nacional e internacional, y el transporte hacia esas zonas constituye otra etapa en el ciclo de la droga.

Ejemplos de "fabricación" según las modalidades delictivas en el Perú

En la realidad criminológica peruana, en cuanto estado productor de droga, los supuestos más comunes de "fabricación" de drogas la encontramos en los casos de "pozas de maceración" y "laboratorios clandestinos" que además constituyen las etapas en la elaboración del clorhidrato de cocaína.

Así, en la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.° 727-2015-Cusco, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema hace referencia a un supuesto de laboratorio clandestino de elaboración de pasta básica de cocaína:

> [E]l día 10 de junio del 2005, personal de DIVANDRO y de la Comisaría de Pillcopata se dirigen a pie al sector denominado Eva, ubicado en Patria; lugar donde logran ubicar un laboratorio clandestino, destinado a la elaboración de pasta básica de cocaína; una posa de decantación, insumos químicos, utensilios y otras especies usados para la elaboración de PBC.

Actos que corresponden a supuestos de fabricación de droga, regulado en el párr. 1 del art. 296 del CP.

Otro ejemplo de laboratorio rústico de elaboración de Pasta Básica de Cocaína y poza de maceración lo encontramos en la sentencia del

Recurso de Nulidad N.° 3588-2014-Junín, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, de 19 de setiembre del 2016, en este caso la imputación fáctica consistió en lo siguiente:

> [P]ersonal policial de la DEPOTAD-PUERTO INCA, al tener conocimiento, por acciones de inteligencia, de la existencia de personas que se dedicaban a la elaboración de drogas, organizó un operativo policial. Fue así que el veintidós de noviembre del dos mil doce, a las once y media de la noche, en el sector de Pueblo Libre, caserío de Lorencillo, distrito de ciudad Constitución (departamento de Pasco) se ubicó un laboratorio rústico para la elaboración de pasta básica de cocaína, que consistía en una poza de maceración (de 15x7x1 metros) con cien arrobas de hojas de coca en proceso de maceración, con su respectiva poza de decantación (de 3x2x1 metros). Cerca del lugar fueron intervenidos los procesados Elvis Bravo Camacho, Tobías Contreras Gamarra y Leiter Lozano Fasanando. Junto a la poza de maceración (en el interior del laboratorio), se halló también una sustancia pastosa en estado húmedo, de color beis, consistente en pasta básica de cocaína, con un peso neto de 0,894 kilogramos. Finalmente, se hallaron dos bidones con capacidad para siete galones de ácido clorhídrico, ocho bidones con capacidad para tres galones de ácido sulfúrico, dos timbos con capacidad para cincuenta y cinco galones de gasolina, y tres mil kilogramos de detritus, utensilios y especies de plástico utilizados para la elaboración de la ilícita sustancia. (considerando segundo).

En la sentencia en el Recurso de Nulidad N.° 3589-2014-Junín, de fecha 8 de setiembre del 2016, la Sala Penal Transitoria precisa en cuanto a la imputación fáctica:

> [S]e advierte que personal policial perteneciente a la DEPOTEAD-PUERTO INCA, al tener conocimiento por acciones de inteligencia de que personas dedicadas al tráfico ilícita de drogas se dedicaban al acopio de grandes cantidades de hoja de coca e IQF para luego trasladarlas a las pozas de maceración, llevaron a cabo un operativo antidrogas el uno de diciembre del dos mil doce a las diecisiete horas, aproximadamente, en el sector de Lorencillo Bajo, del distrito de Constitución, de la provincia de Oxapampa, del departamento de Pasco, donde se ubicó, entre la espesa y agreste vegetación (en las

> coordenadas S cero nueve cincuenta y ocho cero sesenta y cuatro, w cero setenta y cinco cero cuatro veintisiete cuatro), un laboratorio rústico clandestino para la elaboración de PBC, consistente en una poza de maceración de doce x cero tres x cero uno metros, que contenía un aproximado de cien arrobas de hoja de coca en proceso de maceración, con su respectiva poza de maceración de uno cinco x cero dos x cero uno metros. Asimismo, en inmediaciones del indicado laboratorio se hallaron los siguientes insumos químicos y productos fiscalizados IQPF: dos bidones con capacidad para cincuenta kilos cada uno de IQPF, al parecer ácido sulfúrico, con un peso aproximado de cien kilos; veinte bidones con capacidad de nueve galones de IQ gasolina lavada, con un peso total aproximado de quinientos sesenta kilos; cinco bidones con capacidad para siete gañones de IQPF, al parecer ácido clorhídrico, con un peso total de aproximadamente ciento sesenta kilos; treinta bolsas de óxido de calcio, con un peso total aproximado de ciento ochenta kilos, cinco bidones con capacidad para siete galones de ácido fórnico, con un peso total de ciento sesenta kilos; cuatro timbos con capacidad para cincuenta y cinco galones, cada uno de gasolina lavada con un peso total, aproximado, de setecientos kilos; así como dos mil kilos, aproximadamente, de detritus, utensilios y especies plásticas utilizados en el laboratorio rústico para la elaboración de pasta básica de cocaína (Considerando Segundo).

En la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.° 1232-2015-Lima, de fecha 25 de julio del 2016, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema analiza el marco de imputación fáctica relacionado a actos de fabricación de drogas a través de pozas de maceración de pasta básica de cocaína:

> Con fecha doce de noviembre del dos mil diez, efectivos policiales intervinieron un predio rústico ubicado en las coordenadas GPS 04°30'24.7" y 79°37'16.5"W donde se incautaron trescientos gramos de marihuana, insumos químicos fiscalizados y abundante material propio de un laboratorio, como un sistema de producción de alcaloide de cocaína a gran escala, un sistema de obtención de ácido clorhídrico, un ambiente acondicionado para el secado y embalaje de droga, hornos microondas, dos cisternas con adherencia de droga. Asimismo, al lado

> del laboratorio se hallaron veinticinco carpas usadas como dormitorios donde se encontró una pistola ametralladora, una mina personal, tres cacerinas con treinta y dos municiones, dos cacerinas de nueve milímetros, tres cacerinas de seiscientas municiones, cincuenta y dos casquillos percutados, así como equipos de comunicación y prendas de vestir militar-policial. [...] concretamente se imputa a Alcira Yanayaco Timoteo y Mercedes Rivera Ananingo haber realizado trabajos de transformación de PBC a clorhidrato de cocaína, sustancia ilícita que era de propiedad del ciudadano colombiano Ricardo García Chinchay, conocido como Coyote, por lo que a cambio recibieron una cantidad considerable de dinero para favorecer al tráfico ilícito de drogas (Considerando Segundo).

En la sentencia expedida en el Recurso de Nulidad N.° 2900-2014-Ayacucho, de fecha 21 de julio del 2016, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema hace referencia a actos de fabricación de alcaloide de cocaína en los siguientes términos:

> Aproximadamente a las cinco horas con treinta minutos del once de julio del dos mil trece, efectivos policiales de la DEPOTAD Palmapampa realizaron un operativo de interdicción contra el tráfico ilícito de drogas en el trayecto entre el anexo de San Agustín y Pichiwilca, en el distrito de Samugari–Palmapampa, provincia de La Mar, departamento de Ayacucho; al internarse unos tres mil metros selva adentro lograron ubicar un campamento; al aproximarse a uno de los ambientes se logró intervenir a los encausados don Iván Arroyo Pinedo, don Wilmer Huicho López y don Wilber Pezúa Bernaola, quienes se encontraban cerca de unos pozos de maceración, realizando actos de fabricación de alcaloide de cocaína, que tenían como finalidad el tráfico ilícito.

De los casos reseñados se puede advertir las modalidades de fabricación de pasta básica de cocaína utilizando pozas de maceración, así como laboratorios clandestinos para la refinación del producto obtenido. Sobre estas fases de fabricación de drogas, Ambos explica lo siguiente:

> Para la extracción del alcaloide cocaína se "remojan" las hojas de coca seca con agua (H_2O) y ácido sulfúrico (H_2SO) en un gran contenedor de madera o cemento por aprox. 12-24 horas, en las cuales los deno-

> minados pisacocas pisotean la masa pastosa, mezclándoles querosene, carbonato de calcio (cal), carbonato de sodio y otros elementos químicos de menor importancia; hasta que aparezcan sobre la superficie del agua la pasta cruda (coca pasta, coca bruta, pasta básica bruta, pasta base, sulfato), que tiene una coloración entre amarillenta o blanduzca. Este proceso, relativamente primitivo, se lleva a cabo generalmente por los mismos cultivadores de coca y se realiza en las denominadas cocinas, "laboratorios" cercanos a las chozas[32].

El autor alemán también describe la fase de refinamiento de la sustancia hasta la obtención del clorhidrato de cocaína, que es el producto final que usualmente se destina a los mercados internacionales:

> Luego se lleva a cabo el proceso de limpieza (refinamiento) mediante la mezcla de ether, acetona, amoníaco, potasio y otros, así como a través de la utilización de filtros se logra un refinamiento de la coca gris hasta la base de cocaína marrón (base, pasta básica lavada, sulfato básico) ($C_{17}H_{21}NO_4$). Mediante filtraciones posteriores, se puede alcanzar una cantidad de alcaloide de 70-85 %, cercana a la cocaína de rock. Tanto en la pasta como en la base se encuentra la cocaína en forma de sulfato.

Continúa la explicación de la obtención de la droga refinada precisando lo siguiente:

> De la base se origina a través de la mezcla de hidrocloruro (HCL), eventualmente ether y acetona, el blanco y fino clorhidrato de cocaína (materia blanca, flakes, nieve blanca) con un grado de pureza de 95-99 %, al que se le puede "añadir" azúcar o Borax, esto es, se puede aumentar cuantitativamente. Se habla de clorhidrato ($C_{17}H_{21}NO_4CI$), porque el HCL —como elemento contrario de la (cocaína) base— es el decisivo en la elaboración[33].

32 Ambos, Kai, *Control de drogas. Política y legislación en América Latina, EE.UU. y Europa. Eficacia y alternativas*, Bogotá: Ibáñez, 1998, p. 54.

33 Ambos, *Control de drogas. Política y legislación en América Latina*, ob. cit., pp. 54-55.

Análisis de los actos de "tráfico"

En lo que respecta al verbo rector "tráfico", Álvarez y otros[34] recurren al diccionario de la Real Academia de la Lengua a fin de conocer los alcances del término "traficar", que significa "comerciar, negociar con el dinero y las mercancías". Por su parte, Conde-Pumpido Ferreiro, considera que el concepto de tráfico no tiene un sentido unívoco, sino que tanto expresa intercambio mercantil con fin de lucro, como tráfago o trasiego de una cosa de un lugar a otro.[35]

En cuanto a los tratados internacionales en materia de tráfico de drogas, cabe advertir que en el art. 1 del Convenio Único de 1961 sobre estupefacientes, en el apartado l) se dice que se entiende por tráfico ilícito "el cultivo o cualquier tráfico de estupefacientes contrarios a las disposiciones de la presente convención", también en el apartado m) se define lo que se entiende, por importación y exportación, que "se entiende en sus respectivos sentidos, como el transporte material de estupefacientes de un Estado a otro o de un territorio a otro del mismo Estado".

Mientras que la Convención de las Naciones Unidas de 1988 contra al Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas entiende por tráfico ilícito los delitos enunciados en los párrs. 1 y 2 del art. 3 de la referida Convención (art. 1). En dichos párrafos se enumeran las siguientes conductas: producción, fabricación, extracción, preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica en contra de las disposiciones de la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971.

---

34 Referencia de Álvarez y otros: Cfr. Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 34.

35 Conde-Pumpido Ferreiro, José, "Tratamiento penal del tráfico de drogas, las nuevas cuestiones", en *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, Buenos aires: La Ley, p. 101.

Según refiere Joshi Jubert, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria entienden por tráfico toda forma de extender y expandir la droga, con independencia de la idea puramente comercial o mercantil, esto es, sin precisar ni ánimo de lucro ni habitualidad de los actos, sino que basta un solo acto de tráfico[36]. Al respecto, Sánchez Gil observa lo siguiente:

> Una parte de la doctrina defiende que en el orden penal los actos de trafico tienen un significado más amplio que en el vulgar, en el que se comprende toda actividad susceptible de trasladar el dominio o posesión de una cosa de una persona a otra con contraprestación o sin ella. Por tanto, con esta idea se da cobertura a los supuestos de cesión gratuita de droga y otros actos de liberalidad que serían de difícil inclusión en el tipo penal si solo se tienen en cuenta los aspectos comerciales"[37]. Mientras que "Otra parte de la doctrina defiende que las acciones de difusión de la droga sin contraprestación alguna como los actos de donación o cesión gratuita, no van a ser castigados en la forma de actos de tráfico, sino que van a ser castigados penalmente por promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal"[38]. Así, en opinión del referido autor, "[E]s más acertada esta tendencia doctrinal ya que se ajusta más a la definición de tráfico y la conducta no deja de estar penada, simplemente se pena por la promoción, favorecimiento o facilitar el consumo de la droga"[39].

Mientras que para Sequeros Sazatornil;

> [E]l concepto de tráfico (del latín, *transfigicare*, cambiar de sitio) excede el significado mercantilista que conlleva la acepción, entendida como comercio, negocio con dinero, compra o venta de mercaderías, permu-

36 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 133.

37 Sánchez Gil, *La casuística en el delito de tráfico ilícito de drogas,* ob. cit., p. 13. En este punto el autor español, cita como representante de esta postura a: Magro Servet, Vicente, *Guía práctica de la casuística existente en los delitos contra la salud pública*, Madrid: La Ley, 2004, p. 56.

38 Sánchez Gil, *La casuística en el delito de tráfico ilícito de drogas,* ob. cit., p. 13, citando para fundamentar la referida postura de la doctrina española a: Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 34.

39 *Ibid.*, p. 13.

> ta, especulación con ellas, etc. En el orden penal tiene un significado más amplio, que comprende toda actividad susceptible de trasladar el dominio o posesión, de una cosa, de una persona a otra, con contraprestación o sin ella. Con dicha acepción y sin forzar su interpretación se da cobertura a los supuestos de cesión gratuita de drogas y otros actos de liberalidad que serían de difícil inclusión en el tipo si tradujera la expresión aludida en parámetros puramente comerciales[40].

Molina Mansilla[41], sostiene que, en los actos de tráfico, se engloba todas las acciones destinadas a introducir en el mercado todas las sustancias estupefacientes, hasta llegar al consumidor final. Así, como afirma Moyna[42], podemos considerar que los actos de tráfico se dividen en tres categorías: a) actos principales: venta, permuta, b) actos previos: tenencia, y c) actos auxiliares: transporte.

El Tribunal Supremo español ha considerado que el concepto de tráfico debe considerarse "en sentido vulgar; lo que significa incluir en su definición incluso los actos aislados, fuera del concepto estricto de comercialización o de mercantilización, siempre y cuando se favorezca, promueva o facilite el consumo ilegal que se persigue"[43].

En otra sentencia, el Tribunal Supremo español precisó lo siguiente:

> Cualquier acto de tráfico en virtud del cual, fuera de la fase de preparación, cultivo o elaboración del producto, se hace circular lo que es simple detentación de droga, mediante la transferencia a terceros en virtud de cualquier título, en principio, que permita el cambio de poseedor o detentador de la cantidad, máxima o mínima, de que se trate. Dentro de esta configuración es evidente que se encuentran incursos en la dinámica delictiva tanto el vendedor o donante como cualquier

40 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 101.

41 Molina Pérez, "El delito de tráfico de drogas: el tipo básico y los subtipos agravados", art. cit., p. 286.

42 Moyna Menguez, José, "Libro II: Tít. XVII", en AA.VV., Código *Penal,* 9.ª ed., Madrid: 2004, p. 948.

43 STS español de 29 de mayo de 1991, en *El delito de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 35.

> intermediario que, a través de la necesaria conexión mecánica, permite la transmisión del alucinógeno, siempre en la idea de facilitar, favorecer o promover el ilícito consumo[44].

En ese marco, Álvarez y otros, haciendo referencia a la jurisprudencia española, observan que, sobre la base de esta concepción amplia, se consideran actos de tráfico la compra y la venta de droga, bastando el simple acuerdo de voluntades entre el comprador y el vendedor para entender consumado el delito, la permuta, el mero ofrecimiento, e, incluso, la intervención en el transporte.[45] Sin embargo, como sostiene, Molina Mansilla, no pueden ser consideradas conductas ilícitas el tráfico autorizado, el autoconsumo, así como toda conducta que no tenga por objeto promover, facilitar o favorecer el consumo ilegal de drogas.[46]

Con todo, se acoge una interpretación doctrinal extensiva del término "tráfico", que excede del significado mercantil del término, y que supone otorgar tal consideración a toda actividad susceptible de trasladar el dominio o la posesión de una cosa, no requiriéndose la habitualidad ni el ánimo de lucro, por lo que solo se consumaría el ilícito penal cuando el agente favoreciese el consumo de las sustancias tóxicas.[47]

En cuanto a los *actos de transporte y actos de operaciones mercantiles*, la Sentencia del Tribunal Supremo español N.° 825/2003 de 9 de junio establece lo siguiente:

> [L]a ejecución de acciones de tráfico de drogas, en el sentido del art. 368 CP, no se reduce en todos los casos a la tenencia directa o inmediata de droga, sino que el tipo penal alcanza también a la realización

44 STS español N.° 243/1997 de 22 de febrero; *Ibid.*, p. 35.

45 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 35.

46 Molina Pérez, "El delito de tráfico de drogas: el tipo básico y los subtipos agravados", art. cit., p. 287.

47 *Loc. cit.*; Rey Huidobro, Luis, "El delito de tráfico de estupefacientes", en AA.VV., *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Córdova: Universidad de Córdova, 1987, pp. 53 y 54; Martínez Boluda, Francisco, "Análisis jurídico del delito de tráfico de drogas", en *Revista General de Derecho*, n.° 624, 1996, p. 9705.

> de negociaciones con drogas y a la organización de su introducción en el territorio nacional de su transporte, etc. Es claro que la tenencia de drogas constituye una alternativa típica al tráfico mismo. Las acciones de tráfico, por tanto, en un gran número de casos revisten exteriormente el aspecto de comportamientos socialmente adecuados propio, por regla, de cualquier operación mercantil. El elemento diferencial de las operaciones mercantiles y de las actividades empresariales con las acciones típicas de tráfico es simplemente el objeto del comercio, es decir, la droga prohibida. Consecuentemente, la prueba del objeto de las actividades no puede ser, en principio, combatida mediante la descripción del aspecto externo de las conductas: reuniones, comunicaciones telefónicas, etc.

Cabe anotar entonces que el transporte ha sido considerado un acto típico incardinable en las previsiones del tipo penal de tráfico de drogas, así, el transporte de drogas es un acto de tráfico en sentido estricto que promueve, facilita o favorece el consumo ilegal de drogas tóxicas. En buena cuenta, el concepto de *tráfico* abarca toda actividad que implique el traslado de dominio o posesión de una cosa, a cambio de una contraprestación o sin ella, en este caso, sobre el objeto material del delito que son las drogas, *se requiere entonces una posesión de la cosa para traficarla*. Tráfico supone toda forma de extender y expandir la droga, con independencia de la idea puramente comercial o mercantil, esto es, sin precisar ni ánimo de lucro ni habitualidad de los actos, sino que basta un solo acto de tráfico.

Cabe advertir además que para la configuración del delito contenido en el párr. 1 del art. 296 del CP se requiere que se realicen actos de fabricación o tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, y con ello, el sujeto activo promueva, favorezca o facilite el consumo ilegal de esas sustancias.

La fase de "tráfico", posesión para comercialización y distribución en el mercado nacional e internacional

Como se ha dicho, el Perú es un país productor de droga, el tráfico de estas sustancias tiene por objeto "exportar" la droga a otros países,

en ese sentido, desde la producción de la pasta básica de cocaína y su refinamiento en clorhidrato de cocaína, la droga es transportada desde los lugares de producción hacia los puntos de "exportación", en especial los puertos del país, por lo que las modalidades típicas de "tráfico" en nuestro país se aprovechan del comercio exterior.

Además de las rutas para la salida de la droga que se camuflan con el comercio exterior, así también se utilizan rutas clandestinas, como lo explica Salazar[48], existen distintos puntos de salida para la droga que se produce en el Perú, y que abastecen los mercados internacionales:

> En el norte se emplean los puertos de Talara, Paita, Bayovar y muchas caletas no controladas del litoral, tales como Parachique, Puerto Rico y La Tortuga en Sechura; La Islilla en Paita; Cabo Blanco en Talara y La Cruz en Tumbes.
>
> Las drogas que se produce en los valles del Huallaga estarían saliendo por el Monzón para llegar a Chimbote y Huacho en el norte chico y de allí pasar a Lima y los mercados del exterior.
>
> En la sierra sur se toman rutas vía Sandia y Desaguadero en Puno para llegar a los mercados internos de Bolivia y Brasil. También existen rutas aéreas desde Vraem y Puno hacia Bolivia.
>
> En el caso del Vraem se emplean caminos de herradura por las estribaciones andinas buscando salir a la costa por Nazca o mediante la región Junín.
>
> Una ruta muy importante es la del Callao; incluyendo embarques a través de embarcaciones, con el apoyo de funcionarios aduaneros corruptos y mediante el aeropuerto Jorge Chávez. Parte de estos embarques son capturados por las autoridades.
>
> También se emplea el río Marañón y sus afluentes por La Libertad, Huánuco, Ancash y Cajamarca; siempre con el propósito de llegar a las zonas de exportación preferentemente de tipo marítimo y en menor cantidad por vía aérea. Se informa que además existen rutas para llegar a Colombia y Brasil.

48 Salazar, Rolando, "Narcotráfico", en *El problema de las drogas en el Perú 2015,* Lima: cedro, 2015, pp. 61-64.

En esta fase del ciclo de la droga, se requiere del transporte de la droga para el mercado nacional o internacional, aquí la posesión de la droga tiene ese destino o finalidad, pero aún se encuentra alejada de la distribución o comercialización de la droga para el consumidor final. Los actos de transporte han sido considerados un acto típico incardinable en las previsiones del tipo penal de tráfico de drogas, así, el transporte de drogas es un acto de tráfico en sentido estricto que promueve, facilita o favorece el consumo ilegal de drogas tóxicas. Actividad que se enmarca en el concepto amplio de tráfico que se regula en el párr. 1 del art. 296 del CP.

Pero, además, en este estadio del ciclo se requiere del acopio de la droga, que supone el deposito o guarda de la sustancia ilícita para su posterior traslado. Estos actos también se incardinan en el concepto amplio de tráfico del párr. 1 del 296, la intención al poseer esta droga es promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de droga, pero su destino aún se encuentra alejado del consumidor final.

En ambos supuestos se requiere la posesión de la droga para realizar los actos de "tráfico" como soporte objetivo de la hipótesis legal. Ahora bien, veremos casos resueltos por la Corte Suprema donde estos actos de posesión de droga son considerados actos de tráfico comprendido en el párr. 1 del 296; advirtiendo, además, que por la modalidad de la comisión de la acción delictiva, la calidad y cantidad de la droga no se evidenciaba una intención el sujeto activo de destinar la droga para la comercialización al consumidor final, sino promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de droga a través de actos de tráfico.

Actos de acopio de droga para su posterior comercialización en el mercado nacional o internacional

Así, en diversas etapas de las rutas de la droga para su exportación al extranjero se requieren *actos de acopio de droga*, donde por la cantidad y calidad de la droga comisada no se infiere que la misma se encuentre

destinada al consumo directo, de esta manera fueron calificados en el párr. 1 del art. 296. Así, en el Recurso de Nulidad N.° 2033-2015-Lima, de fecha 18 de enero del 2017, la Sala Penal Permanente hace referencia al hallazgo de 526 paquetes en forma de ladrillos forrados con cinta de embalaje color beige, conteniendo una sustancia blanquecina compatible con alcaloide de cocaína, en el inmueble ubicado en la calle tres, manzana G, lote veintiuno de la urbanización Faucett–Callao, y el hallazgo en diversos ambientes del inmueble ubicado en la avenida Colectora, manzana T uno, lote dos, urbanización Santa Patricia–La Molina. Así, en la sentencia se indica lo siguiente:

> [A]l realizar el registro domiciliario, se encontraron en tres ambientes (dormitorios) un total de mil doscientos ochenta paquetes en forma de ladrillos formados con cinta de embalaje color beige conteniendo cocaína. Esta organización criminal conformada por los referidos encausados, ha desarrollado acciones concretas para la adquisición, almacenamiento y traslado de la droga en paquetes tipo ladrillo que fueron decomisados en los inmuebles antes citados, habiéndose encargado del almacenaje...

La droga incautada correspondió a mil trescientos cuarenta y cuatro punto doscientos cuarenta y cinco kilogramos de clorhidrato de cocaína. Se advierte en este caso evidentes *actos de acopio de drogas para su posterior comercialización en el mercado nacional o internacional,* tipificados en el *párr. 1 del art. 296.*

Fácticamente, queda claro del caso narrado que el destino de la droga, por la cantidad y calidad de la droga comisada, no era la comercialización inmediata al consumidor directo, sino su posterior introducción en el mercado nacional o internacional.

De la misma manera, en la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.° 30-2016, de fecha 21 de setiembre del 2016, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema consideró como *actos de favorecimiento al tráfico de drogas tóxicas para su posterior comercialización,* y el acopio de

droga en caletas acondicionados en un inmueble intervenido. Al respecto, la Corte Suprema refirió lo siguiente:

> [C]on fecha 24 de mayo del 2013, a las 10:30 horas aproximadamente, personal policial de la DEPOTAD–Puerto Inca, se trasladó hacia la zona indicada hallando una vivienda rústica [...], al realizarse un registro minucioso en el primer nivel en compañía del procesado Nazario Matta Villanueva, se llegó a encontrar debajo de la vivienda del intervenido, enterrado al costado de uno de los postes que sirve como cimiento de la casa, DOS (02) bolsas blancas, precintadas con cintas de embalaje transparente, con un peso neto de 7.279 Kg., los mismos que al ser aperturados se observó una sustancia pardusca rocosa que al ser sometida a la prueba de campo y descarte alojó una coloración azul turquesa indicativo POSITIVO de ALCALOIDE DE COCAÍNA.

Hechos que fueron calificados como delito contra la salud pública-tráfico ilícito de drogas en la modalidad de favorecimiento al consumo de drogas tóxicas mediante actos de tráfico, considerado en el párr.1 del art. 296. Este acto de "acopio" o guarda de droga se consideró también un acto de "tráfico" que favorece el consumo ilegal de drogas. Se infiere de las circunstancias del caso, la cantidad y calidad de la droga, que los fines o destino de la droga eran su distribución en el mercado nacional o internacional, y no, una puesta a disposición directa al consumidor final.

Actos de transporte de droga vía terrestre y fronteras para su posterior comercialización en el mercado nacional o internacional

a) Transporte de drogas vía terrestre

Salazar hace referencia a otras rutas terrestres clandestinas para sacar la droga de las zonas de producción con destino a los mercados nacionales (de las grandes ciudades) e internacionales, exportando la droga ilícita. Aparecen aquí evidentes actos de *tráfico* que abarcan toda actividad que implique el traslado de dominio o posesión de droga, a cambio de una contraprestación o sin ella:

> A nivel terrestre el narcotráfico toma rutas vía Cajamarca pasando por Jaén, Olmos, Chulucanas y Ayabaca para pasar a Ecuador; o desde Cajamarca hacia Celendín, Chiclayo, Piura, Sullana y pasando a Macará en Loja-Ecuador. También existen rutas que por ejemplo salen de Rodríguez de Mendoza, pasan por Molinopampa, Chachapoyas y llegan a Chiclayo y otras que saliendo de Rioja pasan por Pedro Ruíz, Bagua Grande, Corral Quemado, Olmos, Morropón y así llegan hasta localidades ecuatorianas[49].

Un ejemplo de la situación descrita lo constituye la sentencia emitida en el Recurso de Nulidad N.° 2257-2015 Apurímac. Aquí, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema tipificó en el *párr. 1 del art. 296,* en concordancia con el art. 297.6, hechos de *transporte de drogas* desde el interior del país. Estos hechos se refieren a la intervención de un *vehículo de transporte interprovincial,* proveniente de la ciudad de Andahuaylas con destino a la ciudad de Abancay, debajo de los últimos asientos de la unidad de transporte y debajo de los asientos 9 y 10 se hallaron dos bolsas de tela tipo maleta en cuyo interior se encontró un total de 18 paquetes tipo ladrillo, conteniendo pasta básica de cocaína con un peso neto 17 kilos 795 gramos, imputando de estos hechos a tres pasajeros conforme la actividad probatoria desplegada en la causa.

Los 17 kilos 795 de droga tenían un evidente destino en el mercado nacional o internacional. Este tipo de posesión de droga transportada no buscaba la distribución directa al consumidor final. Estos actos de transporte, sin duda, se enmarcan en actos de "tráfico" del párr. 1 del art. 296.

En otro caso, hechos de *transporte de droga en bus interprovincial* fueron tipificados por la Corte Suprema en el *párr. 1 del 296.* Ello se advierte en la sentencia del Recurso de Nulidad N.° 2994-2014-Huánuco, de 7 de julio del 2016, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Los hechos juzgados consisten en que el 1 de octubre del 2008 el personal policial intervino un bus interprovincial en la ciudad de Tingo María. Al realizarse el registro de la bodega del vehículo se halló dos bultos

49 Salazar, "Narcotráfico", art. cit., p. 64.

pertenecientes al acusado, que contenían en su interior seis paquetes ovalados asegurados con cinta adhesiva con 11 kilos con 680 gramos de pasta básica de cocaína. La Corte Suprema al analizar la tipificación jurídica consideró que se trataba del delito de tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de *posesión y transporte de pasta básica de cocaína*, subsumiendo los hechos en el párr. 1 del art. 296.

En los hechos narrados se advierte la finalidad ulterior de destino para la distribución de la droga en el mercado nacional o internacional, y no la distribución directa de la droga al consumidor final, correspondiendo este transporte de droga al ciclo de la droga de tráfico, reprimido en el párr. 1 del 296.

En la misma línea, conforme al Recurso de Nulidad N.° 3145-2014-Junín, de 7 de julio del 2016, se consideró, en el *párr. 1 del 296, el transporte de droga en un vehículo*. Así, esta sentencia se refiere a los hechos acontecidos el 18 de julio del 2004, cuando efectivos policiales intervinieron una camioneta conducida por uno de los acusados, y al efectuarse el registro del mismo se hallaron paquetes de pasta básica de cocaína camuflados entre las pertenencias de los pasajeros, paquetes que fueron remitidos vía encomienda por otro acusado. Lo mismo sucedió en el Recurso de Nulidad N.° 332-2016-Ayacucho, de 21 de setiembre del 2016, donde la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, conoció los hechos suscitados el 16 de noviembre del 2014, referidos a la intervención de un acusado en la zona de Vraem, en una camioneta rural tipo combi, quien transportaba en la parrilla de la camioneta una mesa de madera acondicionada con 8 kilos con 350 gramos de pasta básica de cocaína. La Corte Suprema coincidió con la Sala Superior de tener por probados los hechos y calificó la conducta como delito de tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de *favorecimiento al consumo ilegal de estupefacientes*, mediante *actos de tráfico*, es decir, como se entiende en el *párr. 1 del art. 296.*

Aquí también, analizando las particularidades del caso: la cantidad y calidad de la droga comisada, no queda duda que la droga no estaba destinada al consumo directo, sino a su introducción mediata en el

mercado nacional o internacional, correspondiente al ciclo de la droga de "tráfico" transporte de droga. La droga, 8 kilos con 350 gramos de pasta básica de cocaína, era transportada en un vehículo rural, desde la zona del Vraem, el lugar de producción, debidamente acondicionada en una mesa. Aparece aquí la sucesión de etapas propias del ciclo de la droga, evidenciándose el *favorecimiento al consumo ilegal de estupefacientes*, mediante *actos de tráfico*, subsumible en el *párr. 1 de 296.*

Se puede inferir en estos casos resueltos por la Corte Suprema, que no se utiliza el criterio de diferenciación basado en el destino de la droga, pues toda posesión supone un destinado ulterior de la misma, sino su ubicación en el ciclo de la droga correspondiente a los actos de tráfico, el cual aún está alejado de la comercialización directa al consumidor final. En todos estos casos, la cantidad y calidad de la droga comisada no estaba destinada al consumo directo, sino a su introducción mediata en el mercado nacional o internacional, correspondiente al ciclo de la droga de "tráfico" transporte de droga, asociado al propósito de favorecer el consumo de drogas tóxicas.

b) Transporte de droga en la modalidad de "correos de la droga"

Un caso especial de "tráfico" en la modalidad de transporte lo constituye el accionar de los denominados *correos de droga. Al respecto,* los jueces de la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N.° 03-2008/CJ-116, han referido lo siguiente:

> Se trata de individuos que se desplazan usualmente por vía aérea o terrestre transportando droga usualmente cocaína, marihuana u opio en sus bienes personales, en paquetes adheridos al cuerpo, en cápsulas ingeridas previamente al inicio del viaje o en contenedores colocados en otras cavidades del cuerpo. Ello implica, por lo demás, reconocer la existencia de organizaciones o agrupación de personas que se dedican a captar personas, las cuales pasan, en algunas oportunidades, sin ser descubiertos por la autoridad pública, agentes de aduanas, personal de seguridad de aeropuertos y efectivos policiales de control de carreteras.

> Desde la experiencia criminalística, en muchas ocasiones, se detiene a esas personas sin que se logre identificar cabalmente a los que se dedican a reclutar personas con la finalidad de transportar droga o precursores y, en su caso, sin que se descubra la estructura y lógica de funcionamiento de las organizaciones criminales, que por lo general están detrás de ese acto de transporte delictivo[50].

Peña Cabrera[51] afirma que los actos de transporte de sustancias prohibidas por los "correos de la droga" se llevan a cabo, por lo general, a través de la intermediación de terceros, de sujetos que se ocupan de captar personas con ciertas características (jóvenes desocupados o inmersos en el mundo de la drogadicción), que les permita fácilmente acceder a la propuesta criminal ofertada. Dichos intermediarios por lo general son personas que forman parte de organizaciones delictivas, al ejecutar una función importante en el marco de los fines ilícitos que guía su proceder criminal. En tal entendido, se expresa el autor nacional, las órdenes provienen de los altos mandos de la estructura delictiva, quienes no dan la cara, escudándose en las corazas que se levantan en las bases de estas organizaciones; por ende, son los hombres de atrás quienes cuentan con el dominio funcional del hecho y no los sujetos transportistas, quienes solo se encargan de ejecutar una actividad propia y singular, sin ser miembros (pertenecer) de la asociación delictiva.

Desde la perspectiva de los denominados "países consumidores", destinatarios de la droga elaboradas en los "países productores", Ambos explica que por "correo de drogas" se entiende lo siguiente:

> [A] la persona que lleva a cabo la actividad de transporte transfronterizo e ilegal de drogas. En esta definición, la característica de "transfronterizo" del transporte es imprescindible, pues solo así se puede utilizar la actividad de "introducción", que es especialmente relevante

50 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 03-2008/CJ-116*, f. j. n.° 7.

51 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., pp. 107-114.

> en los ordenamientos de ciertos Estados a los efectos de la tipicidad de la conducta[52].

Bajo esa misma perspectiva, también se utiliza el término "mula de drogas" para conceptualizar este fenómeno, así, Fleetwood señala lo siguiente: "Se trata de una persona que transporta a través de fronteras internacionales drogas pagadas por otra persona. La persona puede ser remunerada o no [...] la cantidad de drogas que se transporta depende siempre de la decisión de quien paga", agrega en esta definición la referida autora que se trata de una "mula" experimentada, "si las drogas se transportan dentro del propio cuerpo, sujetas a este o a la ropa, o bien en el equipaje"[53].

Por su parte, el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (OEDT) comprende en esta denominación a la "persona que actúa como correo de drogas a quien se le paga, se le coacciona o se le engaña para transportar drogas a través de una frontera internacional, pero que carece de mayor interés comercial en las drogas en cuestión"[54]. Dejando esta última definición constancia de que se trata del último eslabón de la cadena de comercialización de las drogas a nivel internacional. En virtud de ello, Lai expresa lo siguiente:

> [Son] personas empleadas por organizaciones delictivas para transportar pequeñas cantidades de estupefacientes a través de fronteras son habitualmente mujeres, pertenecen a estratos sociales extremadamente vulnerables y se ven forzadas a realizar esta actividad, muchas veces poniendo en grave riesgo su salud, a cambio de pagos irrisorios"[55].

---

52 Ambos, *Control de drogas. Política y legislación en América Latina*, ob. cit., p. 169.

53 Fleetwood, Jennifer, "Penalties and practice in the international cocaine trade", en *British Journal of Criminology*, n.° 51, 2011, p. 375, en "Drogas, crimen y castigo Proporcionalidad de las penas por delitos de drogas", *Serie reforma legislativa en materia de drogas*, n.° 20, 2012, p. 8.

54 Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, *A definition of "drug mules" for use in a European Context*, Lisboa: EMCDDA, 2012, p. 3

55 Lai, Gloria, "Drogas, crimen y castigo proporcionalidad de las penas por delitos de drogas", *Serie reforma legislativa en materia de drogas*, n.° 20, 2012, p. 8.

Atendiendo a esta realidad criminológica, en el derecho comparado se constatan esfuerzos por aplicar penas privativas de libertad de corta duración para los supuestos de "correos de la droga"[56].

Con base en la sentencia de fecha 19 de julio del 2016, recaída en el Recurso de Nulidad N.° 3223-2014 Callao, la Sala Penal Transitoria, haciendo referencia a un supuesto de *correo de drogas*, precisa los siguientes hechos:

> El día veintitrés de diciembre del dos mil doce, como a las siete horas, personal de la DIRANDRO del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, con la intervención de un Fiscal, intervino a la encausada Rosa Nilda Castillo Espinoza —condenada conformada— cuando pasaba por el arco de seguridad de salidas internacionales —se dirigía a México—, pues transportaba droga en la modalidad de "momia". En la revisión personal se estableció tenía adherida en diferentes paquetes del cuerpo once paquetes con un peso neto de cuatro kilos novecientos setenta y tres gramos netos de clorhidrato de cocaína.

El mismo supuesto de correo de la droga se advierte en la sentencia expedida en el Recurso de Nulidad N.° 2870-2014-Callao, de 12 de julio del 2016, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, donde los hechos se refieren a que el 21 de febrero del 2008 el personal policial, con presencia del fiscal, intervino a Salvatore Pietro Di Sauro Flores, cuando trataba de viajar a la ciudad de Madrid-España. En la estructura de la maleta del detenido se encontraron 3 paquetes conteniendo 2 kilos con 546 gramos de clorhidrato de cocaína, conducta que fue tipificada en el párr. 1 del art. 296 del CP. Así también, en el Recurso de Nulidad N.° 2122-2014-Callao, de fecha 8 de setiembre del 2015, de la Sala Penal Transitoria, se hace referencia a la intervención del ciudadano mexicano Alejandro Pacheco Zambrano, el 29 de setiembre del 2010, en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, a quien, al efectuarse el registro de su equipaje, se le encontró dos paquetes rectangulares que contenían

56 Cfr. Lai, "Drogas, crimen y castigo proporcionalidad de las penas por delitos de drogas", art. cit., pp. 1-16.

14 948 kilogramos de clorhidrato de cocaína. Lo que fue tipificado en el párr. 1 del art. 296, en concordancia con el art. 297.7.

En la sentencia del Recurso de Nulidad N.° 922-2014-Callao, de fecha 16 de marzo del 2015, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema hace referencia a la intervención y detención el 15 de setiembre del 2011 del ciudadano español López Alegre, cuando pretendía transportar droga al extranjero, siendo intervenido en el *counter* de la aerolínea LAN, porque uno de sus equipajes fue observado. Al realizarse el registro se encontró entre sus prendas de vestir, 08 sobres de productos comestibles que contenían 5 kilos 671 gramos de clorhidrato de cocaína, conducta tipificada en el párr. 1 del art. 296 del CP. La modalidad de ingesta fue la utilizada en los hechos juzgados en el Recurso de Nulidad N.° 2214-2015-Lima, de fecha 13 de setiembre del 2016, de la Sala Penal Permanente. Aquí se explica que el 12 de junio del 2005, el acusado Michael Yllesca Calderón ingresó al servicio de emergencia del Hospital Dos de Mayo-Cercado de Lima, por haber ingerido una cápsula que contenia 5.8 gramos de clorhidrato de cocaína. Se explica que la pretensión del acusado era viajar a Argentina, pero no pudo seguir ingiriendo las cápsulas acondicionadas con droga, lo que fue tipificado en el párr. 1 del art. 296 de la norma penal.

En todos los casos reseñados sobre correos de la droga, queda claro que se trata de actos de transporte, donde el destino predeterminado por la organización delictiva (que el correo de la droga contribuye factualmente poseyendo la droga para transportarla) es la introducción de la misma en el mercado internacional (o eventualmente nacional), descartándose de plano cualquier intención de comercialización directa de la misma al consumidor final, siendo subsumidos estos hechos de manera uniforme en el párr. 1 del art. 296 del CP, transporte de drogas entendido como actos de tráfico.

Finalmente cabe anotar que, según el Informe Estadística del Instituto Nacional Penitenciario-INPE, a enero del 2017:

> El 2 % de la población penitenciaria está conformada por internos de distintas nacionalidades. Se encuentran recluidos 1793 internos extranjeros, divididos en 1519 varones y 274 mujeres. La mayoría de estos internos (85 % aproximadamente) están detenidos por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas y, en general, se ubican dentro del tipo básico de transporte del ilícito cargamento que proviene de organizaciones criminales internacionales[57].

Entonces, la gran mayoría de extranjeros que purgan condena en el Perú o se encuentran con prisión preventiva es por su participación como "correos de la droga".

c. Transporte por rutas aéreas clandestinas

Como advierte Salazar[58], en el caso de las rutas aéreas se conoce que se estarían usando los aeródromos de Cajabamba, Baños del Inca, Jaén y Santa Cruz en el norte del país. Además, se informa que en muchas otras zonas del país (por ejemplo, en Puno, límite con Bolivia y en el Vraem) también se ha habilitado pistas que permiten la exportación del ilegal producto.

Aquí aparecen los casos de transporte aéreo de droga no autorizados, a través de vuelos clandestinos en avionetas de otras nacionalidades, en especial bolivianas con pilotos brasileños, las cuales ingresan subrepticiamente al territorio nacional aterrizando en pistas clandestinas de la zona del Vraem, luego cargan la droga según la capacidad de la avioneta, usualmente 300 kilos, y emprenden nuevamente vuelo fuera del territorio nacional.

Un caso judicializado de "pistas de aterrizaje clandestinas" para el tráfico de drogas lo constituyen los hechos reseñados en la sentencia del Recurso de Nulidad N.° 2917-2015-San Martín, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema:

---

57 Instituto Nacional Penitenciario–INPE, *Informe estadístico penitenciario 2017*, Lima: INPE, 2017, p. 48.

58 Salazar, "Narcotráfico", art. cit., p. 65.

> "[S]e acreditó la culpabilidad del acusado CÉSAR TEODOCIO LEIVA HUANCHACO por delito de tráfico ilícito de drogas con la declaración instructiva del encausado ENRIQUE VALVERDE RAMÍREZ [...], quien señaló que el siete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, se dirigió a la posta de aterrizaje clandestina La Nueva Unión, en compañía de trece soldados y encontró por las inmediaciones de ese lugar una patrulla del Ejército, al mando del acusado César Teodocio Leiva Huanchaco, al imputado Carlos Alfredo Cerna Muñoz y los narcotraficantes "Camilo" y "Atila" o "Fernando". Añade que aterrizaron varios vuelos que habían sido autorizados por el primero de los citados encausados, y le entregaron veinte mil dólares al deponente para que lo distribuyera entre la tropa [...]. Asimismo, manifestó que constantemente aterrizaban avionetas en ese lugar y eran autorizados por los oficiales, entre los que se encontraba el imputado Leiva Huanchaco.

Estos hechos también fueron tipificados como actos de favorecimiento al consumo ilegal de drogas tóxicas, mediante actos de "tráfico", debido a que el destino predeterminado por la organización delictiva de la droga es la introducción de la misma en el mercado internacional. En estos casos también aparece necesariamente una intencionalidad posterior y un destinado predeterminado para la droga objeto de "tráfico", actos que suponen una actividad que implica el traslado de dominio o posesión de la droga, a cambio de una contraprestación. En la experiencia de los casos antidrogas, es común que el piloto de la avioneta que llega a las pistas de aterrizaje clandestina lleve consigo ingentes cantidades de dinero para adquirir la droga, que luego será transportada vía aérea fuera del país.

d. Transporte marítimo de droga y comercio exterior

Ya en los puertos, se "contaminan" cargas lícitas de mercancías para exportación a través de la denominada modalidad de "preñado" de contenedores en el transporte marítimo de mercancías con destino a Europa y Estados Unidos. En la experiencia criminológica en el puerto del Callao, estos "preñados" suelen hacerse en los almacenes generales de depósito temporal de las mercancías para exportación o en el mismo

patio de maniobras de los muelles del Puerto, e incluso en el mismo buque anclado en el muelle durante el proceso de carga y descarga de contenedores. En estos casos se advierten serias brechas de seguridad que posibilitan este tipo de "contaminación", aunado a los supuestos de contubernio de trabajadores de los almacenes y muelles que participan en estos actos ilícitos. Otra modalidad está dada a través del "camuflaje" de la droga en productos de exportación tramitados legalmente, también por vía marítima. En esta última modalidad suelen estar involucradas las empresas exportadoras.

En la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.° 283-2015-Lima, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, se hace referencia a esta última modalidad de tráfico ilícito de drogas, utilizando el flujo del comercio exterior para su exportación al extranjero:

> Es así que en el terminal de almacenamiento temporal de la empresa CONTRANS SAC, ubicada en la avenida Oquendo Manzana H-L, ex Fundo Oquendo-Callao, listos para su exportación a Haiphon-Vietnam, se encontraron tres contenedores. Luego de la revisión respectiva, en el contenedor número CCLU615300-9 —de cuarenta pies—, debidamente acondicionado, en siete estructuras de fierro camufladas en residuos sólidos chatarra se descubrió un total de ciento cincuenta y seis paquetes tipo ladrillo prensados y precintados que, conjuntamente con un tanto de droga hallada, contenían un total de noventa y ocho punto seiscientos cuarenta y cuatro kilogramos de clorhidrato de cocaína. La empresa JYR CORPORATION SAC, dirigida por el encausado Valentín López, era la encargada de la exportación. El encausado Casas Ponce, vinculado a Valentín López, se hizo cargo de adquirir la chatarra (veinte toneladas), alquilar el local que fungiría de depósito y reclutar a los individuos que intervendrían en la exportación, así como coadyuvó en los trámites que realizó su coencausado Valentín López para dar apariencia de legalidad a esa operación delictiva. Casas Ponce, a su vez, era el enlace con los coordinadores y financistas de la operación de tráfico ilícito de drogas, él administraba y direccionaba los fondos que le proporcionaban. A Valentín López, por su parte, le correspondió parte de las operaciones de la organización, realizaba las acciones para dar apariencia de legalidad a la exportación de la

> droga camuflada entre chatarra, para lo cual constituyó la empresa de fachada JYR CORPORATION SAC. Así como acondicionaba la droga en el contenedor y la camuflaba entre los residuos sólidos para su posterior exportación.

Este resulta ser un caso evidente de exportación de droga como acto de "tráfico", una actividad que implica el traslado de dominio o posesión de la droga a cambio de una contraprestación, donde también se infiere un destino predeterminado para la droga, que ha sido subsumido en el párr. 1 del art. 296 (en concordancia con las figuras agravadas de los incs. 6 y 7 del art. 297).

e. Transporte de droga en la modalidad de encomienda

En el tráfico aéreo de mercancías, este "tráfico" suele hacerse a través del *envío de encomiendas* donde se camufla o "contaminan" los productos a exportar con sustancias ilícitas. Como advierte Joshi:

> Por envío de la droga deben entenderse todos aquellos actos directamente encaminados a hacer llegar las sustancias tóxicas a su destinatario, que está a cierta distancia. Los más usuales son los envíos internacionales. Y la modalidad más empleada es el correo[59].

Así, por ejemplo, en el caso peruano, en la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.° 1932-2015-Callao, de 13 de febrero del 2017, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, reseña un caso de *envío de encomiendas acondicionadas con droga*. Los hechos se refieren a que el día 30 de enero del 2012, el personal policial, en el almacén de la *empresa DHL Express* en Callao, inspeccionó una encomienda a nombre del acusado que tenía como destino el Japón, consistente en una caja que contenía 38 chalinas entre las cuales se halló papel sastre impregnado de clorhidrato de cocaína, con un peso neto de 319 gramos.

59 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 171.

Un caso similar es reseñado en el Recurso de Nulidad N.° 3513-2014-Ucayali, del 21 de setiembre del 2016, resuelto por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, el cual consiste en lo siguiente:

> [C]on fecha once de octubre del dos mil ocho, la DEPOTAD-Pucallpa, con participación del Ministerio Público, se constituyeron al aeropuerto Capitán Fuerza Aérea del Perú David Abensur Rengifo, y al efectuar la verificación y registro de diversas encomiendas, en el ambiente denominado corredizo de la compañía North American Float Plena Service S.A.C.; empresa que realizaba la ruta aérea de Contamaná-Tarapoto, Atalaya y Breú, se ubicó una bolsa de plástico [...] la misma que se encontraba lacrada con cinta adhesiva; impregnada en la parte superior con el tique de envío [...] en la cual al ser abierta se encontraban dos cajas de cartón. En una de las cajas [...] se halló un paquete de papel periódico con hierbas de olor y características de al parecer marihuana, la misma que al efectuarse la prueba de campo dio como positivo para cannabis sativa-marihuana.

Es de advertir que estos hechos fueron tipificados como promoción y favorecimiento al tráfico ilícito de drogas.

Esta modalidad de *envío de drogas mediante encomiendas* también se advierte en el Recurso de Nulidad N.° 1998-2015-Callao, de 8 de setiembre del 2016, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, que reseña los hechos de la siguiente manera:

> [L]a encausada Alarcón Seminario el día diecinueve de julio del dos mil diez se valió con engaños de Cynthia Lissteh Juárez Barrera para enviar una encomienda por medio de DHL Express con destino a Pakistán, en cuyo interior ocultaba en frascos, con inscripciones de noni extracto, camu camu extracto, kaita, uña de gato, kaita maca y kaita vistasoya, un total de tres con treinta y cinco kilogramos netos de clorhidrato de cocaína en solventes orgánico.

Aquí también la tipificación de los hechos correspondió al párr. 1 del art. 296 del CP.

El Recurso de Nulidad N.° 3025-2015-Lima, de 25 de julio del 2016, de la Sala Penal Transitoria, hace referencia a los siguientes hechos:

> [E]l día diecisiete de febrero del dos mil diez, personal de la DIRANDRO intervino a Espino Gálvez y García Cabrera cuando se disponía a salir de las instalaciones de la empresa de mensajería "Chasqui Wasi", ubicada en la Avenida Petit Thouars número cuarenta doce-San Isidro. El primero cargaba una mecedora de madera desarmada, cuyo destino era Tenerife [...]. Al revisarse la mecedora se estableció que en el interior se ocultaba mil cuatrocientos cuarenta y siete kilogramos de clorhidrato de cocaína.

Este tipo de envío de droga al extranjero, en la modalidad de encomienda, fue tipificado en el párr. 1 del art. 296 del CP, en concordancia con la circunstancia agravante del art. 297.6.

Se aprecia la misma modalidad en los hechos reseñados en el Recurso de Nulidad N.° 1462-2015-Callao, de fecha 14 de julio del 2016, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, donde se aprecia lo siguiente:

> [E]l doce de febrero del dos mil nueve [...] personal policial de antidrogas, asignado al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, junto con el representante del Ministerio Público, se constituyó a las instalaciones de la empresa DHL Express, y detectó una encomienda sospechosa cuyo destino era el país de Australia [...]. Luego de revisar el contenido del mencionado paquete se encontraron ocho piedras artesanales tipo "huacos", los cuales al ser perforados se encontraron en su interior diez paquetes en forma de cápsulas, los que después de ser sometidos al análisis correspondiente dieron positivo para clorhidrato de cocaína, con un peso neto de ciento noventa y cuatro gramos.

Hechos que fueron tipificados en el párr. 1 del art. 296 del CP.

Estos supuestos de transporte de droga, en la modalidad de encomienda, son evidentes actos de "tráfico". El transporte en todas sus modalidades ha sido considerado un acto típico incardinable en las previsiones del tipo penal de tráfico de drogas, así, el transporte de

drogas es un acto de tráfico en sentido estricto que promueve, facilita o favorece el consumo ilegal de drogas tóxicas. En buena cuenta, el concepto de *tráfico* abarca toda actividad que implique el traslado de dominio o posesión de una cosa, a cambio de una contraprestación o sin ella, en este caso, sobre el objeto material del delito que son las drogas, *se requiere entonces una posesión de la cosa para traficarla*. Pero donde, además, aparece un destino predeterminado para la droga para el comercio nacional o internacional.

En suma, de la realidad criminológica peruana, las organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas operan a través de redes coordinadas, desde las primeras etapas de siembra y cultivo, pasando por la fabricación o elaboración de drogas, su acopio en zonas de producción como el Vraem, y su transporte a las zonas de exportación especialmente los puertos del país, aprovechando el flujo comercial y de intercambio de mercancías por vía marítima y aérea. Estos comportamientos se incardinan en los actos de tráfico regulados en el párr. 1 del art. 296 del CP, actos donde, además, se infiere el destino predeterminado de la droga conforme a la fase del ciclo de la droga donde tiene lugar el acto de posesión de la droga.

1.2. Tipicidad subjetiva y los alcances del término "promover, favorecer o facilitar" el consumo ilegal de drogas tóxicas

1.2.1. Tipicidad subjetiva

En cuanto a la tipicidad subjetiva, conforme sostiene Prado Saldarriaga[60], se requiere de dolo, y debido a que se encuentra en la propia naturaleza del tráfico ilícito de drogas, demanda exigir que en la esfera subjetiva del delito la acción del agente esté orientada por una motivación lucrativa.

60 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada. Parte especial*, ob. cit., p. 147.

Conforme señalan Álvarez y otros autores:

> Desde un punto de vista subjetivo [...] nos encontramos ante un tipo doloso, el sujeto ha de actuar con conciencia y voluntad en la realización de los elementos objetivos del tipo. Ello exige conocer y querer que el objeto del comportamiento son drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y que los actos que se llevan a cabo difunden el consumo ilegal. La falta de conocimiento de alguno de estos elementos dará lugar a un error de tipo [...][61].

Al respecto, la jurisprudencia española ha precisado lo siguiente:

> Tratándose de la aprehensión de un elemento subjetivo, como es el conocimiento que se transportaba, para llegar al conocimiento de ese dato, fuera de la improbable aceptación de este hecho por el transportista, habrá que acudir a la valoración enlazada de una serie de indicios o datos que nos permita llegar, a través de un juicio de inferencia explicitado a la conclusión a la que se quiere llegar. En definitiva, los elementos del dolo tanto en relación con conocimiento como a la voluntad, suelen ser aprehendido por vía de inferencia más que verificados por vía empírica dada su naturaleza de hechos subjetivos.

Siguiendo a Sequeros Sazatornil, se hace necesario que concurra en el sujeto infractor dos elementos consustanciales en la comisión del delito, primero: la conciencia no viciada del carácter nocivo de la sustancia objeto de tráfico; segundo: la intención de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de terceros ajenos a la acción que se desarrolla.[62] Por su parte, Muñoz Conde, al referirse a la tipicidad subjetiva en esta clase de delitos, indica que "junto a la conciencia del carácter nocivo para la salud de la sustancia (es suficiente con una valoración paralela en la esfera del profano) es preciso que se quiera promover, favorecer o facilitar el consumo 'ilegal' de terceras personas"[63].

---

61 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 39.

62 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, ob. cit., pp. 92 y 93.

63 Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 496.

Sobre el aspecto subjetivo, Rodríguez Ramos sostiene lo siguiente:

> El dolo debe alcanzar el conocimiento de la peligrosidad del producto o sustancia para la salud, sin que sea necesario distinguir si es sustancia que causa grave daño a la salud o no, y el ánimo de ejecutar actos de tráfico o que favorezcan o faciliten el consumo de terceros, que como ya se ha visto puede deducirse por elementos indiciarios sólidos. Se ha de conocer el peligro creado con la acción y a pesar de todo ejecutarla. Para apreciar la voluntad de poner la droga a disposición de terceros basta con la tenencia de la droga preordenada al tráfico[64].

En el mismo sentido, Joshi Jubert plantea lo siguiente:

> En todo caso debe concurrir el dolo, es decir, el conocimiento y voluntad por parte de sujeto activo respecto a los siguientes extremos: **a.** de la conducta que lleva a cabo, **b.** del objeto de la conducta, en concreto, el conocimiento de que su objeto de referencia son drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y si estas causan o no grave daño a la salud, en caso contrario estaremos frente a un supuesto de error de tipo; **c.** de que sus actos sirven a la difusión del consumo ilegal de las sustancias mencionadas o bien, en el supuesto de posesión, se dirige a aquellos fines; d. conocimiento de la ilicitud penal de su conducta[65].

En suma, como advierte Molina Mansilla, el desvalor de la acción resulta condicionado por el elemento subjetivo, complementario a la peligrosidad de la conducta, que queda representado en estos ilícitos por el dolo, siendo imprescindible que el agente conozca y tenga voluntad de: 1. ejecutar la conducta; 2. que el objeto de referencia sean drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, causen o no grave daño a la salud; en este sentido, el dolo debe entenderse al conocimiento del carácter nocivo de la sustancia, aunque la jurisprudencia considera que no se requiere un conocimiento perfecto de la pureza, de la cantidad,

64 Rodríguez Ramos, Luis *et al.*, *Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, t. II, 4.ª ed., Madrid: La Ley, 2009, p. 635.

65 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 108.

del tipo ni de la clase de droga que se posee o se transporta; 3. que sus actos estén encaminados a la difusión del consumo ilegal de dichas sustancias, o se dirijan hacia aquellos fines; 4. que su conducta sea ilícita, admitiéndose el dolo eventual e inadmitiendo la culpa consciente.[66] Además, para Sequeros Sazatornil:

> El elemento subjetivo del injusto lo constituye la preordenación al tráfico de la droga objeto del delito, precisando, además, en todo caso, la existencia de la finalidad de tráfico, como uno de los elementos o presupuestos del tipo, debe quedar acreditada como cualquiera de los restantes[67].

La falta de conocimiento sobre alguno de los elementos objetivos del tipo dan lugar a un error de tipo, donde el sujeto cree que no concurren en su comportamiento todos o alguno de los elementos objetivos del tipo, cuando sí concurren. Joshi Jubert refiere que estos son los casos en que el sujeto activo realiza una conducta de tráfico —por ejemplo, actos de venta, de donación— desconociendo, sin embargo, que el objeto de su conducta es una droga tóxica, un estupefaciente o un psicotrópico, o bien que es una sustancia que causa grave daño a la salud. Se trata, pues, de supuestos de error de tipo. Su tratamiento debe seguir las reglas generales para los supuestos en que no es posible la incriminación imprudente: la impunidad tanto en caso de error invencible como vencible[68].

El error invencible sobre la nocividad de la sustancia o su propia existencia excluiría la responsabilidad criminal. Del estudio de la jurisprudencia se desprende una notable resistencia a reconocer el error y una tendencia a la aplicación del dolo eventual. La duda sobre la posible realización del tipo, cuando se sabe que el objeto transportado es de

66 Molina Pérez, "El delito de tráfico de drogas: el tipo básico y los subtipos agravados", art. cit., p. 296.

67 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., pp. 93 y 94.

68 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., pp. 108 y 109.

tenencia prohibida, no es equivalente a un error de tipo, sino al obrar con dolo eventual.[69]

En el mismo, sentido, Molina Mansilla precisa que concurren supuestos de error de tipo cuando se incumple alguno de los requisitos para la configuración del delito, bien porque el sujeto desconoce que el objeto ilícito es una sustancia prohibida —error sobre el carácter prohibido de la sustancia— o porque la misma origina grave daño a la salud —error sobre el carácter nocivo de la sustancia—.[70]

La STS español de 3 de junio del 2005, citado por Rodríguez Ramos, nos dice lo siguiente:

> Cuando el supuesto desconocimiento de la concreta cantidad de droga es consecuencia de la indiferencia del autor, no se excluye el dolo pues en estos casos el autor solo tiene una duda, pero no obra por error o ignorancia, ya que sabe que los hechos pueden ser delictivos y, sin embargo, acepta realizar la acción[71].

En cuanto a la verificación mediante prueba indiciaria del dolo en esta clase de delitos, Álvarez y otros sostienen lo siguiente:

> Según la jurisprudencia el dolo puede deducirse de datos como la ocultación de la droga, el intento de desprenderse de la mercancía, la versión exculpatoria poco convincente o contradictoria, la total adecuación instrumental y la funcionalidad del comportamiento al fin indudablemente perseguido, el sobrepeso de la maleta y el doble fondo fácilmente detectable, el sobrepeso del camión, las precauciones tomadas antes de hacerse cargo de la maleta, la llamativa rigidez de la ropa impregnada de droga, la convivencia prolongada con otro de los acusados, la ausencia de medios lícitos de vida acreditados, la presencia

69 Rodríguez Ramos, *Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia,* ob. cit., p. 635.

70 Molina Pérez, "El delito de tráfico de drogas: el tipo básico y los subtipos agravados", art. cit., p. 296.

71 Rodríguez Ramos, *Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia,* ob. cit., 635.

> en el domicilio de recipientes, albaranes de entrega y etiquetas identificativas de paquetes postales similares a los del envío interceptado[72].

Sequeros Sazatornil, refiriéndose al caso español, plantea lo siguiente:

> La jurisprudencia [...] es bastante parca y severa en apreciar la existencia de error, como elemento obstativo en el área de la culpabilidad. Reiteradamente se ha manifestado en el sentido de rechazar el error en sus dos modalidades de tipo y de prohibición al estimar que no es preciso que el sujeto sea conocedor de la norma concreta, ni del nombre técnico del delito, ni si aquella está ubicada en normas internas o convenios. Para rechazar el error afirmado, basta con poderse afirmar que el sujeto sabe que su conducta es contraria derecho y por ello se expone a alguna sanción; que conculca con su actividad reglas de convivencia esencial; que está poniendo en peligro la salud de los demás. Además, la invocación del error, no puede ser testimonial; debe estar probada como el hecho mismo. En los supuestos de error sobre la naturaleza de la mercancía transportada, alegando la creencia de su licitud, el que lo invoca debe probar ese desconocimiento y ello como consecuencia de que, para poder apreciarse el error, no es suficiente la simple invocación como excusa, sino que es necesario para que se produzca exculpación, que se prueba por quien lo alega. Y ciertamente, esa probanza resultará siempre difícil y poco asequible por pertenecer al fuero interno de la conciencia del individuo, deduciéndose con carácter general y por contra, precisamente el conocimiento de la ilicitud del acto, en razón del carácter pragmático y racional de la actividad llevada a cabo, así como la inexistencia de datos fiables que permitan inferir otra cosa[73].

Así se desprende de la STS español de 28 de marzo de 1994, "los estados de la mente que directamente afectan a la responsabilidad criminal en distinta medida [...] el error ha de demostrarse indubitable y palpablemente [...]".

---

72 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., pp. 36 y 37.

73 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, ob. cit., pp. 95 y 96.

En resumen, el elemento subjetivo del injusto junto a la conciencia del carácter nocivo para la salud de la sustancia (es suficiente con una valoración paralela en la esfera del profano) es preciso que se quiera promover, favorecer o facilitar el consumo "ilegal" de terceras personas. Sin embargo, queda un tema por dilucidar, si la finalidad de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas resulta ser un elemento del tipo objetivo, que tenga que acreditarse, o un elemento subjetivo diferente al dolo, de tendencia interna trascendente que acompaña la realización del tipo, pero no lo determina.

1.2.2. Alcances del término "promover, favorecer o facilitar" el consumo ilegal de drogas tóxicas: presencia de un elemento subjetivo diferente al dolo-tendencia interna transcendente

Se ha discutido en la doctrina cuál es el alcance de los términos "promover, favorecer o facilitar" mediante actos de "fabricación o tráfico", esto es, si se deben entender como una finalidad concreta a alcanzar exigida por el tipo penal o como una intención diferente al dolo (elemento de tendencia interna transcendente). Así, Prado Saldarriaga[74] hace referencia a la discusión suscitada en la doctrina española sobre los alcances dogmáticos que debe concederse a los términos promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas. De esta manera, el referido autor precisa que para un sector de la doctrina, representada por Rey Huidobro[75] y Rodríguez Devesa[76], se tratarían de *elementos subjetivos especiales distintos al dolo*; pero que, sin embargo, para Bacigalupo[77] estos términos hacen referencia al resultado *consecuencia de los actos de fabricación o tráfico*.

74 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada. Parte especial*, ob. cit., p. 145.

75 Cfr. Rey Huidrogo, Luis Fernando, "El delito de tráfico de estupefacientes", en AA.VV., *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Córdova: Universidad de Córdova, 1987, p. 134.

76 Cfr. Rodríguez Devesa, *Derecho penal español*, ob. cit., p. 1023.

77 Cfr. Bacigalupo Zapater, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 93.

Esta determinación tiene consecuencias importantes, pues si se asume la primera opción no resultaría necesario acreditar que con los actos de fabricación y tráfico se produjo la promoción, favorecimiento o facilitación efectiva del consumo ilegal de drogas tóxicas, pues los elementos de tendencia interna trascendente y las intenciones con las que se comete el delito no necesitan ser alcanzadas, con lo cual nos encontraríamos en una hipótesis de delito de peligro abstracto. Mientras que si consideramos que la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas son consecuencias de los actos de fabricación o tráfico, sí resultaría necesario acreditar su concurrencia en un caso concreto, siendo así, estaríamos frente a un delito de peligro concreto.[78]

Bacigalupo sustenta la segunda opción precisando lo siguiente:

> Parece no caber duda alguna que el tipo de favorecimiento requiere para su consumación un favorecimiento real del consumo ilegal. Si el legislador hubiera querido conformarse con un peligro abstracto para el bien jurídico, hubiera agotado la descripción en las acciones de cultivo, fabricación o tráfico que pueden considerarse en sí mismas como peligrosas en relación con bien jurídico. Pero, si ha vinculado estas acciones con ciertos resultados (promoción, favorecimiento, etc., del consumo ilegal), es porque ha querido incidir en un momento que está más allá del peligro general (abstracto) de la acción y, por tanto, en una zona más cercana a la lesión del bien jurídico. Esa zona más cercana no puede ser sino aquella en la que el peligro representado por la acción se concreta respecto al bien jurídico. Parece claro que entre la acción de cultivar, la de fabricar, la de traficar y la promoción, el facilitamiento y el favorecimiento hay una distancia diversa respecto de la lesión efectiva del bien jurídico y que tal diferencia refleja la diversidad que caracteriza el peligro abstracto frente al concreto[79].

78 Cfr. Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada. Parte especial*, ob. cit., p. 145.

79 Bacigalupo Zapater, "Problemas dogmáticos del delito de tráfico ilegal de drogas", art. cit., p. 93.

En esa medida, PRADO SALDARRIAGA[80] se adhiere a la postura de BACIGALUPO por considerarla más garantista y dogmáticamente más coherente. Postura que también comparte BUSTOS RAMÍREZ[81], al considerar la hipótesis legal del texto español como uno de peligro concreto.[82] Con lo cual, siendo una hipótesis de peligro concreto para este autor nacional, sí se admite la tentativa.

De la misma opinión es PEÑA CABRERA FREYRE, para quien en el caso del párr. 1 del art. 296 del CP el legislador no ha regulado un supuesto de peligro abstracto, pues requiere de una promoción, favorecimiento o facilitación real al consumo ilegal de droga, donde los actos de "fabricación" o "tráfico" se encuentran vinculados con un resultado que debe verificarse.

> Debe decirse que, si el legislador hubiera querido conformarse con un peligro abstracto para el bien jurídico, hubiera agotado la descripción en las acciones de cultivo, fabricación o tráfico que pueden considerarse en sí mismas como peligrosas en relación con bien jurídico. Pero, si ha vinculado estas acciones con ciertos resultados (promoción, favorecimiento, etc., del consumo ilegal), es porque ha querido incidir en un momento que está más allá del peligro general (abstracto) de la acción y, por tanto, en una zona más cercana a la lesión del bien jurídico. Esa zona más cercana no puede ser sino aquella en la que el peligro representado por la acción se concreta respecto del bien jurídico; es decir, se requiere de un peligro de naturaleza "potencial", que ha de ser acreditado tanto ex ante como ex post, de que la promoción y/o facilitación a la elaboración y/o circulación de droga prohibida puede colocar en real peligro a la salud de la población. Es por ello que dichas conductas deben ir acompañadas con ciertos elementos de sustantividad, en cuanto al criterio cuantitativo, habi-

80 PRADO SALDARRIAGA, *Criminalidad organizada. Parte especial*, ob. cit., p. 145.

81 BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal*. Barcelona: Ariel, 1986, p. 281.

82 PRADO observa que, entre los autores nacionales, BRAMONT-ARIAS y GARCÍA CANTIZANO, sostiene que nos encontramos ante una hipótesis de peligro abstracto, con lo cual no sería posible la tentativa, mientras que FRISANCHO APARICIO no aborda el problema. Cfr. PRADO SALDARRIAGA, *Criminalidad organizada. Parte especial*, ob. cit., p. 146.

> tual que, debe caracterizar el comportamiento para ser merecedor y necesitado de pena[83].

Sin embargo, considero que aquí nos enfrentamos a un caso de delitos de peligro abstracto, y en esa medida la finalidad de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas resulta ser un elemento subjetivo diferente al dolo, que debe estar presente al momento de la comisión del delito, pero no lo configura. Como advierte Rodríguez Nuñez: "Este delito se estructura como un delito de peligro abstracto y consumación anticipada. Por su redacción todos los actos iniciales de ejecución son consumados"[84]. Bajo ese marco, Álvarez y otros autores, también comentando el art. 368 del CP español, refieren lo siguiente:

> [C]onviene señalar que, además de encontrarnos ante un tipo de mera actividad y de peligro abstracto, nos hallamos ante un tipo común, en la medida en que no contempla limitaciones en cuanto a los posibles autores, y, además, desde nuestro punto de vista, ante un tipo mixto alternativo, dado que prevé diferentes comportamientos, bastando para su aplicación la realización de uno de ellos y sin que la realización de varios por el mismo sujeto de lugar a varios delitos, si bien podrá ser tenido en cuenta a efectos de determinación de la pena[85].

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Supremo español también ha puesto de manifiesto estas características del tipo penal de tráfico ilícito de drogas:

> Nos hallamos ante un delito de simple actividad o de resultado cortado o de consumación anticipada, desde el punto de vista de la acción típica que excluya o no precisa de la producción de resultado alguno, sin olvidar la nota delimitadora del bien jurídico como pauta para conmensurar la existencia e intensidad de la antijuricidad y que está integrada por un concepto de naturaleza abstracta (la salud pública

83 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., pp. 105 y 106.

84 Rodríguez Núñez, "Delitos contra la salud pública", art. cit., p. 623.

85 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 29

> en general). Con esta caracterización el legislador ha redactado un tipo abierto a las posibilidades conductuales de ejecutar el hecho en concepto de autor, con detrimento de las conductas colaterales o secundarias, que son elevadas a la categoría de autoría; y, a su vez, el grado de consumación se entiende alcanzado con el más mínimo despliegue de una conducta causalmente encaminada (no se precisa que sea exitosa) a la promoción o favorecimiento de cualquier actividad relacionada con el cultivo, elaboración o tráfico en cuanto se dirija a obtener (basta el intento) el consumo por terceros de las sustancias estupefacientes prohibidas. El legislador construyó un tipo flexible ("tipos caucho") que ensanchan considerablemente las conductas punibles, y se conformó con una aportación causal mínima al hecho criminal para responder como autor de un delito consumado, dada la automática perfección del injusto típico, que tiene lugar con el solo hecho de desplegar cualquier actividad tendencial en tanto se halle prevista en el art. 368 CP. Solo muy excepcionalmente esta Sala ha estimado la tentativa o la complicidad[86].

Esta caracterización también repercute en la distinción entre la autoría y participación, así se ha dicho lo siguiente:

> La tipicidad del delito contra la salud pública es la de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de sustancias tóxicas o estupefacientes, dada la redacción de los verbos nucleares del tipo penal es difícil que quepan conductas ajenas a la realización del tipo en forma distinta a la autoría[87]. También el Tribunal Supremo español ha establecido: [...] dado los amplios términos en los que aparece configurado el tipo penal convierte en autores a todos los concertados para la actividad de tráfico de drogas, esto es, cuando existe en previo acuerdo entre los sujetos con independencia de cuál es el rol concreto a ejecutar por cada uno de ellos, siempre que su colaboración contribuya, como establece el art. 368, a promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas[88].

86 STS español 328/2009, de 31 de marzo, en Rodríguez Ramos, *Código Pena. Concordado y comentado con jurisprudencia,* ob. cit., pp. 1134 y 1135.

87 STS español 403/2009 de 23 de abril, en Rodríguez Ramos, *Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia,* ob. cit., p. 1137.

88 STS español 722/2003, de 12 de mayo, en Rodríguez Ramos, *Código Penal.*

En ese marco, Queralt Jiménez advierte que el precepto expresa la preocupación del legislador en la expansión del tráfico de estupefacientes y sus consecuencias sobre el consumo, por lo que alude: "con poca técnica, pero con notable expresividad, a castigar la promoción, favorecimiento y facilitación del consumo ilegal de drogas"[89]. Con lo cual, Molina Mansilla opina que en realidad lo que le preocupa al legislador es erradicar el consumo ilegal de drogas, y que en torno a este propósito gira toda la tipificación del delito, así se expresa la citada autora:

> [C]onsidero que el hecho primordial en el delito de tráfico de drogas —esto es, el núcleo del ilícito— gira en torno al consumo ilegal, que es la finalidad que el legislador [...] pretende erradicar, debido a la multiplicidad de intereses que resultan comprometidos y lesionados, y cuya salvaguarda es responsabilidad del Estado —desde el monopolio del ciclo de la droga, hasta la salud colectiva—. Siguiendo un análisis inductivo, estimo que la última medida para combatir dicho consumo es la lucha contra la expansión del tráfico ilegal, actuando contra las actividades de difusión de la droga —promoción, favorecimiento o facilitación—, realizadas mediante el cultivo, la elaboración, el tráfico [...][90].

En el mismo sentido, Magaldi Paternostro sostiene que el consumo "conlleva un costo social, sanitario y económico que los Estados pertenecientes a nuestro estadio cultural y económico no están dispuestos a tolerar"[91]. Con lo cual, todo acto de promoción, favorecimento o facilitación será considerado como acto consumado del tráfico ilícito de drogas, y toda contribución factual a esos actos hará que el sujeto responda en calidad de autor, siendo muy raros los supuestos de complicidad.

Concordado y comentado con jurisprudencia, ob. cit., pp. 1137 y 1138.

89 Queralt Jiménez, *Derecho penal español. Parte especial,* ob. cit., p. 717.

90 Molina Pérez, "El delito de tráfico de drogas: el tipo básico y los subtipos agravados", art. cit., p. 284.

91 Magaldi Paternostro, María José, "Libro II. Tít. XVII: de los delitos contra la seguridad colectiva. Cap. III: de los delitos contra la salud pública", en *Comentarios al Código Penal. Parte especial,* t. II, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 1566.

En el caso del tipo penal peruano se comete el delito a través de actos de fabricación o tráfico que tenga como consecuencia la promoción, el favorecimiento o la facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, mientras que en el tipo penal español, los actos de cultivo, elaboración, tráfico o posesión vienen acompañados de actos que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten del consumo ilegal de drogas. Los actos de cultivo se encuentran tipificados en el art. 296.A del CP, que también incluye los términos promover, facilitar y favorecer; y los actos de posesión con fines de tráfico ilícito se encuentran tipificados en el párr. 2 del art. 296. Pero en esencia, debido a la redacción amplia de los comportamientos descritos en el tipo penal peruano, hacen que comparta la misma caracterización de su homólogo español.

Y ello es lo que caracteriza el tipo penal peruano como un tipo común, alternativo, de consumación anticipada, y de manifestación de adelantamiento de barreras de punición, donde, además, se desdibujan los contornos de la autoría y participación, y donde el legislador ensancha considerablemente las conductas punibles, y se conforma con una aportación causal mínima al hecho criminal para responder como autor de un delito consumado, dada la automática perfección del injusto típico, que tiene lugar con el solo hecho de desplegar cualquier actividad tendencial contenida en el párr. 1 del art. 296 del CP.

Este criterio interpretativo sobre la caracterización del tipo penal, ha sido recogido por la jurisprudencia nacional, quien ha señalado que *nos encontramos ante un delito de peligro abstracto*, donde resulta difícil la tentativa. Mientras que la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad recaído en el Exp. N.° 1766-2004, considerando segundo expresó lo siguiente: "[U]n delito de peligro abstracto, de riesgo o de pura actividad como es el tráfico ilícito de drogas, cuya punibilidad por demás tiene origen en la situación de peligro eventual que nace de las conductas típicas".[92]

92 La Corte Suprema precisó que, tratándose el delito de tráfico ilícito de drogas, tipificado en el párr. 1 del art. 296, en el caso de un correo de la droga en la modalidad de ingesta, se trata de un delito de peligro abstracto, y en consecuencia, la reparación civil debe establecerse tomando en cuenta la cantidad de la droga

En suma, la promoción, favorecimiento o facilitación al consumo ilegal de drogas, por sí solas no constituyen comportamientos configurativos del delito regulado en el párr. 1 del art. 296, pues estos siempre deben ser realizados mediante actos de fabricación o tráfico de esas drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Esto supone, que todas las conductas que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas (en otras palabras, contribuyan, efectivamente o por estar orientadas, a la difusión y expansión de dicho consumo) se produzcan mediante actos de fabricación o tráfico. Y en su faz subjetiva, se exige que el sujeto activo conozca la conducta que lleva a cabo, y que sus actos promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Se advierte, entonces, que el tipo penal bajo la finalidad de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas resulta ser un elemento subjetivo diferente al dolo, que debe estar presente al momento de la comisión del delito, pero no lo configura, pues es una finalidad que el sujeto activo busca concretar en un momento posterior a la comisión del delito, ya en su etapa de agotamiento.

---

transportada, la entidad del hecho delictivo y el número de intervinientes, así lo precisó la Corte Suprema: "Que la sentencia recurrida fijó en dos mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil, que por lo demás fue el solicitado por la fiscal superior Adjunta en la acusación de fojas ciento cuarenta y siete; que, sin embargo, la pretensión del Estado, según el escrito de fajas sesenta y siete, ascendía a una suma no inferior a los treinta mil nuevos soles; que tratándose de un delito de peligro abstracto, de riesgo o de pura actividad como es el tráfico ilícito de drogas, cuya punibilidad por demás tiene origen en la situación de peligro eventual que nace de las conductas típicas, la reparación civil debe fijarse en función de la cantidad y dañosidad de la droga incautada, así como a la magnitud o entidad del hecho delictivo y el número de individuos que han participado en su comisión, sobre la base de los principios de suficiencia y razonabilidad o proporcionalidad; que, en el presente caso, se trató de una tenencia con fines de tráfico al exterior de cuatrocientos sesenta y ocho gramos de clorhidrato de cocaína ingeridas mediante cápsulas, a cuyo efecto el imputado debió ser evacuado a un hospital del Estado, delito en el que han intervenido, por lo menos, otros dos individuos en Brasil y Perú".

1.3. Características del delito

Como plantea Prado Saldarriaga[93], el párr. 1 del art. 296 criminaliza todas aquellas conductas que posibilitan el consumo indebido de drogas por terceros, pero que se concretizan en actos de fabricación o tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. De esta manera, los actos de fabricación o tráfico deben promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas, esto es, conductas que difundan o expandan el consumo ilegal.

Con lo cual, los actos que constituyen fabricación o tráfico de drogas tóxicas que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de estas sustancias, podrán ser considerados actos consumados constitutivos del delito previsto en el párr. 1 del art. 296 del CP. Y los sujetos que participen o contribuyan de alguna forma de los actos de fabricación o tráfico, de manera individual o conjunta, serán considerados autores o coautores del mismo.

Comentando el art. 368[94] del CP español que guarda similitudes con el tipo penal peruano del párr. 1 del art. 296, Joshi Jubert refiere que:

> El art. 368 es un tipo alternativo, abierto y de progresión delictiva. Es alternativo puesto que tipifica distintas conductas y basta para su aplicación la realización de una de ellas. Es un tipo abierto porque las conductas típicas no están todas estrictamente descritas. En efecto, comete el delito de tráfico de drogas desde el que ejecuta actos de cultivo, de elaboración de drogas, de tráfico de drogas, como, en fin, el que ejecuta cualquier otro acto de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o

93 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada. Parte especial*, ob. cit., p. 144.

94 El art. 368 del CP español establece: "Los que ejecutan actos de cultivo, elaboración o tráfico o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquéllos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto del duplo en los demás casos". Cfr. Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 29.

> sustancias psicotrópicas o las posee con cualquiera de estos fines. Finalmente, es de progresión delictiva por el hecho de contener todas las fases de afectación del bien jurídico directamente protegido, es decir, por regular en un mismo precepto y con la misma pena la tentativa del delito y el delito consumado[95].

En el mismo sentido, Molina Mansilla refiere lo siguiente:

> El ilícito analizado presenta tres características fundamentales: 1, es de carácter alternativo (STS 18 de diciembre del 2002), de manera que al tipificar una pluralidad de acciones que impliquen favorecer el tráfico, la ejecución de una de ellas es suficiente para que el contenido del precepto de materialice (SSTS 9 de febrero del 2005 y 9 de mayo del 2005); 2, tiene carácter abierto, debido a que el innumerable conjunto de acciones ilícitas no quedan recogidas expresamente; 3, es de progresión delictiva, al contener todas las fases en que el bien jurídico queda amenazado. Por tanto, los requisitos esenciales de estas conductas son: a) que sirvan para promover, favorecer —definidos estos por la STS 27 de marzo del 2004 como la acción consistente en aportar al traficante principal la posibilidad de tráfico— o facilitar el consumo ilegal de drogas, también en la STS 26 de mayo del 2000; b) que el agente sea conocer de la conducta que ejecute y que su acción promueva, favorezca o facilite el consumo ilegal del objeto delictivo; c) que dicha promoción, favorecimiento o facilitación lo sea para el consumo ilegal (STS 3 de julio del 2002); d) una interpretación que busque la finalidad de la conducta, de manera que se acceda a los principios garantistas del derecho penal[96].

Con lo cual, además de los actos de cultivo, elaboración, tráfico o posesión que promueva, favorezca o facilite el consumo ilegal de drogas, el tipo penal español contempla que también se configura el delito *cuando el agente ejecuta cualquier otro acto* de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, esto es, cualquier acto que contribuya, efectivamente o por estar orientados, a la difusión

95 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 99.

96 Molina Pérez, "El delito de tráfico de drogas: el tipo básico y los subtipos agravados", art. cit., p. 283.

y expansión de dicho consumo. Este último aspecto ha sido criticado por la doctrina, por considerarlo una expansión desmesurada de tipo penal, por lo cual "la expresión o de cualquier otro modo [...] supone una ampliación desmesurada del tipo pena y constituye un ataque que atenta frontalmente contra los principios, consagrados constitucionalmente, de legalidad y seguridad jurídica"[97].

Por lo tanto, bajo la perspectiva del tipo penal español, todo acto de promoción, favorecimiento o facilitación será considerado como acto consumado del tráfico ilícito de drogas, y toda contribución factual a esos actos hará que el sujeto responda en calidad de autor, siendo muy raros los supuestos de complicidad.

En esa medida, teniendo en cuenta los comentarios de la doctrina del tipo penal español para analizar nuestro párr. 1 del art. 296, el tipo penal peruano introduce una cláusula que torna extensiva y abierta la descripción de las conductas consideradas delictivas, donde el sujeto activo a través de la "promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas" mediante actos de "fabricación" o "tráfico" consumará el delito, no pudiéndose delimitar por lo extensivo de la descripción típica los actos preparatorios o tentativa. De la misma forma, todo acto de contribución al hecho típico al considerar un acto de promoción, favorecimiento o facilitación será considerado un acto de autoría, con lo cual se borran los contornos de la autoría y participación criminal.

De estas opiniones doctrinales hay que discernir las diferencias entre el tipo penal español y el peruano. En el caso del tipo penal peruano se comete el delito a través de actos de fabricación o tráfico que tenga como consecuencia la promoción, el favorecimiento o la facilitación

97 Arana, Xabier, "Otra reforma que también afecta a los delitos en materia de estupefacientes", en *Cuadernos Penales José María Lindón. Reforma penal: personas jurídicas y tráfico de drogas; justicia restaurativa*, n.° 08, Bilbao: Universidad de Deusto, 2011, p. 242. Cfr. además, Díez Ripollés, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas: estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1998, de 2 de marzo*, Madrid: Tecnos, 1989, p. 58.

del consumo ilegal de drogas tóxicas, mientras que en el tipo penal español los actos de cultivo, elaboración, tráfico o posesión vienen acompañados de actos que de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas. En el caso peruano, los actos de cultivo se encuentran tipificados en el art. 296.A del CP, que también incluye los términos promover, facilitar y favorecer; mientras que los actos de posesión con fines de tráfico ilícito se encuentran tipificados en el párr. 2 del art. 296. Pero en esencia, debido a la redacción amplia de los comportamientos descritos en el tipo penal peruano, hacen que comparta la misma caracterización de su homólogo español. De esta manera, el tipo penal peruano se configure como uno común, alternativo y de consumación anticipada, esto último supone una manifestación de adelantamiento de barreras de punición; además, se advierten dificultades para distinguir la autoría y la participación criminal, ya que, por la redacción de las conductas cualquier contribución fáctica puede ser comprendida en la autoría.

En conclusión, las conductas de promoción, favorecimiento y facilitación, siempre deben estar conectadas con actos de fabricación y tráfico, por lo que, por sí solas no pueden configuran el delito tipificado en el párr. 1 del artículo 296; además, en el plano subjetivo, el autor debe estar consciente de que sus actos, con esas características, contribuyen en alguna medida al consumo ilegal de drogas tóxicas.

Finalmente, cabe recordar lo sostenido por Prado Saldarriaga, en el sentido de que nos encontramos frente al tipo penal alternativo, donde el sujeto activo puede cometer cualquiera de las conductas descritas en la hipótesis legal para encontrarse incurso en el delito. Así, el autor precisa que nos encontramos.

> [A]nte un tipo penal alternativo. Esto es la ley describe varias opciones para la materialización de la conducta punible. Sin embargo, para la tipicidad será suficiente con que el sujeto activo realice, cuando menos, uno de aquellos comportamientos que constituyen actos de fabricación o tráfico.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español en reiterados casos, así lo plantea Rodríguez Ramos:

> Una pluralidad de actos realizados por el mismo sujeto que favorece el tráfico o el consumo ilegal por otras personas constituye un solo delito, aunque esté integrado por varias acciones en cuando sirvan para conformar la descripción típica de los que ejecuten actos de cultivo, elaboración, tráfico. Nos encontramos ante lo que un sector doctrinal denomina tipos que incluyen conceptos globales, es decir, hechos plurales incluidos en una única figura delictiva, lo que obliga a considerar que una variedad de acciones punibles de contenido semejante constituye no un delito continuado, sino una sola infracción penal[98].

1.3.1. Supuesto de adelantamiento de barreas de punición: imposibilidad de la tentativa

Como se sabe, según lo corrobora Moreno Torres[99], los actos preparatorios constituyen un momento intermedio entre la fase interna y la fase de ejecución del delito, donde existe una lesión efectiva al bien jurídico. El CP parte del principio general de impunidad de los actos preparatorios, pues aún no ha comenzado la lesión de los bienes jurídicos protegidos; solamente cuando los actos preparatorios se consideran lo suficientemente expresivos de una resolución criminal firme, esto es, lo suficientemente peligrosos, está legitimado el derecho penal para adelantar hasta ese punto las barreras de protección de bienes jurídicos. Así, Garcia Cavero explica lo siguiente:"El adelantamiento de la barrera de punición, [supone] autorizar la imposición de una sanción penal, aunque no se haya producido aún la afectación de un bien jurídi-

98 Rodríguez Ramos, *Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia*, ob. cit., p. 1140.

99 Moreno Torres, María Rosa, "La tentativa de delito en la legislación penal española", en Pariona Arana, Raúl y Esteban Pérez Alonso, *Teoría del delito. Problemas fundamentales*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 280

co [...]"[100]. Como plantea Fuentes[101], las manifestaciones del fenómeno de la anticipación de la tutela penal se pueden organizar mediante dos criterios: el emplazamiento dentro del *iter criminis* (delitos preparatorios y de tentativas de participación) y el juicio de peligro (delitos de peligro abstracto). Ambos criterios están necesariamente vinculados: los delitos del *iter criminis* serán siempre una clase de delitos de peligro; las conductas sancionadas como delitos de peligro ocupan obligatoriamente una posición dentro del proceso delictivo.

Así, por ejemplo, se adelantan barreras de punición cuando se elevan actos preparatorias a la condición de delitos autónomos, como es el caso del art. 317-A del CP peruano[102], en el caso del delito de marcaje y reglaje, pues, como advierte Paucar:

> No cabe duda de que las modalidades del nuevo delito de marcaje constituyen actos preparatorios criminalizados autónomamente, pues si bien es cierto, al ser estos actos equívocos o ineficaces para obtener por sí mismos la consumación delictiva, si tienen el sentido de estar claramente dirigidos a una finalidad delictiva, y podrían sancionarse en casos excepcionales en los que se cuestiona abiertamente la vigencia de la norma, como en el supuesto del art. 317.A[103].

100 García Cavero, Percy, "¿Existe y debe existir un derecho penal del enemigo?". Recuperado de <https://bit.ly/2ruBzPr>.

101 Fuentes Osorio, Juan, "Formas de anticipación de la tutela penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.° 8, año 8, 2006. Recuperado de <https://bit.ly/2zTrsrS>.

102 "Art. 317.A.- Marcaje o reglaje. El que para cometer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los arts. 106, 107, 108, 108.A, 121, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173.A, 175, 176, 176.A, 177, 185, 186, 188, 189 o 200 del CP, acopia o entrega información, realiza vigilancia o seguimiento, o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos".

103 Páucar Chappa, Marcial, "El delito de reglaje y marcaje: un análisis dogmático sobre sus notas esenciales". Recuperado de <https://bit.ly/1KHO9vb>.

En el caso del párr. 1 del art. 296 del CP, nos encontramos ante un supuesto de adelantamiento de barreas de punición. Rodríguez Núñez observa lo siguiente:

> Las conductas incriminadas son las dirigidas a la transmisión de las sustancias peligrosas a terceros fuera de los cauces legales. La barrera de protección se retrotrae hasta el punto de considerar como delito consumado actos muy alejados del posible contacto de la sustancia con el consumidor castigándolos con la misma gravedad que otros posteriores. Las conductas delictivas cubren un amplio abanico de actividades delictivas [...][104].

Analizando los verbos rectores contenidos en el párr. 1 del art. 296 del CP, los actos iniciales de "fabricación" de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, esto es, el proceso de elaboración, transformación o de manufactura de materias primas o insumos químicos en droga, suponen claros supuestos de adelantamiento de barreras punitivas, pues se reprimen actos donde aún no existe la sustancia ilícita, ni su contacto con el consumidor final, pero se entiende que la "fabricación" de drogas, que podría ser considerado un acto preparatorio, ya supone una puesta en peligro del bien jurídico "salud pública" que protege este tipo penal, por lo que se eleva esta conducta a la condición de delito independiente. De la misma manera, los actos de tráfico, término que comprende un número importante de comportamientos que rebasan su connotación mercantil, como actos de depositar, retener, ofrecer, expender, vender, distribuir, despachar, transportar, importar, exportar o expedir en tránsito, para la ubicación de la droga en el mercado de consumidores locales e internacionales, también suponen un delito de peligro protegido, y aquí el legislador no espera que la droga tóxica sea puesta a disposición del consumidor final.

Considerar supuestos anteriores a la lesión efectiva del bien jurídico como delitos autónomos implica que se dificultan los casos de tentativa. En el mismo sentido, Sequeros Sazatornil precisa lo siguiente:

104 Rodríguez Núñez, "Delitos contra la salud pública", art. cit., p. 623.

> Los delitos de tráfico ilegal de drogas [...] presentan en relación con sus grados de ejecución una serie de peculiaridades, entre las que se destaca como más sobresaliente la severa restricción en la apreciación de las formas imperfectas de ejecución por parte de la doctrina científica, y en el orden práctico, por la legal emanada de la jurisprudencia del Tribunal Supremo[105].

Como advierten Álvarez y otros autores: "la tentativa en este delito es de difícil admisión, dada la amplitud en la configuración de la conducta típica por parte del Legislador. Esta dificultad se manifiesta con particular intensidad en la Jurisprudencia [...]", de esta manera, estos autores, citando la STS español N.° 989/2004, de 9 de setiembre, reseñan lo siguiente:

> La posibilidad de concurrencia de formas imperfectas de ejecución en el delito de tráfico de drogas ha sido admitida por la Jurisprudencia de esta Sala con criterio restrictivo, por entender que constituye un delito de mera actividad, en el que es difícil admitir la inejecución del resultado propuesto, porque en el tipo básico de drogas en el art. 344 del CP/1973 y en el 368 del CP de 1995, la mera posesión de la sustancia tóxica implica comisión del delito, y porque es difícil que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no puede subsumirse en algún de los verbos generales de "promover", "facilitar" o "favorecer" el consumo de sustancias tóxicas, previsto en el tipo penal:, habiendo entendido esta Sala que siempre que, aún sin alcanzarse una detentación material de la droga, se consigue una disponibilidad de la misma, que queda sujeta a la voluntad del adquirente, el delito queda perfeccionado [...]. Sin embargo, excepcionalmente, se ha apreciado la tentativa cuando el sujeto no ha alcanzado la posesión de la droga ni le fuera achacable cualquier forma de disponibilidad[106].

Rodríguez Núñez, haciendo referencia a la jurisprudencia española, que analiza el art. 368 del CP de ese país, ha señalado lo siguiente:

---

105 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 121.

106 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas,* ob. cit., pp. 44 y 45.

> Al ser un delito de peligro y de consumación anticipada, esta se produce siempre que exista un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación y la droga quede sujeta a la voluntad de los poseedores. La consumación se sitúa en cualquiera de las acciones típicas descritas en el art. 368 CP: cultivo, elaboración o tráfico de las sustancias prohibidas o promoción favorecimiento, facilitación o tenencia para estos fines. El concierto previo hace "responsable a todos los confabulados por el delito en grado de consumación, ya que el tráfico existe desde el momento en que una de las partes pone en marcha los mecanismos de transporte de la droga que el receptor había convenido, ya que puede considerarse a disposición" del destinatario final y todos sus intermediarios, pues a ellos está abocada[107].

La sentencia de 30 de octubre de 1992, del Tribunal Supremo español, citado por Sequeros Sazatornil, hace referencia a esta problemática en los siguientes términos:

> Estamos ante un delito de peligro abstracto, siendo el bien jurídico protegido la salud colectiva o comunitaria. Dicha naturaleza propicia su configuración como delito de resultado anticipado o cortado, que posibilita su consumación tan pronto como se trasluce al exterior el propósito de destinar al tráfico de drogas poseída, por lo que el delito se consuma aun sin llegar a realizarse por el infractor, actos de estricto tráfico, siempre que concurran con el elemento objetivo o corpus, la posesión de drogas, el elemento subjetivo, o sea, el ánimo de traficar. Bastante, en conclusión, para la consumación, el tráfico potencial, ya que el real colocaría al delito en su fase de agotamiento[108].

En cuanto a la posibilidad de la tentativa en este tipo de delitos, Rodríguez Núñez, reseñando la jurisprudencia española en este tema, sostiene lo siguiente:

> En este tipo de delitos la jurisprudencia tiene un criterio general opuesto al reconocimiento de las formas imperfectas de ejecución "una

107 Rodríguez Núñez, "Delitos contra la salud pública", art. cit., p. 638.

108 Cfr. Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 122.

> infracción de tendencia y de tracto sucesivo como es la que nos ocupa (tráfico ilegal de drogas) ofrece graves dificultades para la estimación de formas imperfectas de ejecución" la dificultad viene dada por la amplitud en la descripción de la acción típica cuya consumación no requiere a materialización de los objetos perseguidos por el autor que pertenece a la fase de agotamiento del delito. Se ha apreciado tentativa en los supuestos de envíos de droga desde el extranjero cuando existe colaboración accesoria y secundaria de un tercero, de un modo accesorio y secundario, antes de que la mercancía se encuentre en el territorio nacional, en los pasos previos a la recepción por sus originales destinatarios siempre que: 1; no haya intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero; 2; no sea el destinatario de la mercadería; 3; No llegue a tener la disponibilidad efectiva de la droga intervenida [...][109].

También hace referencia a esta característica del delito de tráfico de drogas, Sequeros Sazatornil, cuando expresa que al configurarse el delito de tráfico de drogas como de mera actividad y riesgo abstracto, difícilmente resultan concebibles formas imperfectas de ejecución. Para reforzar esta opinión, el referido autor cita la sentencia de 4 de diciembre de 1991 del Tribunal Supremo español, donde se explica lo siguiente:

> La anticipación de la fase consumativa, propia de este delito de resultado cortado, dota de excepcionalidad a las figuras imperfectas de ejecución, esporádicamente reconocidas en los supuestos de no haberse llegado a poseer la droga, no haberse tenido sobre ella ninguna disponibilidad[110].

En el mismo sentido, Rodríguez Ramos, citando la jurisprudencia española, sentencia del Tribunal Supremo español N.° 328/2009, de 31 de marzo, señala lo siguiente:

> Nos encontramos ante un delito de simple actividad o de resultado cortado o consumación anticipada, desde el punto de vista de la ac-

109 Rodríguez Núñez, "Delitos contra la salud pública", art. cit., p. 638.

110 Cfr. Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 122.

> ción típica que excluye o no precisa de la producción de resultado alguno, sin olvidar la nota delimitadora del bien jurídico como pauta para conmensurar la existencia e intensidad de la antijuricidad y que está integrada por un concepto de naturaleza abstracta (la salud pública en general). Con esa caracterización el legislador ha redactado un tipo abierto a las posibilidades conductuales de ejecutar el hecho en concepto de autor, con detrimento de las conductas colaterales o secundarias, que son elevadas a la categoría de autoría; y, a su vez, el grado de consumación se entiende alcanzado con el más mínimo despliegue de una conducta causalmente encaminada (no se precisa que sea exitosa) a la promoción o favorecimiento de cualquier actividad relacionada con el cultivo, elaboración o tráfico en cuanto se dirija a obtener (basta el intento) el consumo por terceros de las sustancias estupefacientes prohibidas. El legislador construyó un tipo flexible (tipos de caucho) que ensanchan considerablemente las conductas punibles, y se conformó con una aportación causal mínima al hecho criminal para responder como autor de un delito consumado, dada la automática perfección del injusto típico, que tiene lugar con el solo hecho de desplegar cualquier actividad tendencial en tanto se halle prevista en el art. 368 CP. Solo muy excepcionalmente esta Sala ha estimado la tentativa o la complicidad[111].

Este rasgo del delito de tráfico ilícito de drogas como delito de peligro abstracto, donde no se admite la tentativa, se encuentra recogido en la jurisprudencia peruana. La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N.° 1262-2015-Apurímac precisa lo siguiente:

> 4.7 Es preciso señalar que la distinción entre delitos de peligro concreto y peligro abstracto se da en que en el primero se requiere una determinada puesta en peligro del bien jurídicamente protegido; por el contrario, en el segundo se sanciona una acción típicamente peligrosa en abstracto.
>
> 4.8. En ese sentido, el delito de tráfico ilícito de drogas, previsto en el art. doscientos noventa y seis del CP, es un ilícito penal de peligro abstracto, en el que el delito se configura con la promo-

111 Rodríguez Ramos, *Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia*, ob. cit., pp. 1134 y 1135.

ción, favorecimiento o facilitación de las drogas mediante actos de fabricación o tráfico, es decir, no necesita la puesta en peligro efectiva al bien jurídico protegido.

4.9. Ahora bien, esta clase de delitos se consuman con la sola creación de un mero peligro para el bien jurídico tutelado, es decir, podemos señalarlo como una simple probabilidad de lesión. El peligro resulta ser solo la motivación que incitó al legislador a la tipificación, pero no es un elemento del tipo penal, toda vez que su acaecimiento y punibilidad no dependen ni siquiera de la realización de un peligro concreto.

4.10. Son generalmente delitos de pura actividad, donde ni siquiera el legislador incluye la expresión "peligro" en el supuesto de hecho típico. Por ello, es de vital importancia la diferenciación de estas dos clases de delitos a fin de poder conocer el momento de la consumación, debiéndose tener presente que en delitos de peligro abstracto no se admite la tentativa[112].

Según Sequeros Sazatornil, un supuesto de tentativa en la modalidad de fabricación se da cuando por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se logra transformar los productos precursores en droga; así, precisa lo siguiente:

> Dicho proceso plantea como primera hipótesis la posibilidad de que se vea interrumpido no llegando a transformarse los productos utilizados en droga, por causas independientes de la voluntad del autor. En estos casos y en la medida en que el resultado no se lograse, careciendo lo elaborado de las características necesarias para ser considerado como droga, podrían perfectamente configurarse formas imperfectas de ejecución. Lo que no acaecería si el producto obtenido consiguiese con el escalón interrumpido de su elaboración por su composición o concentración de principios activos la cantidad necesaria para ser calificado como droga.

Sin embargo, discrepamos de esta posición, ya que el término "fabricación", utilizado en los tratados internacionales sobre la materia, hacen referencia a un proceso de obtención de la droga y no al producto

112 Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 1262-2015,* Apurímac: 6 de febrero del 2017.

final, con lo cual, el inicio de cualquiera de esos procesos ya supone un acto de "fabricación" constitutivo del delito descrito en el párr. 1 del art. 296 del CP. Así, en el art. 1 de la Convencion Única de 1961 sobre Estupefacientes, se entiende por fabricación "todos los procedimientos distintos de la producción, que permitan obtener estupefacientes, incluidas la refinación y la transformación de unos estupefacientes en otros", lo mismo sucede con el Convenio de Viena de 1971, que conceptúa "fabricación" como "todos los procesos que permitan obtener sustancias psicotrópicas, incluidas la refinación y la transformación de sustancias psicotrópicas en otras sustancias psicotrópicas", proceso en el que se comprende, siguiendo a Sánchez Gil, la obtención de la droga, la producción de la droga, la preparación de la droga, la depuración de la droga, los procesos de transformación y la manipulación de esta[113].

La dificultad en la configuración de la tentativa en este delito viene dada por la amplitud en la descripción de la acción típica, cuya consumación no requiere la materialización de los objetivos perseguidos por el autor, los cuales pertenecen a la fase de agotamiento del delito. En el caso de nuestra legislación la consumación del delito se produce a través de los actos de "fabricación" o "tráfico", que se encuentren dirigidos a la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas; pero si se piensa en su supuesto de tentativa para esta figura, como podrían ser los actos de cultivo o siembra de plantas fiscalizada, el legislador ya consideró estos actos como un delito autónomo, en consecuencia, en esta clase de delitos, cuando se piensa en un supuesto anterior que pueda constituir tentativa, el legislador al haber adelantado en extremo las barreras de punición, al tratar de abarcar todo el circuito económico del tráfico ilícito de drogas, nos encontramos que ya se configura como delito autónomo. De esta manera, siempre que se verifique actos tentados de fabricación o tráfico, estos actos estarán cubiertos por tipos penales que elevan actos preparatorios a la condición de delitos autónomos.

113 Sánchez Gil, *La casuística en el delito de tráfico ilícito de drogas,* ob. cit., p. 12.

1.3.2. Desdibujamiento de los contornos de la autoría y participación

En el marco de la teoría del dominio del hecho, que supone una teoría diferenciadora de la autoría y participación criminal, Salinas Siccha explica que lo siguiente:

> [E]s autor aquel que realiza por propia mano o por medio de otro todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo penal, es decir, aquel que tiene el dominio del hecho. En tanto que se consideran coautores a aquellos que cometen conjuntamente el delito. La coautoría exige tres requisitos: "Decisión común orientada al logro exitoso del resultado, aporte esencial realizado por cada agente, y el tomar parte en la fase de ejecución desplegando un dominio parcial del acontecer"[114].

Por eso se suele decir que el autor o coautores del delito son dueños del hecho, mientras que los partícipes contribuyen a un hecho ajeno, por lo que la participación criminal se ubica en un nivel accesorio y dependiente en relación con el autor, así lo precisa el referido autor nacional:

> La participación se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores. La participación, según el aporte del partícipe, se divide en primaria y secundaria. La primera se configura cuando el partícipe dolosamente presta auxilio para la realización del hecho punible por parte del autor, sin el cual no se hubiese realizado. Mientras que la participación secundaria se configura cuando el partícipe de cualquier otro modo, sin ser sustancial, hubiese dolosamente prestado asistencia al autor del delito[115].

Por último, también se considera la participación delictiva de quien determina a otra para la comisión de un hecho punible, "la participación también está prevista en el art. 24 del CP que prevé la instigación, y que

---

114 Salinas Siccha, Ramiro, "Delitos contra la Administración Pública: la teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana". Recuperado de <https://bit.ly/1HG7e0r>.

115 Salinas Siccha, "Delitos contra la Administración Pública", art. cit., p. 1.

se configura cuando el agente dolosamente determina a otro a realizar un delito"[116].

En esa línea, PÉREZ ALONSO, comentando la regulación sobre autoría y participación de nuestra norma punitiva, refiere que:

> [E]l art. 23 constituye el eje del modelo de autoría establecido en el CP peruano, teniendo, además, un significado teórico y una función sistémica de importancia. Este precepto, en contraposición con los dos siguientes, distingue clara y expresamente la autoría en sentido estricto, y sus formas, al declarar como autor propiamente dicho al "que realiza por sí solo o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente". Cualquiera de estos sujetos es el responsable directo, principal e independiente de la infracción penal. Por el contrario, los arts. 24 y 25 CP, en relación opositiva al precepto anterior, castigan con la misma pena del autor, pero sin serlo, al "que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado" (cómplice primario), mientras que castiga con una pena inferior "a los que, de cualquier otro modo, hubiera dolosamente prestado asistencia" (cómplice secundario). Los inductores y los cooperadores primarios son partícipes en un hecho ajeno, sometidos al principio de accesoriedad, aunque castigados con igual pena que el autor. Estos sujetos son los responsables indirectos, accesorios y dependientes de la infracción realizada por el verdadero autor[117].

Sin embargo, en el delito de tráfico ilícito de drogas que comentamos, no aplica esta distinción entre autoría y participación, pues este tipo penal tiene la particularidad de utilizar los términos "promover, favorecer y facilitar" el consumo ilegal de drogas tóxicas, donde cualquier contribución fáctica al hecho supone ya un supuesto de autoría; así como se ha dicho; en esa medida, cualquier contribución fáctica, aun

116 *Ibid.*, p. 2.

117 PÉREZ ALONSO, Esteban J., "La regulación de la autoría en el Código Penal peruano. Especial consideración de la coautoría. Comentario al artículo 23 Código Penal peruano", en *Teoría del delito. Problemas fundamentales*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 343.

sin poseer un dominio del hecho que se realice a los actos de "fabricación" o "tráfico" de drogas, ya se encuentra elevado por el legislador a la categoría de autoría, por lo que resulta difícil distinguir contribuciones fácticas que no supongan autoría.

Araújo[118] plantea, en relación con tipo penal español, que también utiliza los términos "promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas", que aparece una incriminación autónoma de las conductas típicas de favorecer y de facilitar, lo que supone que formas de participación accesoria, por constituir acciones nucleares del tipo del injusto, se convierten en autoría y se pune, por ello tanto al que promueve el tráfico como al que lo favorece o facilita. Sequeros Sazatornil, haciendo referencia al tipo penal español, indica lo siguiente:

> Dada la estructura del delito contra la salud pública en el art. 368 del CP, en cuanto constituye un delito de mera actividad, abstracto, de peligro común y de riesgo general, es difícil en principio, la admisión de formas participativas distintas a la autoría, ya que la realización de algunos de los comportamientos previstos en el precepto convierte en autor al que los realiza. La existencia de un acuerdo previo de voluntades en la acción, sea cualquiera que fuere su entidad o importancia, transforma —según reiterada doctrina del Tribunal Supremo— en autores, a todos los que se concertaron para la operación [...] porque "toda persona que colabora en el tráfico y difusión de las drogas, con conocimiento de dicha ilícita actividad, se incardina como coautor del delito"[119].

En el mismo sentido, Álvarez y otros critican la amplitud del tipo penal español, pues debido a que.

---

118 Araújo Rebouças, Sérgio Bruno, "Autoría y participación en los delitos de tráfico de drogas: derecho penal español y comparado", en *Revista Facultade Diritto,* Fortaleza: 2013, p. 549.

119 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 126.

> [C]ontiene una cláusula excesivamente genérica y difusa, carente de la precisión que requiere la idea de seguridad jurídica y el principio de legalidad, y dentro de este, el mandato de determinación o taxatividad; además, [...] porque dificulta enormemente la posibilidad de admitir un grado de ejecución distinto a la consumación y una forma de contribución al hecho distinta de la autoría, equiparando valorativamente comportamientos que no pueden considerarse equivalentes. Ello unido al creciente rigor punitivo con el que están siendo tratados dichos comportamientos por parte del Legislador, ha forzado una reacción a nivel doctrinal y, en menor medida jurisprudencial, en la línea de una interpretación restrictiva, dando cabida a las formas imperfectas de ejecución a la participación[120].

Por su parte, Sequeros Sazatornil observa que conforme a los términos *promover, favorecer y facilitar*, utilizados en el tipo penal,

> [S]e acaba equiparando dentro de las formas de participación la cooperación necesaria con la simple complicidad, cuando realmente hubiera sido más acertado haber posibilitado las diversas modalidades participativas, señalando una pena proporcional más adecuada a cada uno de los diferentes intervinientes[121].

Así, para Muñoz Conde, el art. 368 del CP español incorpora un concepto unitario de autor, conforme al cual se califica de tal a todo el que contribuye causalmente de algún modo a la realización del delito.[122] Según Gallegos, ello dificulta la diferenciación entre autor, partícipe y cómplice, considerando el alcance de las conductas incriminadas, como, por ejemplo, la conducta de "facilitar", que supone una forma de participación accesoria, es convertida en acción nuclear del tipo de injusto, quien facilita el consumo ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no es pues cómplice, sino autor del tipo básico de tráfico de drogas[123].

120 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 29.

121 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, ob. cit., p. 97.

122 Cfr. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 667.

123 Cfr. Gallegos Soler, José Ignacio, "Delitos de tráfico de drogas", en *Derecho penal.*

De esta forma, el siguiente caso expresado en la jurisprudencia española ilustra este punto:

> Los hechos del relato expresan el acuerdo para la introducción de la droga en España, en el que participaron ambos recurrentes, y los actos inequívocos de ejecución realizados para llevar a buen fin el plan concertado, como fueron la contratación de tres apartados de correos en los que fueron recibiendo los periódicos colombianos que llevaban en su interior adheridos la droga, la cual era parte consumida por Jairo, y en parte destinada a la venta, como se desprende de las cantidades intervenidas en la oficina de Correos y en la vivienda que compartían: balanza de precisión y bolsas con sustancias utilizadas para la adulteración. Estos hechos, reveladores de una actuación directa de los recurrentes en la introducción y comercialización de la droga, alejan y descartan la hipótesis de la complicidad, a la que pretende acogerse el segundo motivo del recurso, hipótesis muy difícil de apreciar en un delito, como el tráfico de drogas en el que la simple facilitación o favorecimiento constituye una forma típica de autoría. Consta en el relato que el recurrente Jairo Z. súbdito colombiano, fue quien sugirió el procedimiento de introducción, compartió en España el domicilio de los coacusados en el que fue intervenida la droga, y todas las circunstancias del hecho: el estudiado planteamiento de los envíos, las cantidades aprehendidas y el utillaje encontrado en el registro[124].

Así también, Sequeros Sazatornil ofrece un ejemplo de la jurisprudencia española, donde se condena como autor a un sujeto que esperaba en el aeropuerto a una persona procedente de Colombia, equiparando la participación necesaria con la autoría, como se manifiesta en el siguiente apartado:

> La STS de 13 de marzo de 1995 considera como consumado el delito en el que un individuo es detenido cuando se hallaba esperando la llegada de una persona que, procedente de Colombia, portaba 7 Kg de

---

Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, pp. 624-639.

124 STS español, 8128/1991, de 14 de noviembre, en Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 264.

> cocaína, sin que llegara entre ambos a producirse el contacto. Y ello como razona la Sentencia aludida, con base a que el previo concierto de voluntades y la cooperación necesaria facilitando vías de transporte y distribución, igualan a ambos partícipes en la autoría[125].

Se afirma entonces la caracterización del delito de tráfico de drogas como de mera actividad y de peligro abstracto, donde es difícil admitir formas de participación criminal distintas a la autoría, como se hace referencia en la STS N.° 7131/1993, de 20 de junio:

> [E]n cuanto constituye delito e mera actividad, abstracto, de peligro común o riesgo en general, es difícil la admisión de formas de participación distintas de la autoría, ya que la realización de algunos de los comportamientos previstos en el precepto convierte en autor a quien lo realiza, entre los que se encuentra el favorecimiento para el tráfico que sin duda realizaron los procesados, pero no puede dudarse que merezcan la conceptuación de autores [...][126].

Álvarez y otros constatan a la luz de la jurisprudencia española que:

> [L] a formulación tan amplia de la conducta típica dificultará la posibilidad de admitir una forma de contribución al hecho distinta a la autoría. Debido a ello, la jurisprudencia considera que en este delito se acoge un concepto unitario de autor, de manera que, como regla general, ha de calificarse como tal a todo el que contribuya a la realización del delito. Sin embargo, en algunos supuestos se acepta la complicidad o cooperación no necesaria, cuando se trata de una aportación de escasa relevancia, meramente secundaria[127].

Así, el Tribunal Supremo español en su sentencia N.° 1069/2006, de 2 de noviembre ha expresado lo siguiente:

---

125 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, ob. cit., p. 125.

126 STS español 7131/1993, de 20 de junio, en Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 264.

127 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 46.

> [C]omo regla general, en el tipo delictivo del art. 368 CP, y por expresa voluntad del Legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con ésta las formas imperfectas de participación por la propia Ley. Pero la misma doctrina no excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa o exigua eficacia para el tráfico ilegal efectuada por el autor genuino[128].

En el mismo sentido, Jushi Jubert plantea lo siguiente:

> La distinción entre las formas de autoría y de participación, y entre formas de intervención en el hecho y actos de encubrimiento, plantea en este delito de tráfico de drogas problemas específicos derivados de la propia redacción del tipo. Concretamente, por la amplitud en que aparecen configuradas las conductas típicas. En efecto, si autor es —según una terapia restrictiva de autor— el que realiza alguna de las conductas descritas en algún tipo de la Parte Especial del CP, ya sea directamente (autoría directa), por medio de un instrumento (autoría mediata) o conjuntamente con otros (coautoría) de la simple lectura del precepto parece necesario concluir que cualquier persona que ejecute dolosamente un acto de favorecimiento, promoción o facilitación del tráfico de drogas podrá ser considerado autor, puesto que ejecuta un acto expresamente previsto en la Parte Especial[129].

Esta autora coincide en señalar que la jurisprudencia española ha optado por una posición en la que cualquier aporte causal puede ser considerado de autoría, y de forma excepcional, atendiendo a lo insignificante del aporte, puede ser calificado en el ámbito de la complicidad. Así lo expresa en la siguiente cita:

> La regla general sería calificar cualquier intervención realizada en el marco de este precepto como de autoría, englobando en esta categoría no solo al autor en sentido estricto (esto es, el autor directo, el coautor

128 STS español 1069/2006, de 2 de noviembre, en Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 47.

129 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 251.

> y el autor mediato), sino también al inductor u al cooperador necesario. No obstante, algunas veces, por la poca relevancia de la intervención —que seguramente en otros delitos quedaría impune— podría aceptarse la figura de complicidad (concepto unitario limitado)[130].

Rodríguez Núñez comentando el tipo penal español, plantea lo siguiente:

> La redacción del art. 368 del CP es tan amplia que cualquier contribución causal a los fines de cultivo, elaboración, tráfico o la promoción, favorecimiento o tenencia para estos fines se puede calificar de autoría, que se puede producir en todas sus formas incluida la coautoría y la autoría mediata. Precisa, además, que la división del trabajo no requiere que todas las partes que participan en una planificada ejecución conjunta realicen personal y materialmente todos los actos del hecho. Es coautor toda persona que, con conocimiento, colabora en el tráfico y difusión de la droga. Estamos ante un concepto extensivo de autor, que excluye prácticamente las formas accesorias de participación, donde son autores todos los que ostentan el dominio del hecho dentro de la acción conjunta planeada «de modo que el previo acuerdo convierte a todos los intervinientes en autores», incluidos el acuerdo previo para la venta y distribución de drogas, la labor de intervención de los actos de transporte, el proporcionar los productos para la adulteración de la droga, facilitar el movimiento dinerario a través de cuentas propias[131].

Mientras que en la jurisprudencia española se dice que.

> La protección penal del tipo del delito contra la salud pública se basa en un concepto amplio de autor en el que basta el mero acuerdo de los partícipes para llevar a cabo la acción delictiva, para rebasar ampliamente la figura del conspirador[132].

130 *Ibid.*, p. 253.

131 Rodríguez Nuñez, "Delitos contra la salud pública", art. cit., p. 636.

132 *Loc. cit.*

En los envíos de droga por correo u otro medio de transporte, es autor quien haya participado en la solicitud u operación de importación o bien figure como destinatario de la misma[133].

Así, en la STS español N.° 1216/2008, de 27 de febrero, se precisa que

> La complicidad requiere el concierto previo o por adhesión (*pactum scaeleris*), la conciencia de la ilicitud del acto proyectado (conciencia *scaeleris*), el denominado *animus adiuvando* o voluntad de participar contribuyendo a la consecución del acto conocidamente ilícito y finalmente la aportación de un esfuerzo propio, de carácter secundario o auxiliar, para la realización del empeño común. Se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso. Tiene declarado este Tribunal que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que aquellos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, como acabamos de exponer, de una participación accidental y de carácter secundario. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnen los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; de otro, subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquel. Ahora bien, en el delito del art. 368 del CP al penalizar dentro del mismo marco penal todos los comportamientos que suponen aportación causal a la

133 *Loc. cit.*

> actividad de los autores en sentido estricto, ha definido un concepto extensivo de autor[134].

Así, para Sequeros Sazatornil, *los actos de transporte* son considerados igualmente por la jurisprudencia como autoría, de manera reiterada. La sentencia del Tribunal Supremo español de 10 de febrero de 1994, considera autor al transportista de la droga, dado que su actuación es una actividad encaminada a favorecer o facilitar el consumo de drogas. En el mismo sentido, la Sentencia del 31 de octubre del mismo año, y la del 7 de febrero, entiende como tal al procesado que tenía la función de transportar un envoltorio con cocaína, aportando para ello un coche que pertenecía a un amigo, en el que se halló la droga.

> Es indudable —señala la sentencia aludida—, que este es un aporte esencial dentro del plan de los autores y que además implica también la tenencia, aunque transitoria, de la droga. Todos estos elementos son, por tanto, suficientes para configurar la coautoría, dado que el procesado tomó parte del grupo que tuvo la droga en su posesión para transportarla[135].

Mientras que la STS español N.° 1069/2006 de 2 de noviembre:

> [H]a establecido el criterio según el cual, y como regla general, en el tipo delictivo del art. 368 CP y por expresa voluntad del legislador, toda forma de participación que implique una colaboración en actividades de tráfico de drogas, es una forma de autoría al haber sido equiparada con esta las formas imperfectas de participación por la propia Ley. Pero la misma doctrina no excluye la existencia de excepciones en supuestos concretos de mínima colaboración mediante actos fácilmente reemplazables, accesorios y de escasa o exigua eficacia para el tráfico ilegal efectuado por el autor genuino[136].

134 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 47.

135 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, ob. cit., p. 128.

136 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 47.

De la misma manera, conforme lo señala Sequeros Sazatornil, *los actos de financiación* no comportan problema alguno para su inclusión en el ámbito de la autoría, en la medida en que la aportación económica presupone normalmente la condición *sine qua nom* para la realización de cualquier acto de tráfico, alzaprimándose en la mayoría de las ocasiones como factor determinante de la operación. Ello lo demuestra la sentencia del Tribunal Supremo español del 14 de octubre de 1995, donde se hace referencia a la antigua tipificación del delito de tráfico ilícito de drogas, cuando se preciso que

> Es indudable que la entrega de dinero para que otros realicen operaciones de tráfico constituye un acto de participación en el delito del art. 344 (CPA). En efecto, —añade la citada resolución—, la financiación de la compra es esencial para llevar a cabo el delito y en este sentido constituye un aporte que no solo favorece al tráfico, sino que configura una causa del mismo, pues si suprimiera mentalmente tal condición, en el delito, no se hubiera podido cometer en la forma y en el tiempo en que tuvo lugar[137].

La diferenciación en la participación criminal es negada por el Acuerdo Plenario N.° 03-2008/CJ-116 de los jueces de la Corte Suprema, quienes expresaron lo siguiente:

> Desde los términos tan amplios establecidos en el tipo legal básico, todos los concertados para la actividad de tráfico de drogas —en este caso, de transporte— son autores. Basta el previo acuerdo entre los sujetos con independencia de cuál es el rol concreto a ejecutar por cada uno de ellos, siempre que su concreta conducta contribuya a promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Así, en la descripción del fenómeno de la intervención del "correo de drogas", como un coautor que, al no participar en todo el plan criminal de los intervinientes, y encontrarse subordinado económicamente

137 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, ob. cit., p. 129.

a los mismos, no puede ser considerado dentro de los alcances del tipo agravado de comisión del delito en pluralidad de tres o más personas, regulado en el art. 297.6 del CP. La Corte Suprema plantea en esta descripción los elementos de la coautoría, el "correo de la droga" es coautor del tráfico porque participa en el acuerdo previo, cumple un rol específico —actos de transporte— aunque subordinado a una retribución económica, y contribuye con su aporte al hecho criminal en la fase ejecutiva del delito.

Como informa Ambos, en el derecho comparado se discute el grado de participación del "correo de la droga", en especial su relación con la organización criminal para la cual realizó los actos de transporte de droga. En ese sentido, el citado autor plantea lo siguiente:

> El transporte de drogas por una o más personas suscita, por ejemplo, numerosas preguntas sobre autoría y participación, puesto que la conducta de un único correo puede ser castigada como autoría o, en caso de estar vinculado a un organización criminal, como cooperador de los actos de la misma[138].

De la misma manera, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N.° 2917-2015-San Martín, estimó que los aportes factuales al hecho criminal de los acusados, uno de ellos encargado de la limpieza del laboratorio clandestino de droga y el otro al prestar su vivienda como almacén de los insumos químicos, contribuyeron al plan criminal más grande de fabricación de drogas a través de un laboratorio clandestino de clorhidrato de cocaína; es por ello que debían ser considerados como coautores debido a los términos amplios de la descripción típica. Así, el considerando décimo sostuvo que

> Cabe acotar que la redacción del art. doscientos noventa y seis, del CP, presenta amplitud en cuanto a los términos con que aparece redactado, lo que determina que cualquiera de los comportamientos descritos en la norma, constituyan per se autoría. La acción de favorecer (descrita

138 Ambos, *Control de drogas. Política y legislación en América Latina*, ob. cit., p. 13.

> como conducta típica en la norma en comento) significa ayudar, apoyar o socorrer para una determinada finalidad y constituye una forma de favorecimiento al tráfico ilícito de drogas. El tráfico comporta cualquier forma de extensión y expansión de la droga, con independencia de la idea puramente comercial o mercantil, esto es sin precisar ánimo de lucro [...].

La jurisprudencia española nos da ejemplos de supuestos de complicidad en el tipo penal de tráfico de drogas, que permite una más proporcionada individualización de las responsabilidades penales derivadas del delito de tráfico de drogas, para lo cual utiliza el *criterio de distinción* del verdadero traficante del que solamente le presta auxilio, es lo que se ha venido a denominar "actos de favorecimiento al favorecedor del tráfico", el cual estipula que si bien no se ayuda directamente al tráfico; sí lo hace la persona que lo favorece, que es quien tiene el dominio del hecho mediante efectiva disponibilidad de la droga, sin que los actos realizados por el auxiliador tengan la eficacia y transcendencia que exige el concepto de autoría[139].

Así, el Tribunal Supremo español en su sentencia N.° 312/2007, del 20 de abril, enumera como ejemplo diversos casos calificados como complicidad: a) el mero acompañamiento de los compradores con indicación del lugar donde pueden hallar a los vendedores, b) la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga que otro poseía, c) la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas, d) la labor de recepción y desciframiento de los mensajes en clase sobre el curso de la operación, e) facilitar el teléfono del suministrador y el precio de la droga, f) realizar llamadas telefónicas para conversar y acordar con tercero el transporte de la droga, g) acompañar y trasladar en su vehículo a un hermano en sus contactos para adquisición y tráfico, h) colaboración de un tercero en los pasos previos para la recepción de la droga enviada desde el extranjero, sin ser destinatario ni tener disponibilidad efectiva de la misma[140].

---

139 Cfr. Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 47.

140 Cfr. STS español 312/2007, de 20 de abril, en Álvarez García, *El delito de tráfico*

En el caso del tipo penal peruano, debido a lo extensivo del tipo penal, se evidencia una dificultad para considerar supuestos de participación criminal, donde toda contribución al hecho mediante actos de facilitación o favorecimiento son considerados actos de coautoría. Esto sucede porque si apreciamos dentro de la teoría del dominio del hecho las diferentes definiciones de partícipe en el delito proporcionadas por la doctrina y la jurisprudencia, en especial de la complicidad, se dice que el cómplice: "favorece" o "facilita" el hecho del autor, los mismos términos que se utiliza en el tipo penal contenido en el art. 296 del CP para describir la conducta punible, con lo cual, un supuesto de complicidad en el tráfico de drogas tendría que venir dado por una situación de "favorecimiento al favorecedor", donde se aprecie, siguiendo los criterios reseñados de la jurisprudencia española, un aporte mínimo y muy tangencial a los actos de "fabricación" o "tráfico".

1.4. Conclusiones del apartado

Una vez realizado el estudio dogmático del párr. 1 del art. 296 del CP, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

Con el propósito político-criminal de reprimir todo el ciclo de la droga, desde la posesión de semillas hasta la comercialización de la droga al consumidor final, pasando por los actos de tráfico para la exportación al extranjero de dichas sustancias, en este tipo penal se reprimen los actos iniciales de "fabricación" de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, esto es, el proceso de elaboración, transformación o de manufactura de materias primas o insumos químicos en droga. Conducta considerada delictiva en las convenciones internacionales sobre la represión del tráfico ilícito de drogas. En el Perú, país considerado como productor de drogas cocaínicas, donde la mayor cantidad de droga producida es destinada al mercado internacional y una producción menor al mercado local, los actos más usuales de "fabricación de drogas" se ubican en los valles cocaleros, en especial en la denominada zona

de drogas, ob. cit., pp. 47 y 48.

del *Valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro (Vraem),* y estos consisten en la extracción del alcoloide de cocaína de las hojas de coca a través de pozas de maceración, así como también laboratorios clandestinos de elaboración de pasta básica de cocaína y refinamiento de clorhidrato de cocaína. Esta fase o ciclo de la droga culmina con la obtención del producto final, esto es, las sustancias ilícitas que se encuentran listas para su ubicación en los mercados de consumidores nacional e internacional.

Este tipo penal reprime la siguiente fase del ciclo de la droga, esto es, los actos de tráfico, término que comprende un número importante de comportamientos que rebasan su connotación mercantil, como actos de depositar, retener, ofrecer, expender, vender, distribuir, despachar, transportar, importar, exportar o expedir en tránsito para la ubicación de la droga en el mercado de consumidores locales e internacionales. En ese sentido, la droga es transportada desde los lugares de producción hacia los puntos de "exportación", en especial los puertos del país, por lo que las modalidades típicas de "tráfico" en nuestro país se aprovechan del comercio exterior. Además de las rutas para la salida de la droga que se camuflan con el comercio exterior, así también se utilizan rutas clandestinas, existiendo distintos puntos de salida para la droga que abastecen los mercados internacionales. En esta fase del ciclo de la droga se requiere del transporte de la droga para el mercado nacional o internacional, aquí la posesión de la droga tiene ese destino o finalidad, pero aún se encuentra alejada de la distribución o comercialización de la droga para el consumidor final. Los actos de transporte han sido considerados un acto típico incardinable en las previsiones del tipo penal de tráfico de drogas, así, el transporte de drogas es un acto de tráfico en sentido estricto que promueve, facilita o favorece el consumo ilegal de drogas tóxicas. Actividad que se enmarca en el concepto amplio de tráfico que se regula en el párr. 1 del art. 296 del CP. Además, en este estadio del ciclo se requiere del acopio de la droga, que supone el depósito o guarda de la sustancia ilícita para su posterior traslado. Estos actos también se incardinan en el concepto amplio de tráfico del tipo penal bajo comentario.

En la estructuración del delito de promoción y favorecimiento al consumo de drogas, tanto en los actos de fabricación o tráfico, el sujeto activo debe tener la intención de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de droga. *Promueve* el que realiza cualquier contribución fáctica para crear las bases o condiciones necesarias para el inicio de la acción u operación o que posibilita una mejor puesta en marcha y desarrollo de la misma sin llevar a cabo directa o mediatamente el desarrollo de la misma, en este caso el consumo ilegal de drogas; *facilita* quien apoya positivamente —a través de contribuciones fácticas— la expansión del negocio de la droga; y, *favorece* quien de alguna manera hace más fácil el consumo ilegal de drogas ya iniciado, comportamientos siempre vinculadas con actos de fabricación o tráfico. En resumen, "promover, favorecer o facilitar" comprenden todos aquellos actos que contribuyan de alguna manera al consumo ilegal de dichas sustancias, siempre conectadas a los actos de fabricación o tráfico. Siendo así, en el aspecto subjetivo se requiere que el sujeto activo tenga conocimiento de la calidad de drogas ilegales de la sustancia fabricada o traficada, y la voluntad de promover, favorecer o facilitar el consumo de drogas tóxicas, en cuanto finalidad ulterior o intención, lo cual resulta ser un elemento subjetivo diferente al dolo, que debe estar presente al momento de la comisión del delito, pero no lo configura.

La promoción, favorecimiento o facilitación al consumo ilegal de drogas por sí solas no constituyen comportamientos configurativos del delito regulado en el párr. 1 del art. 296, pues estos siempre, deben ser realizados mediante actos de fabricación o tráfico de esas drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Esto supone que todas las conductas que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas (en otras palabras, que contribuyan efectivamente o que estén orientadas a la difusión y expansión de dicho consumo) se produzcan mediante actos de fabricación o tráfico. Y en su faz subjetiva, se exige que el sujeto activo conozca la conducta que lleva a cabo y que sus actos promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Se advierte, entonces, en el tipo penal bajo la finalidad de promover, favorecer o facilitar el consumo

ilegal de drogas resulta ser un elemento subjetivo diferente al dolo, y que debe estar presente al momento de la comisión del delito, pero no lo configura, pues es una finalidad que el sujeto activo busca concretar en un momento posterior a la comisión del delito, ya en su etapa de agotamiento.

Un rasgo característico del tipo penal peruano es que se constituyó como un tipo común, alternativo y de consumación anticipada, esto último quiere decir, que el legislador ha optado por adelantar las barreras de punición; además, por la configuración del párr. 1 del art. 296 del CP, donde se amplían las conductas típicas, se desdibujan las divisiones entre autoría y participación, así aportes fácticos que en otros supuestos podría ser considerado un acto de complicidad es elevado a la categoría de autoría, en esa medida, cualquier aporte causal mínimo al hecho criminal hace que el sujeto responsa como autor del delito consumado. Este criterio interpretativo, sobre la caracterización del tipo penal ha sido recogido por la jurisprudencia nacional, que ha señalado que *nos encontramos ante un delito de peligro abstracto*, donde resulta difícil la tentativa. Así se expresó la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad recaído en el Expediente N.° 1766-2004, en su considerando segundo: "[U]n delito de peligro abstracto, de riesgo o de pura actividad como es el tráfico ilícito de drogas, cuya punibilidad por demás tiene origen en la situación de peligro eventual que nace de las conductas típicas".

El delito de tráfico ilegal de drogas, tipificado en el párr. 1 del 296, presenta en relación con sus grados de ejecución una serie de peculiaridades, entre las que se destaca como más sobresaliente la severa restricción en la apreciación de las formas imperfectas de ejecución (tentativa). La dificultad en la configuración de la tentativa en este delito viene dada por la amplitud en la descripción de la acción típica cuya consumación no requiere la materialización de los objetivos perseguidos por el autor, las cuales pertenecen a la fase de agotamiento del delito. En el caso peruano solo es posible la consumación del delito a través de la realización de actos de "fabricación" y "tráfico", que tengan por objeto promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas, sin embargo, los actos

de cultivo y posición para el tráfico ilícito, se encuentran comprendidos en otros tipos penales de manera autónoma, que el caso de los actos de cultivo o siembra también suponen adelantamiento de barreras de punición, mientras que los actos de posesión para el tráfico suponen un mayor contacto de lesión al bien jurídico, con lo cual, el legislador ha tipificado conductas que van a cubrir todo el circuito económico del tráfico de drogas. Por ello, siempre que se verifique actos tentados de fabricación o tráfico, estos actos estarán cubiertos por tipos penales que elevan actos preparatorios a la condición de delitos autónomos.

Debido a lo extensivo del tipo penal, se evidencia una dificultad para considerar supuestos de participación criminal, donde toda contribución al hecho mediante actos de facilitación o favorecimiento son considerados actos de coautoría. Esto sucede debido a que si apreciamos dentro de la teoría del dominio del hecho las diferentes definiciones de partícipe en el delito proporcionadas por la doctrina y la jurisprudencia, en especial de la complicidad, encontramos que el cómplice: "favorece" o "facilita" el hecho del autor, los mismos términos que se utiliza en el tipo penal contenido en el art. 296 del CP para describir la conducta punible, con lo cual un supuesto de complicidad en el tráfico de drogas tendría que venir dado por una situación de "favorecimiento al favorecedor", donde se aprecie un aporte mínimo y muy tangencial a los actos de "fabricación" o "tráfico".

Examen dogmático del segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal: la posesión de droga para su tráfico ilícito

Uno de los problemas dogmáticos más arduos y complejos en el derecho penal lo constituye, sin duda, la determinación de la naturaleza jurídica y justificación político-criminal de los denominados "delitos de posesión". Bajo esta técnica legislativa se criminaliza la posesión objetos ante el potencial peligro que estos suponen, o ante la eventualidad de que sean utilizados para cometer un delito. Sin embargo, si se entiende a la "posesión" como "tener una cosa", se está haciendo referencia a un hecho y no a un comportamiento, lo que no resulta compatible con un

derecho penal que solo reprime "actos". Es por eso que en la doctrina más avanzada en la materia se equipará el poseer con el comportamiento de control sobre una cosa, así, *poseer un objeto consiste en ejercer cierto control sobre él, y ese ejercicio de control es compatible con lo que se entiende como una conducta*. En ese sentido, se debe valorar que si poseer es ejercer un cierto control, el agente poseerá mientras conserve dicho control sobre la cosa que posee. Por lo que si un tipo penal sanciona "al que posea" tal o cual cosa, dicho comportamiento se extenderá por un cierto lapso: desde que comienza hasta que termina la posesión.

Con lo cual se descarta que existan delitos de mera posesión de objetos, pues se debe verificar que el sujeto tenga control sobre los mismos, y que este se estienda por cierto lapso de tiempo; así razonó la Corte Suprema, Recurso de Nulidad N.° 1232-2010-Loreto de fecha 27 de abril del 2011, respecto al delito de tenencia ilegal de armas de fuego, al indicar que "la relación material entre la posesión del arma no debe suceder de manera esporádica y circunstancial pues la tenencia fugaz y momentánea se halla excluida del tipo penal submateria".

De otro lado, no existe una sola clase de "delitos de posesión", pues están los delitos que reprimen la posesión de objetos peligrosos, por ejemplo, los que pueden explotar o inflamarse, los agentes patógenos, otros objetos que presentan el peligro de que su uso pueda causar daños a través del poseedor o un tercero, o que realmente lo provoquen (esto vale, sobre todo, para la posesión de armas de fuego), estos delitos son los que se conocen como "delitos puros de posesión". Además, existen supuestos donde junto al dato objetivo de posesión de una cosa prohibida debe aparecer acompañado de destinar la cosa a un fin delictivo dado por el propio legislador, así, algunos delitos de posesión contemplan como elemento del tipo la intención de utilización de los objetos poseídos, es decir, exigen una tendencia interna trascendente. Estos son los denominados delitos de "posesión con intención de utilización".

Al respecto, el párr. 2 del art. 296 del CP prescribe:

> El que posea drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito será reprimido con pena privativa de libertad no

> menor de seis ni mayor de doce y con ciento veinte a ciento ochenta días-multa, e inhabilitación conforme al art. 36, incisos 1) y 2)[141].

Contemplando una modalidad de "delito de posesión", la configuración típica debe responder a las exigencias dogmáticas antes descritas, en cuanto a la caracterización de la posesión sobre la cosa prohibida (droga) y la intencionalidad ulterior o el destino que se piensa dar a la misma (para su tráfico). En esa medida, el objetivo de la presente investigación es evaluar esa correspondencia a través de un examen de los elementos típicos configurados del delito. De ahí que esta sección de la investigación se divide en cinco apartados, el primero se encuentra destinado a analizar los delitos de posesión y caracterización dogmática que los legitima, el segundo apartado examina la tipicidad objetiva del delito de posesión de drogas, analizando el elemento del tipo "posesión" y sus alcances; el tercer apartado se encuentra destinado al examen de la tipicidad subjetiva y la evaluación del elemento de tendencia interna trascendente "para su tráfico", el cuarto apartado analiza la acreditación de este elemento subjetivo diferente el dolo a través de la utilización de la prueba indiciaria; y, finalmente, el quinto apartado analiza la fase de la droga en la que se despliega "la posesión para su tráfico", concluyendo que esta modalidad delictiva se ubica en una fase final del ciclo de la droga, donde la sustancia ilícita comercializada es puesta a disposición del consumidor potencial.

Bajo esta perspectiva, en un análisis dogmático del delito de posesión de drogas, tipificado en el párr. 2 del art. 296 del CP, se advierte que no es un delito de mera posesión, pues en este tipo penal se reprime el control que ejerce el sujeto sobre la droga poseída, que implica la relación de dominio o control sobre la cosa. Pero, además, la posesión de drogas, por mandato del legislador, solo será punible si concurre en ella la intención de traficar y, en consecuencia, para su sanción deberá probarse la concurrencia de dicho elemento subjetivo del tipo.

---

141 Norma modificada por el art. 1 del D. Leg. N.° 1367, publicado en el diario *El Peruano* el 29 de julio del 2018, donde se agrega la pena de inhabilitación conforme al art. 36, incs. 1 y 2.

El delito de posesión de drogas es un tipo de delito de posesión que contempla como elemento del tipo la intención de utilización de los objetos poseídos, es decir, exigen una *tendencia interna trascendente,* esto es, lo que se denomina en la doctrina delitos de "posesión con intención de utilización"; en este caso específico, la intención de traficar con la sustancia, destinarla a la comercialización inmediata —mediando precio—, y a la disposición directa de los consumidores potenciales.

En suma, en el delito de posesión de drogas para su tráfico, tipificado en el párr. 2 del art. 296 del CP, lo que determina el carácter delictivo de la posesión de drogas es su preordenación para el tráfico. De esta manera la diferencia entre el comportamiento delictivo y el no punible se sitúa en el tipo subjetivo. Sin embargo, la comprobación de la finalidad del tráfico depende de la objetivación de la voluntad, y ello ha requerido establecer qué elementos del hecho facilitan el conocimiento de la finalidad de la tenencia. Así, *la verificación objetiva de esa finalidad solo puede apreciarse a partir de la prueba indiciaria.* La cual puede construirse y lograrse cotejando aspectos objetivos que nos indiquen la razón, circunstancias y propósito de la posesión.

La jurisprudencia suele apoyarse en una serie de indicios para afirmar la presencia de posesión típica, requiriéndose normalmente que sean plurales o excepcionalmente únicos, pero de una singular potencia acreditativa. Así tenemos a la cantidad de droga incompatible con el propio consumo y su pureza; la no condición de drogodependiente o, al menos, de consumidor del poseedor; la forma de distribución de la droga (por ejemplo, en papelinas); la tenencia de elevadas cantidades de dinero de procedencia no justificada; la distribución del dinero en billetes pequeños y moneda fraccionaria, la variedad de drogas poseídas; la ocupación de útiles, instrumentos o materiales para el pesaje (como balanzas de precisión), cortado distribución; el lugar en el que se encuentra la droga; el lugar y actitud en que el sujeto es sorprendido con esta sustancia, e, incluso, la conducta evasiva mostrada por el mismo.

El Perú es considerado un país productor de droga, en esa medida, la mayor cantidad de la droga producida en el Perú se encuentra des-

tinada para el mercado internacional, siendo que un porcentaje menor de la droga termina en el mercado nacional, en especial en las grandes ciudades. Para la demanda interna, el circuito de la droga inicia desde las zonas de producción hasta llegar a las grandes ciudades. La droga pasa por toda una red de distribución que conecta todos los ciclos de la droga, desde la producción al consumo. La posesión de droga para su tráfico ilícito, que se regula en el párr. 2 del art. 296 del CP, corresponde a esta fase del ciclo de la droga, donde la sustancia ilícita es puesta a disposición del consumidor final, conforme se puede verificar de la jurisprudencia nacional (Recurso de Nulidad N.° 551-2015-Lima Sur, de 31 de mayo del 2013 y Recurso de Nulidad N.° 299-2015-Lima, de 23 de enero del 2017, entre otros).

Delitos de posesión: aproximación dogmática

El delito regulado en el párr. 2 del art. 296 del CP es claramente un delito de posesión, una primera aproximación de esta clase de delitos es afirmar que se criminaliza la mera posesión de objetos peligrosos; por ejemplo, armas, drogas ilícitas, materiales obscenos o ciertas sustancias químicas. Al respecto, Ambos explica lo siguiente:

> La naturaleza del objeto poseído influye sobre el fundamento de la criminalización. A primera vista, solo la criminalización de la posesión de objetos peligrosos podría estar justificada. Aquí el fundamento de la criminalización residiría en los peligros o riesgos inherentes a estos objetos y en el objetivo del legislador de controlarlos, con el fin de contener tales peligros y riesgos, mediante la prohibición penal de su posesión. Por consiguiente, estos delitos de posesión persiguen normalmente fines preventivos: ellos apuntan a evitar el surgimiento o el agravamiento del daño que podría ocasionarse con el uso y la posesión descontrolada de los respectivos objetos[142].

142 Ambos, Kai, "La posesión como delito y la función del elemento subjetivo. Reflexiones desde una perspectiva comparada", *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, vol. xxxv, 2015, pp. 61 y 62.

Sin embargo, en la doctrina se ha discutido si el poseer una cosa es un hecho o un comportamiento, ya que en el derecho penal solo se pueden considerar delictivos los comportamientos de los sujetos, no los hechos o estatus de los mismos en el que se encuentren vinculados los mismos. En el Diccionario de la RAE la voz "poseer" alude a "tener una cosa" o a "ejercer una facultad con independencia de que se tenga o no derecho a ella". En ese sentido; MAYER explica lo siguiente:

> La primera acepción indicada, que identifica "poseer" con "tener una cosa", no describe conducta alguna que esté prohibida o mandada por el ordenamiento jurídico, sino que un mero estado de cosas: la posesión o tenencia (de un bien). Prescindir de un verbo rector que indique claramente el comportamiento mandado o prohibido, limitándose a castigar penalmente la verificación de un simple hecho, supone vulnerar el principio de taxatividad, circunstancia que obliga a explorar ulteriores significados de dicho término[143].

De esta manera, "tener una cosa", como expresión de una situación fáctica, no puede ser considerado un acto delictivo, pues al no precisarse qué comportamiento se considera delictivo, se está castigando un simple hecho.

Es por ello que debe analizarse otras interpretaciones del término "poseer", esto es, recurrir a la acepción "ejercer una facultad con independencia de que se tenga o no derecho a ella", así, para COX LEIXELARD: "Poseer un objeto consiste en ejercer cierto control sobre él, y ese ejercicio de control es compatible con lo que se entiende como una conducta"[144]. En esa línea; MAYER explica que

> La segunda acepción de "poseer", que identifica ese término con ejercer una facultad independientemente de que se tenga o no derecho

143 MAYER, Laura, "Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil", en *Política Criminal*, vol. 9, n.º 17, 2014, p. 32.

144 COX LEIXELARD, Juan Pablo, *Delitos de posesión: bases para una dogmática*, Montevideo: BdeF, 2012, p. 3.

> a ella, ha sido planteada por un sector de la doctrina como conducta incriminada por los denominados "delitos de posesión"[145].

Y más adelante agrega que

> [S]i poseer es ejercer un cierto control, el agente poseerá mientras conserve dicho control sobre la cosa que posee. De esta forma, si un tipo penal sanciona "al que posea" tal o cual cosa, dicho comportamiento —si es que cabe hablar de tal—se extenderá por un cierto lapso: desde que comienza hasta que termina la posesión[146].

En esa medida, "poseer" entonces supone ejercer un control sobre el objeto, y el ejercicio de ese control equivale a un comportamiento, se tenga o no derecho a esa posesión, de esta manera el delito se extenderá mientras dure ese control, durante el lapso en que se verifica dicha posesión.

> Así, por ejemplo, de delito de posesión de objetos peligrosos, lo constituye el delito de tenencia ilegal de arma de fuego, tipificado en el art. 279 del CP, la Corte Suprema refiere sobre este delito que "está dirigida a preservar la seguridad pública frente al peligro o ejercicio ilegítimo en el uso de un arma que no presenta registro o inscripción en la Administración correspondiente; en consecuencia, esa ilegitimidad es absoluta y no relativa [...]"; y se agrega en esa medida que: "Se configura el delito de tenencia ilegal de armas, frente al uso clandestino de un bien peligroso, el cual se encuentra desprovisto de todo control de la Administración, esto es, presenta una ilegitimidad absoluta por falta de licencia"[147].

Se tiene, entonces, que el delito de tenencia ilegal de armas es una figura de peligro abstracto, debido a que no es necesaria la producción de un daño concreto, pues se entiende que resulta peligroso para la

145 Mayer, "Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años", art, cit., pp. 32 y 33.

146 *Ibid.*, p. 33.

147 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, *Casación N.° 211-2014-ICA.*

sociedad la posesión de armas sin contar con la autorización administrativa correspondiente. Al respecto, SCHROEDER observa lo siguiente:

> Algunos objetos son ya, de por sí, peligrosos, por ejemplo, los que pueden explotar o inflamarse, o los agentes patógenos. Otros objetos presentan el peligro de que su uso pueda causar daños a través del poseedor o un tercero o que realmente lo provoquen. Esto vale, sobre todo, para la posesión de armas de fuego[148]. este autor alemán denomina a estos delitos como "delitos puros de posesión".

Lo que se castiga en el delito de tenencia ilegal de armas de fuego es el control que tiene el sujeto con el objeto peligroso, que, como se ha explicado, se entiende como un comportamiento. En esa medida, los delitos de posesión no castigan "un mero hecho", así lo explica la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N.° 1232-2010-Loreto de fecha 27 de abril del 2011:

> El verbo rector en del delito de tenencia ilegal de armas de fuego requiere [...] tener en poder [...] armas [...], lo cual de un lado exige un dominio o posesión permanente de un arma y correlativo a ello el ánimo de usarla a sabiendas que se carece de la licencia por parte de la dirección general de control de servicios de seguridad. Control de armas. Munición y explosivos de uso civil —Discamec—, excluyéndose por exigencias de razonabilidad, el uso momentáneo y necesario para conjurar un peligro —circunstancia de necesidad apremiante—; sin embargo, la definición de tenencia a su vez remite a la teoría de la posesión que explica la doctrina del derecho civil, exigiéndose la concurrencia de elementos tradicionales del acto físico de la tenencia de la cosa junto al ánimo de conservarla para sí. Este ilícito por ser también un delito de acción, requiere de un mínimo de continuidad en lo posesión de armas, **que implica no** solo la relación material del agente con tal instrumento, sino la conciencia y voluntad de que la tenencia se produce sin las licencias autoritativas correspondientes. De esto se advierte que la relación material entre la posesión del arma no

148 SCHROEDER, Friedrich-Christian, "La posesión como hecho punible", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 14, 2004, p. 159.

> debe suceder de manera esporádica y circunstancial, pues la tenencia fugaz y momentánea se halla excluida del tipo penal submateria[149].

En suma, como se ha dicho, poseer un objeto consiste en ejercer cierto control sobre él, y ese ejercicio de control es compatible con lo que se entiende como una conducta, con lo cual, como también se ha explicado, si un tipo penal sanciona "al que posea" tal o cual cosa, dicho comportamiento —si es que cabe hablar de tal— se extenderá por un cierto lapso: desde que comienza hasta que termina la posesión.

De otro lado, en el derecho penal peruano y el comparado se observa también la criminalización de la posesión de objetos neutros o inocuos, por ejemplo, aquellas herramientas que son normalmente usadas para un propósito completamente lícito, pero que pueden ser utilizadas para la comisión de un delito. Aquí la peligrosidad no reside en el objeto, sino en el poseedor de la cosa que puede utilizarla en la comisión de un delito posterior, o de objetos que siendo inocuos provienen de un delito anterior. Así tenemos, por ejemplo, el clásico delito de recepción o el delito de lavado de activos, este último delito que criminaliza, entre otros supuestos, la tenencia de bienes de origen ilícito.

En otros supuestos de delitos de posesión, el legislador introduce una finalidad ulterior a alcanzarse por el poseedor de la cosa, lo que supone un adelantamiento de las barreras de punición para evitar que la utilización de ciertos objetos cause daño a la colectividad, pero para que esta persecución penal sea legitima debería verificarse cuál es la finalidad que persigue el autor; y, entonces, sí la posesión, si será el antecedente que permita castigar la intención de uso. En consecuencia, deberá aparecer una presunción legitima de peligrosidad del objeto o del poseedor del objeto en la potencialidad de la comisión de un delito posterior. Así lo entiende Jakobs cuando sostiene que

149 *Recurso de Nulidad N.° 1232-2010-Loreto* de fecha 27 de abril del 2011, f. j. n.° 15; Tercera Sala Penal Superior, *Sentencia de apelación, Exp. N.º 193-2017-0.*

> Esta anticipación es ineludible en algunos casos, por ej. cuando se producen prototipos de medios delictivos que al principio se guardan en el ámbito interno: armas, dinero falso, pasaportes falsificados, drogas, etc.; y es que en tales objetos existe el peligro aumentado de que los utilice delictivamente, [...]. Lógicamente, esta consideración legitima solo una pena dirigida a la creación de un peligro abstracto de que se faciliten delitos venideros a cualquier persona. No cabe preguntarle al autor que es lo que planea, porque ello aún reside en su ámbito interno. Únicamente puede importar si realiza, sin tener en cuenta lo que planee, una situación de peligro[150].

Debe aparecer entonces una intención ulterior de usar la cosa poseída de forma delictiva. En virtud de ello, Ambos plantea lo siguiente:

> [L]a criminalización debe basarse en la prueba de la intención del poseedor de usar el respectivo objeto de un modo criminal. De hecho, esta intención de usar, como un objetivo específico de la posesión, vincula a la posesión con una conducta y de ese modo la distingue de un mero delito de posesión[151].

Con lo cual, existen supuestos donde junto al dato objetivo de posesión de una cosa prohibida (en cuanto a su naturaleza peligrosa) debe aparecer acompañado de destinar la cosa a un fin delictivo dado por el propio legislador, como es el caso de la posesión de drogas, donde esta posesión debe tener un fin posterior, el destinarlas al tráfico ilícito. Así, Schroeder explica que: "Algunos delitos de posesión contemplan como elemento del tipo la intención de utilización de los objetos poseídos, es decir, exigen una tendencia interna trascendente"[152], a estos supuestos, el profesor de la Universidad de Regensburg los denomina delitos de "posesión con intención de utilización".

150 Jakobs, Gunther, *Derecho penal. Parte general*, Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 211 y 212.

151 Ambos, "La posesión como delito y la función del elemento subjetivo" art. cit., p. 82.

152 Schroeder, "La posesión como hecho punible", art. cit., p. 159.

De esta manera, Molina Pérez, haciendo referencia al tipo penal español de posesión de drogas, reflexiona que

> El concepto de posesión de drogas para traficar es un concepto no civilístico, mucho más amplio, identificable con la mera disponibilidad, cuyo elemento esencial es la preordenación al tráfico, el ánimo tendencial. El fundamento de este concepto penal de posesión del art. 368 es que es un delito de peligro abstracto [...][153].

El párr. 2 del art. 296 del CP peruano, como veremos, también responde a esta lógica, donde la posesión de drogas debe estar dirigida o preordenada al tráfico, como lo explica Peña Cabrera Freyre, refiriéndose al tipo penal en mención: "la posesión [de drogas] solo será punible si concurre la intención de traficar debiendo en consecuencia probarse en el proceso penal la concurrencia de dicho elemento subjetivo del tipo"[154], es decir una posesión con intención de utilización, en los términos empleados por el profesor Schroeder, en este caso específico, la intención de traficar con la sustancia.

2. Tipicidad objetiva: la posesión de drogas

En el párr. 2 del art. 296 del CP se criminaliza los actos de posesión de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito. Con lo cual, se considera como delito la posesión de estas sustancias prohibidas, acompañadas de una finalidad de destinarlas al tráfico ilícito. Así, se verifica de la norma invocada lo siguiente:

> El que posea drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al art. 36, incisos 1), 2) y 4).

153 Molina Pérez, "El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico ilícito de drogas", art. cit., p. 110.

154 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 119.

Como sostienen Falcone y Capparelli[155], la posesión o tenencia implica el ejercicio de un poder de hecho sobre la cosa, y se entiende, además, que no se precisa un contacto material constante y permanente con la cosa poseída, sino que basta con que quede sujeta a la acción de la voluntad del poseedor, manteniendo este la posesión en tanto no abandone o ceda la cosa a otro, la destruya o adquiera sobre ella un tercero una nueva posesión. Para Álvarez y otros, "posesión" es "la situación de poder de hecho sobre las cosas o los derechos, a la que se otorga una protección jurídica provisional que no prejuzga la titularidad de los mismos"[156].

Al respecto, Ambos explica lo siguiente:

> [E]n el derecho penal la posesión hace referencia, objetivamente, a una relación de dominio o control complementada, subjetivamente, con una voluntad de poseer (Herrschaftswille). El poseedor puede ejercer un control real (efectivo) o potencial (posible) sobre el respectivo objeto. En consecuencia, podemos hablar de una posesión "real" o "constructiva", la última de las cuales hace referencia a la particular imputación en el caso de la posesión, esto es, "del objeto a la persona, antes que de persona a persona"[157].

En un sentido similar, Hurtado Pozo advierte que

> En derecho penal, la noción de posesión ha sido sometida, desde hace bastante tiempo, a un proceso de "desmaterialización", sin llegar, sin embargo, a los extremos alcanzados en derecho civil. [...] Las restricciones en derecho penal dependen de que se considera, junto al "poder de hecho de disponer de un bien", la llamada "voluntad de ejercer este poder" como factores constitutivos de la posesión. La presencia de la voluntad hace, justamente, que se atenúen los efectos de admitir un

155 Falcone, Roberto A. y Facundo Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, Buenos Aires: Villela, 2002, p. 173.

156 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 39.

157 Ambos, "La posesión como delito y la función del elemento subjetivo" art. cit., pp. 69 y 70.

> dominio de hecho bastante amplio, comprendiendo, por ejemplo, la "posesión mediata"[158].

Bajo esta perspectiva, el delito de posesión de drogas no es un delito de mera posesión, en el sentido de criminalización de un hecho, sino un delito de acción, donde se reprime un comportamiento, esto es, poseer un objeto consiste en ejercer cierto control sobre él, y ese ejercicio de control es compatible con lo que se entiende como una conducta, con lo cual, como también se ha explicado, si un tipo penal sanciona "al que posea" tal o cual cosa, dicho comportamiento se extenderá por un cierto lapso: desde que comienza hasta que termina la posesión. Se reprime, por tanto, el control que ejerce el sujeto sobre la droga poseída, es decir; la relación de dominio o control sobre la cosa.

La posesión supone entonces una relación de dominio o control de un sujeto sobre una cosa, acompañada de una voluntad de poseer. En esa medida, se discute si el concepto de posesión en el derecho penal, puede aceptar supuestos de posesión mediata, o siempre debe existir un contacto físico inmediato con la cosa. En la jurisprudencia española, se aceptan los supuestos de posesión mediata de la droga. Así; la STS español N.° 71/2002, de 24 de enero, señala lo siguiente:

> La posesión que origina la consumación no precisa de la material o física tenencia de la sustancia. La entrega de la cosa ofrece en nuestro derecho expresiones plurales muchas de ellas simbólicas y con cabida todas ellas en el derecho penal a los efectos que aquí interesan. La posesión puede ser inmediata o mediata sin un directo contacto material sobre la cosa. Lo relevante es la disponibilidad que la posesión entrañe, comporte o no una tenencia física o material directa, pues en ella radica el peligro que para la salud de los terceros posibles destinatarios, la posesión representa. De otro modo, quedarían paradójicamente fuera del campo penal los grandes traficantes que manejan el destino de la droga a través de llamadas telefónicas, de telex, en último término, de

158 Hurtado Pozo, José, "Relaciones entre el derecho penal y el derecho civil respecto al delito de hurto en el Código Penal peruano", *Revista Oficial del Poder Judicial*, años 4 y 5, n.° 6 y n.° 7, 2010-2011, p. 236.

documentos y otros medios sofisticados y clandestinos y que jamás han poseído en términos de materialidad la droga con la que operan [...] para la posesión de sustancias no es precisa su tenencia material [...][159].

Joshi Jubert sostiene que la posesión según la jurisprudencia:

[C]onsiste en la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona, y se entiende mayoritariamente que no se precisa contacto material constante y permanente con la cosa poseída, sino que basta con que quede sujeta a la acción de la voluntad del poseedor (según tenor del art. 438 CC) manteniendo este la posesión en tanto no abandone o ceda la cosa a otro [...]. Es indiferente la lejanía física y transitoria de la cosa e incluso la ignorancia de donde se encuentra. Sin embargo, en realidad, el Tribunal Supremo se aleja notoriamente del concepto civil de posesión, y, en definitiva, entiende que para la imputación de la posesión si bien es esencial mantener la facultad de disposición sobre la cosa, basta una disponibilidad hipotética o ficticia[160].

En la jurisprudencia española se ha discutido la posibilidad de entender la posesión mediata como configuradora del delito bajo comentario. En virtud de ello; se indica lo siguiente:

La posesión típica no exige contacto material constante y permanente con a cosa poseída, sino que se adquiere por el hecho de quedar aquella sujeta a la acción de la voluntad del poseedor (438 CC) manteniendo este a posesión en tanto no abandone o ceda la cosa a otro, la destruya o adquiera sobre ella un tercero una nueva posesión durante un año y un día (art. 460 CC). La mera lejanía física y transitoria de la cosa no hace perder al poseedor tal condición, y menos aun tratándose de cosas muebles cuya posesión está ínsita en la de la casa raíz en la que se encuentra (449 CC) y no se pierde mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque este ignore dónde se encuentra. Por todo, para

159 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., pp. 39-49.

160 Joshi Jubert, *Ujala, Los delitos de tráfico de drogas. Un estudio analítico del artículo 368 del Código Penal (grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales)*, Barcelona: Bosch, 1999, p. 192.

> que se puede tener a alguien como poseedor de una sustancia tóxica, estupefaciente o psicotrópico es suficiente con que esté sujeto a su voluntad, de modo que mantenga la facultad de disposición sobre la droga que le pertenece y pretende destinar al tráfico[161].

Como se plantea en la jurisprudencia española:

> El meollo de la cuestión queda circunscrito al significado que debe reconocerse al término "posesión", a los efectos propios del tipo penal contra la salud pública en su modalidad o faceta de "tenencia preordenada al tráfico"; tema resuelto por esta Sala en reiteradas resoluciones (que) afirman que tanto el remitente (de droga) como el destinatario son jurídicamente poseedores en cuanto tienen poder de disposición de la misma según el art. 438 de Código Civil; añadiendo que además de la posesión inmediata está la mediata, en la que basta la voluntad del poseedor, aunque la cosa poseída no este de hecho incorporada al poseedor, es decir no se tenga la tenencia material de la misma"[162].

Mientras que para Joshi Jubert:

> Razones de política criminal influyen en la adopción por parte de la jurisprudencia de un concepto amplio de posesión. En efecto, esta interpretación posibilita la imputación de la tenencia a sujetos que en ningún momento llegan a detentar materialmente el objeto ilícito y, en cambio, manejan todas las operaciones relativas al tráfico y, en definitiva, deciden de algún modo el destino de aquel. Actualmente la jurisprudencia afirma que existe posesión cuando se tiene el dominio funcional sobre la cosa[163].

En la jurisprudencia española se acepta entonces los supuestos de posesión mediata, donde si bien el sujeto no tiene un contacto físico directo con la cosa, aún la controla y ejerce un dominio sobre ella. Es la

161 STS español 9006/1993, de 24 de noviembre, en Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., pp. 192 y 193.

162 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 193.

163 *Loc. cit.*

Posesión propia de los actos de comercio o transporte de mercancías a larga distancia utilizando empresas de mensajería.

Ahora bien, en cuanto al problema de la cantidad y entidad de la droga poseída, según refiere Prado Saldarriaga:

> El supuesto delictivo que ahora comentamos ha sido diseñado como una estructura de peligro abstracto. Es decir, para su consumación solo se requiere que el agente materialice, de cualquier modo, la tenencia o posesión de la droga fiscalizada. La clase o la cantidad de la droga poseída no afecta la tipicidad del acto. Sin embargo, si esta última es "escasa" o "pequeña" se configura una circunstancia atenuante, en la medida en que se cumple los demás requisitos cuantitativos y cualitativos que precisa el art. 298 del CP[164].

En ese sentido, Joshi Jubert sostiene que "no son conductas típicas, ni la posesión autorizada ni la posesión destinada al propio consumo o formas similares —consumo compartido—, ni la posesión no autorizada sin idoneidad objetiva y/o subjetiva para promover, facilitar o favorecer el consumo ilegal". En cuanto al autoconsumo Joshi Jubert precisa, lo siguiente:

> La posesión para el propio consumo o consumo asimilado al autoconsumo es también una conducta atípica puesto que faltan tanto requisitos objetivos (idoneidad para la difusión del consumo ilegal) como subjetivos (orientación a la difusión del consumo ilegal). La jurisprudencia considera con acierto penalmente atípica la posesión de drogas, etc., siempre que estén destinadas al propio consumo o al consumo compartido. Para ello se vienen exigiendo básicamente los siguientes requisitos: a) que el sujeto poseedor sea consumidor de la sustancia que posee; b) que la cantidad sea la adecuada para un máximo normalmente de cinco días (aunque a veces se ha estimado como límite 3 días, y otros 10), y algunas veces c) que no se posean pluralidad de sustancias[165].

164 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada. Parte especial*, ob. cit., p. 149.

165 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 195.

Para justificar la atipicidad de los supuestos de autoconsumo de drogas, WOLTER reflexiona de la siguiente manera:

> La conducta del consumidor ocasional queda excluida ya de principio del ámbito del merecimiento de pena y, consiguientemente, del de posibilidad de punición. Y es que dicha conducta no resulta jurídico-penalmente desaprobada, no es socialmente dañosa. No se da el tipo objetivo del injusto y, consiguientemente, tampoco la tipicidad en su conjunto. El autor ni siquiera entra en el primer nivel de la estructura del delito[166].

En este extremo el legislador peruano ha declarado expresamente la atipicidad del autoconsumo de droga, estableciendo una presunción siempre que la droga poseída no exceda de determinada cantidad. En ese sentido el art. 299 del CP prescribe:

> No es punible la posesión de droga para el propio e inmediato consumo, en cantidad que no exceda de cinco gramos de pasta básica de cocaína, dos gramos de clorhidrato de cocaína, ocho gramos de marihuana o dos gramos de sus derivados, un gramo de látex de opio o doscientos miligramos de sus derivados o doscientos cincuenta miligramos de éxtasis, conteniendo Metilendioxianfetamina-MDA, Metilendioximetanfetamina-MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas.

3. Tipicidad subjetiva y el elemento de tenencia interna trascendente: finalidad de tráfico

Siguiendo a PRADO SALDARRIGA:

> En el plano subjetivo la tenencia o posesión dolosa de la droga debe estar orientada hacia un acto posterior de tráfico. Es decir, debe coexistir en el agente una finalidad de comercialización de la droga

166 WOLTER, Junther, "Las causas constitucionales de exclusión del tipo del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad", en AA. VV., *Cuestiones actuales de la teoría del delito,* Madrid: McGraw-Hill, 1999, p. 11.

> poseída en cualquiera de las modalidades que son enunciadas en el inciso 7 del art. 89 del D. L. N.° 22095 [...]. La tipicidad de este delito exige la presencia de un elemento subjetivo especial distinto al dolo, específicamente de aquellos a los que la doctrina califica como de tendencia interna trascendente. Dicho en otros términos, para que se dé el delito se requiere dolo y además que el agente subjetivamente se haya propuesto un fin ulterior a la posesión y que debe ser el de destinar la droga poseída al comercio o tráfico ilegal. Una finalidad diferente hará atípica la posesión de la droga. [...] Todo dependerá de la finalidad de la posesión. No obstante, la tipicidad no requiere que aquel objetivo o finalidad se concrete objetivamente. Es decir, que realmente se realice un acto posterior de comercialización de droga. Será suficiente que haya estado presente al momento de poseer la sustancia adictiva[167].

En cuanto a la tipicidad subjetiva, Joshi Jubert señala lo siguiente:

> La posesión solo es típica si se posee con "aquellos fines". Se discute en la doctrina cuáles son los fines a que se refiere el precepto legal, existiendo dos posiciones. Una postura restrictiva entiende que la posesión solo es típica cuando esté destinada al cultivo, elaboración o tráfico de sustancias tóxicas. Se argumenta que de querer el legislador incluir la posesión para la promoción, facilitación o favorecimiento no hubiera utilizado la expresión "aquellos fines", sino la de "estos fines". Otra postura intermedia sostiene que la posesión es típica cuando se destina a la promoción, facilitación o favorecimiento del consumo ilegal. Finalmente, según la doctrina mayoritaria, que sostiene una postura amplia, con la expresión "aquellos fines" se está haciendo referencia a todos los fines expresados en el precepto. En consecuencia, se estima que, de acuerdo con la dicción del CP, es punible la posesión que tenga alguno de los siguientes fines: el cultivo, la elaboración, el tráfico o en definitiva el favorecimiento, facilitación o promoción del consumo ilegal del objeto del tipo[168].

Al respecto; Sproviero explica que: "[D]ebe considerarse que la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización requiere

167 Prado Saldarriaga *Criminalidad organizada. Parte especial,* ob. cit., p. 149.

168 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 197.

por parte del autor una ultraintención de características especiales que, como elemento subjetivo distinto del dolo, exige sea probada autónomamente"[169].

La predisposición al tráfico se configura como un elemento de tendencia interna trascendente, y un elemento subjetivo diferente al dolo, como nos recuerda Muñoz Conde[170]. Normalmente, el tipo de injusto de los delitos dolosos solo requiere, en el ámbito subjetivo del dolo, la conciencia y voluntad de realizar los elementos subjetivos del tipo. Cuando coincide el tipo objetivo y el tipo subjetivo se da la congruencia perfecta, que normalmente existe en el delito doloso consumado. Sin embargo, en algunos delitos específicos se requiere, además, para constituir el tipo de injusto, la presencia de especiales elementos de carácter subjetivo. Estos elementos subjetivos específicos no coinciden con el dolo. Se trata de especiales tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos, aparte del dolo, para constituir el tipo de algún delito. En el mismo sentido. Bacigalupo[171] refiere que el disvalor de la acción del delito doloso, que brinda la materia del tipo subjetivo de estos ilícitos penales, puede no agotarse en el dolo, pues en ciertos casos se requiere, además del conocimiento y voluntad de la realización del tipo, que el autor haya realizado el hecho típico con una determinada intención, es decir, una determinada motivación o un determinado impulso.

Berdugo[172] refiere que los tipos con elementos subjetivos pueden clasificarse en tres grupos, uno de ellos son los denominados delitos de tendencia interna transcendente, en estos delitos hay una finalidad o motivo que transciende la mera realización dolosa de la acción, como es el ánimo de lucro con el que ha de apoderarse de la cosa para que se

169 Sproviero, *Delito de narcotráfico y lavado de activos*, ob. cit., p. 131.

170 Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., pp. 277 y 278.

171 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Madrid: Hammurabi, 1999, p. 336.

172 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio *et al.*, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Barcelona: Paxis, 1999, pp. 202 y 203.

realice el hurto, o el *animus iniuriandi* en las injurias, o el ánimo lúbrico en los delitos sexuales.

Sobre los tipos penal de tendencia interna transcendente (delitos de intención), Villavicencio[173] reflexiona que se trata de los delitos cuya "parte interna" requiere de una intención especial que no corresponde a la parte externa objetiva, pues esta intención especial consiste en la búsqueda de un resultado diferente al exigido típicamente, y que, por ende, no es exigente para la consumación del delito, debiendo entenderse solo para efectos de llenar el tipo. Precisa el citado autor que estos delitos quedan consumados cuando se produce el resultado típico, *no siendo necesario que el agente consiga realizar su específica tendencia trascendente.*

En el caso del delito tipificado en el párr. 2 del art. 296 del CP, la posesión de drogas para su tráfico ilícito incorpora un elemento de tendencia interna trascendente diferente al dolo, esto es, la predisposición o preodenamiento de la droga al tráfico ilícito. La presencia de este elemento de tendencia interna transcendente no solo se deriva de las exigencias del tipo penal, sino de la necesidad de evitar incriminaciones penales por la mera posesión de objetos prohibidos. Peña-Cabrera Freyre explica que en el plano subjetivo la tenencia o posesión de la droga debe estar orientada hacia un acto posterior y/o ulterior de tráfico. Precisa el autor nacional que "la posesión solo será punible si concurre la intención de traficar debiendo en consecuencia probarse en el proceso penal la concurrencia de dicho elemento subjetivo del tipo"[174]. En ese sentido; Mazuecos Asid plantea lo siguiente:

> [S]erá la administración de justicia quién deberá probar que el destino de la droga aprehendida no es el inmediato y directo consumo personal como única manera de imputar el delito de tráfico de drogas. En tal caso, la tenencia de drogas será punible siempre que se pueda

173 Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general,* Lima: Grijley, 2010, p. 375.

174 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos,* ob. cit., p. 119.

> acreditar en el proceso la concurrencia del elemento subjetivo, esto es, la intención de comercializar la sustancia[175].

De esta manera, Malamud explica que en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos se exige un nexo racional entre la posesión de los objetos prohibidos y la finalidad de delinquir invocando el precedente *Tor vs. United States, 319 U. S. 463* (1943). En consecuencia, se precisa lo siguiente:

> En los Estados Unidos, por ejemplo, la Corte Suprema ha declarado que en los delitos de tenencia no se ha satisfecho un nexo racional entre la situación prevista y la pena, pues ese nexo solo existiría si el poseedor o tenedor pusiese de manifiesto su voluntad de delinquir con los instrumentos, en el caso, ganzúas y llaves falsas[176].

Como sostiene Prado Saldarriaga:

> Este delito se encuentra descrito en el párr. 2 del art. 296. Sobre esta hipótesis típica la doctrina española ha sostenido siempre que ella no criminaliza los actos de posesión de drogas con finalidad diferente al tráfico y por ende de relevancia penal, la droga fiscalizada que se posee con afán de colección, de instrucción o para ser donada; o la que se tiene en custodia[177].

En términos similares, Acale Sánchez refiere la siguiente sobre la tipicidad subjetiva:

> Vistas todas las posibilidades existentes, parece que, en virtud al principio de lesividad, el art. 368 castiga los actos de posesión de drogas tóxicas que pongan en peligro la salud pública, esto es, que

175 Mazuecos Asid, Antonio Francisco, "La posesión de drogas: delito o conducta atípica. Criterios delimitadores a partir del análisis comparado de la regulación peruana y española", en *Delitos de tráfico ilícito de drogas. Problemas esenciales desde la dogmática penal y el derecho probatorio*, Lima: Jurista, 2018, p. 293.

176 Malamud Goti, Jaime, "La tenencia de Estupefacientes para propio consumo: objeciones a la estructura del tipo", *Doctrina penal*, año 2, 1979, p. 859 y ss.

177 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada. Parte especial*, ob. cit., p. 148.

> estén dirigidas a su difusión. Si además se entiende que el cultivo, la elaboración o el tráfico no son más que tres formas ejemplificativas de las conductas típicas de promoción, favorecimiento y facilitación, habrá de colegirse que estos son los fines a los que ha de estar dirigida la posesión, aunque con ello se produzca una ampliación de los supuestos en los que esta va a ser típica.[178]

De la misma manera, para Álvarez y otros nos encontramos frente a un tipo doloso, pues el sujeto ha de actuar con conciencia y voluntad en la realización de los elementos objetivos del tipo[179]. En ese sentido, Sequeros Sazatornil[180] pone de relieve que al examinar el tipo subjetivo lo destacábamos como uno de sus elementos consustanciales; pues además de poseer el infractor la conciencia del carácter nocivo de la sustancia objeto de tráfico, debía concurrir necesariamente su intención de traficar con esa sustancia.

En el caso peruano, la finalidad que persigue la posesión de la droga tóxica es destinarla al tráfico. Resulta relevante este dato, pues como sostiene Prieto Rodríguez[181], la necesidad de demostrar ese ánimo de tráfico es lo que diferencia una conducta atípica, como es la posesión de drogas para el propio consumo, de otra típica, como es el tráfico. En virtud de ello, Caro Coria, expresa lo siguiente:

> [S]e criminaliza la posesión de drogas para el tráfico ilícito. Este es un delito de peligro abstracto, pues la sola tenencia de droga con fines de tráfico constituye en sí un ilícito penal. Cabe destacar que la conducta descrita en el tipo penal no establece las cantidades específicas que debe poseer el sujeto activo, por lo que se debe entender que no es relevante la cantidad, *siempre que se tenga como finalidad el tráfico de drogas, la posesión estará penada*. Como contraparte, se tiene que están

178 Acale Sánchez, *Salud pública y drogas tóxicas*, ob. cit., pp. 61 y 62.

179 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 40.

180 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, ob. cit., p. 104.

181 Prieto Rodríguez, Javier Ignacio, *El delito de tráfico y consumo de drogas en el ordenamiento penal español*, Pamplona: 1993, pp. 238-289.

> excluidos los actos de posesión de droga cuando estén destinados al consumo propio[182].

En suma, como plantea Peña Cabrera Freyre[183], la posesión de drogas solo será punible si concurre en ella la intención de traficar. En consecuencia, para su sanción deberá probarse la concurrencia de dicho elemento subjetivo del tipo. El delito de posesión de drogas, es un tipo de delito de posesión que contempla como elemento del tipo la intención de utilización de los objetos poseídos, es decir, exige una tendencia interna trascendente, esto es, lo que se denomina en la doctrina delitos de "posesión con intención de utilización", en los términos empleados por el profesor Schroeder, y en este caso específico, la intención de traficar con la sustancia para destinarla a la comercialización inmediata —mediando precio—, y para que así quede a la disposición directa de los consumidores potenciales.

En la jurisprudencia peruana se ha hecho referencia a la falta de acreditación de la finalidad de traficar para afirmar la atipicidad de la conducta. Así, en la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.° 3158-2002-Cono Norte se precisa lo siguiente:

> Resulta de autos que no se ha determinado en forma fehaciente que la ilícita sustancia —clorhidrato de cocaína— con peso neto de 30 gramos, incautada en el domicilio del encausado, estuviere destinada a la comercialización; de otro lado, tal como se ha descrito en la investigación policial, el encausado, al notar la presencia policial en su domicilio, en lugar de evadir la intervención, decide ingresar y asumir su responsabilidad, refiriendo en forma uniforme y coherente que la sustancia estaba destinada para su propio e inmediato consumo, corroborando su versión con la constancia de internamiento, expedida por la Asociación Cultural "Ama tu vida" y el examen toxicológico ratificado, el que concluye positivo para cocaína; que, en consecuen-

182 Caro Coria, Carlos, "Análisis crítico de políticas criminales existentes en materia de drogas ilícitas en el Perú", en *Drogas ilícitas y narcotráfico. Nuevos desarrollos en América Latina*, Bogotá: Temis, 2017, p. 178.

183 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 120.

> cia, ante la ausencia de tipicidad subjetiva, corresponde disponer la absolución del encausado[184].

En otro caso resuelto por la Corte Suprema, la falta de posesión directa de la droga y la condición de adicto del encausado excluyen la tipicidad objetiva y subjetiva del injusto penal, por lo que cabe la absolución, a pesar de que el encausado fue intervenido en el lugar donde se encontró droga, así se advierte de la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.° 3323-2001-Santa:

> De los medios probatorios actuados en el proceso se desprende que el proceso fue intervenido en el domicilio donde se encontró droga, encontrándose en dicho lugar con el fin de comprar droga para su consumo, tal como se aprecia del acta de registro domiciliario y comiso; no existiendo acta de incautación de haberse encontrado en poder del procesado alguna cantidad de droga para su comercialización; por su parte el coprocesado, en su instructiva, acepta ser el propietario de la droga incautada. Conforme se advierte del certificado médico se ha acreditado que el proceso tiene la condición de consumidor de pasta básica de cocaína, lo cual corrobora su dicho en el sentido de que se encontraba en el lugar intervenido con la finalidad de comprar droga. Siendo así, no se cumple con los elementos objetivos y subjetivos del delito de tráfico ilícito de drogas[185].

En ese sentido, como destacó por mucho tiempo la jurisprudencia española:

> Lo que determina el carácter delictivo de la tenencia es su preordenación para el tráfico. De esta manera la diferencia entre el comportamiento delictivo y el no punible se sitúa en el tipo subjetivo. Sin embargo, la comprobación de la finalidad del tráfico depende de la

184 Citado por Urquizo Olaechea, José, *Código Penal*, t. I, Lima: Idemsa, 2010, p. 900.

185 Citado por Castillo Alva, José Luis, *Jurisprudencia penal 2. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Lima: Grijley, 2006, p. 369.

> objetivación de la voluntad, y ello ha requerido establecer qué elementos del hecho facilitan el conocimiento de la finalidad de la tenencia[186].

Así también, MOLINA PÉREZ concluye que en el caso del delito de posesión de drogas para traficar, "[a]l tratarse de un delito de consumación anticipada, el mero hecho de poseer para traficar está penalizado, y es irrelevante el que produzca un determinado resultado, porque el legislador ha adelantado las barreras para proteger la salud pública"[187].

4. Acreditación de la predisposición al tráfico y prueba indicaria

En cuanto a la acreditación objetiva de la finalidad ulterior, PRADO SALDARRIAGA sostiene que ello puede hacerse utilizando la prueba indiciaria. En ese sentido, el autor plantea lo siguiente:

> [L]a verificación objetiva de esa finalidad solo puede apreciarse a partir de la prueba indiciaria. La cual puede construirse y lograrse cotejando aspectos objetivos que nos indiquen la razón, circunstancias y propósito de la posesión. Como, por ejemplo, la cantidad de la droga poseída; la condición de consumidor ocasional o habitual del poseedor; la oportunidad y el lugar de la detención; la naturaleza de las demás especies que fueron incautadas al agente (dinero, cigarrillos, balanza de precisión, etc.)[188].

Según DESIMONI[189]; la prueba indiciaria consiste en la reunión e interpretación de una serie de hechos y circunstancias relativos a un injusto determinado que se investiga, a efectos de intentar acceder a la verdad de lo acontecido por vía indirecta. Por medio de la prueba indiciaria lo que se hace es probar directamente hechos mediatos para deducir de

186 Citado por PRADO SALDARRIAGA, *Criminalidad organizada. Parte especial*, ob. cit., pp. 149 y 150.

187 MOLINA PÉREZ, "El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico ilícito de drogas", art. cit., pp. 110 y 111.

188 PRADO SALDARRIAGA, *Criminalidad organizada. Parte especial*, ob. cit., p. 150.

189 DESIMONI, Luis María, *La evidencia en materia criminal*, Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 93; SERRA DOMÍGUEZ, Manuel, *Estudios de derecho procesal*. Barcelona: Ariel, 1969, pp. 700 y 701.

estos aquellos que tienen una significación inmediata para la causa[190]. En esa misma línea, Juan Alberto Belloch Julbe anota que la prueba indiciaria presupone tres elementos esenciales: a) una serie de hechos-base, o uno solo "especialmente significativo o necesario", que constituirán los indicios en sentido propio; b) un proceso deductivo, que puede ser explícito o implícito (esto último, cuando el valor significativo del o de los indicios se impone por sí mismo); y c) una conclusión o deducción, en cuya virtud uno o varios hechos periféricos han pretendido tener por acreditado un hecho central a la dinámica comitiva, conclusión que ha de ser conforme a las exigencias del discurso lógico[191]. Por su parte, San Martín Castro precisa que indicio es todo hecho cierto y probado con virtualidad para acreditar otro hecho con el que está relacionado. El indicio debe estar plenamente acreditado. Es el hecho base de la presunción, es un dato fáctico o elemento que debe quedar acreditado a través de los medios de prueba previstos por la ley[192]. La conclusión a la que se arriba a partir de una prueba indiciaria debe someterse a ciertos requisitos para su validez. Así, la afirmación o enlace entre el hecho —base y el hecho— consecuencia debe ajustarse a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia. Debe primar la racionalidad y coherencia del proceso mental asumido en cada caso por el órgano jurisdiccional, teniendo que rechazar por tanto la irrazonabilidad, la arbitrariedad, la incoherencia y el capricho del juzgador, que en todo caso constituyen un límite y topo de la admisibilidad de la presunción como prueba. Dos datos son, pues, imprescindibles: a) racionalidad de la inducción o inferencia, es decir, que no solamente no sea arbitraria, absurda o infundada; y b) que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia; todo ello en aras de afirmar un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano[193].

---

190 Mittermaier, Karl, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Buenos Aires: Hammurabi, 1979, p. 441.

191 Belloch Julbe, Juan Alberto, "La prueba indiciaria", en AA.VV., *La sentencia penal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1992, p. 38.

192 San Martín Castro, César, *Derecho procesal penal*, t. II. Lima: Grijley, 2003, p. 856.

193 Calderón Cerezo, Ángel y José Choclán Montalvo, *Derecho procesal penal*, Madrid: Dykinson, 2002, p. 385.

Es importante destacar lo señalado por JAUCHEN cuando precisa que:

> [E]l indicio conceptualmente no es otra cosa que lo que modernamente se considera "elemento de prueba", es decir, todo dato o circunstancia debidamente comprobada en la causa por vía de un "medio de prueba". El dato surgirá así de los dichos del testigo, del contenido de una declaración del imputado, de un dictamen pericial, de una inspección judicial o cualquier otro medio. Luego, dicho dato constituye un *elemento probatorio* del cual el juzgador mediante un razonamiento lógico, puede inferir otro hecho desconocido; es la operación mental por medio de la cual se toma conocimiento de un hecho desconocido por inferencia que sugiere el conocimiento de un elemento comprobado. Este elemento comprobado es un "indicio", no un medio de prueba en el sentido técnico de este último.[194]

Así, en la construcción de la "prueba indiciaria" o presunción probatoria[195] se sigue el siguiente procedimiento: a) de los medios de prueba[196] se extraen los indicios; b) los indicios comprobados se constituyen en elementos de pruebas[197], y en el primer eslabón de la inferencia lógica, se constituyen en el hecho base comprobado; c) sobre el *hecho base comprobado* (o hechos base comprobados) se realiza una *inferencia lógica* que se sustenta en el *nexo causal* que desemboca en los hechos inferidos

194 JAUCHEN, Eduardo M., *Tratado de la prueba en materia penal*, Buenos Aires: Rubinzal, 2002, pp. 583 y 584.

195 Cfr. DESIMONI, *La evidencia en materia criminal*, ob. cit., p. 96; CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal*, t. I. Valencia: Tirant Lo blanch, 2005, p. 859 y ss.

196 Medio de prueba es el método por el cual el juez obtiene el conocimiento del objeto de prueba. Su enumeración no es taxativa sino meramente enunciativa: el testimonio, la documental, la pericial, la inspección judicial, etcétera. Cada medio tiene una regulación específica en la ley procesal que establece el procedimiento a emplearse en cada uno de ellos, procurando de esta forma otorgarle mayor eficacia probatoria y garantía para las partes. JAUCHEN, *Tratado de la prueba en materia penal*, ob. cit., pp. 28 y 29.

197 Se puede denominar bajo estos términos al dato o circunstancia debidamente comprobada mediante la producción de un medio de prueba que lo introduce objetiva y regularmente al proseo, siendo útil al juzgador para rechazar o admitir en todo o en parte las cuestiones sobre las que debe decidir. JAUCHEN, *Tratado de la prueba en materia penal*, ob. cit., p. 28

o hechos consecuencia. Dentro de este esquema la presunción es la actividad intelectual del juzgador que, partiendo del indicio, afirma un hecho distinto, pero relacionado con el primero causal o lógicamente[198].

En cuanto al delito de posesión de drogas para su tráfico ilícito, Joshi Jubert plantea que en la acreditación de la parte subjetiva:

> La prueba de la parte subjetiva de la conducta de posesión: sistema de indicios. La principal dificultad que se presenta en este ámbito reside en la prueba del elemento subjetivo de la posesión, es decir, probar de manera determinante que la tenencia de la droga está destinada a realizar actos de difusión de la sustancia para su consumo ilegal. La jurisprudencia, consciente de que se trata de un aspecto interno del sujeto, de la consciencia del hombre, difícil de probar si no es a través de datos externos acreditados, ha arbitrado un sistema de indicios a partir de los cuales afirma o rechaza la presencia de posesión típica. Básicamente estos (de los que se precisa la presencia de más de uno) son los siguientes: 1. Cantidad de sustancia aprehendida[199] [...]. 2. Acreditación de carácter de adicto o por lo menos de consumir[200] [...]. 3. Formas de distribución de la

198 Climent, *La prueba penal*, ob. cit., p. 869.

199 Respecto a la *cantidad de sustancia aprehendida*, Joshi Jubert reseña lo siguiente: "Este es uno de los criterios básicos. La posesión por parte del consumidor de determinadas cantidades no muy elevadas de las sustancias ilegales se interpreta normalmente como tenencia para el propio consumo y por lo tanto no entra dentro del ámbito de las conductas típicas. La utilización de este criterio plantea por lo menos dos problemas: uno, la determinación de las cantidades a partir de las cuales se interpreta posesión destinada a la difusión y, por lo tanto, punible; y dos, la acreditación del carácter de consumidor o no del acusado". Cfr. Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 199.

200 Sobre este requisito Joshi Jubert precisa que "[a]creditación de carácter de adicto o por lo menos de consumir. Es otro de los criterios básicos. Para que la más mínima tenencia de droga pueda reputarse para el autoconsumo, el poseedor debe ser adicto a la sustancia poseída o, por lo menos, ser consumidor habitual [...]. Parte de la jurisprudencia estima que es el acusado el que ha de aportar pruebas de su adicción, rechazándose la alegación si no resulta fehacientemente probada. Esto sucede sobre todo en casos en que la droga poseída lo es en cantidad considerable. Otro parte, sin embargo, exige para probar el elemento subjetivo de querer traficar que se destruya la alegación de consumidor. Este es el caso generalmente e que la cantidad de droga poseída es mínima. Desde este punto

droga[201] [...]. 4. Lugar en que se encuentra la droga[202] [...]. 5. Capacidad adquisitiva del proceso en relación con el valor de la droga[203] [...]. 6. Actitud adoptada al producirse la ocupación[204] [...]. 7. la pureza de la sustancia aprehendida[205]

---

de vista, la declaración de adicto bastaría para excluir el ánimo de traficar a no ser que se probara su falta de adicción". Cfr. Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., pp. 200 y 201.

201 En lo que respecta a las *formas de distribución de la droga*, Joshi Jubert sostiene que "[e]l modo en cómo se guarda la droga sirve también a la jurisprudencia de indicio revelador del elemento subjetivo. Así, la tenencia de las sustancias en papelinas se estima apropiada para la posterior distribución y por lo tanto constituye un indicio del ánimo de traficar, mientras que la ocupación de forma conjunta se estima más apropiada para el autoconsumo. También aquí existen excepciones que consideran que la distribución en papelinas es también la forma en que generalmente se adquiere la droga y por lo tanto no es indicio suficiente". Cfr. Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 202.

202 En cuanto al indicio de *lugar en que se encuentra la droga*, Joshi Jubert precisa que "[g]uardar las sustancias en lugares públicas, o en sitios de fácil acceso a las personas, o bien en lugares privados, pero en escondites, es indicativo de ánimo de tráfico". Cfr. Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 202.

203 En relación con el indicio de *capacidad adquisitiva del proceso en relación con el valor de la droga*, Joshi Jubert explica que "[l]a poca capacidad adquisitiva unida a cantidades bastante de drogas, no pudiendo dar explicación de cómo ha logrado su posesión suponen el haber realizado actos de tráfico (obtener dinero para luego comprar: la figura del traficante-consumidor) y el ánimo de tráfico". Cfr. Joshi, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 202.

204 El indicio de *Actitud adoptada al producirse la ocupación*, Joshi Jubert refiere lo siguiente: "Si el sujeto intenta escaparse, ocultarse o realizar cualquier otro acto de burla de la policía se estima indicio del ánimo de traficar". Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 203.

205 Otro indicio se refiere a *la pureza de la sustancia aprehendida*, al respecto, Joshi Jubert, sostiene que "[u]n alto grado de pureza de la droga ha interpretado como estado idóneo para contarla y posteriormente venderla. Un bajo grado de pureza ha sido también considerado idóneo para la posterior venta". Cfr. Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 203.

> [...]. 8. Clases de drogas poseídas[206] [...]. 9. Utensilios ocupados[207] [...]. 10. Posesión de sumas considerables de dinero, normalmente en moneda fraccionada [...][208].

Álvarez y otros también hacen referencia al problema de acreditación de la parte subjetiva del delito, cuando plantean lo siguiente:

> El principal problema práctico que plantea este elemento subjetivo se encuentra en su prueba, esto es, en la necesidad de acreditar que la posesión de la droga tiene alguno de los fines expresados en el precepto. Obviamente, se trata de un elemento que no es susceptible de aprehensión directa, pues no podemos introducirnos en la mente de los demás, sino que ha de obtenerse de circunstancias exteriores y verificables, como sucede con carácter general en el ámbito del derecho con los elementos subjetivos y no por ello se relajan tanto las exigencias probatorias [...]. La jurisprudencia suele apoyarse en una

---

206 En cuanto al indicio de *clases de drogas poseídas,* Joshi Jubert, describe que "[a] mayor variedad de sustancias poseídas más fácil es apreciar ánimo de difusión". Refuerza esta posición recurriendo a la jurisprudencia española que ha dicho: "La diversidad de sustancias alucinógenas ocupadas en poder de un individuo y la intervención al mismo de instrumento o material preordenado a su pesaje y a su distribución y al almacenamiento en porciones listas para consumir, evidencia la dedicación de aquél al tráfico de drogas, aunque se acredite su adicción a las mismas, y ello no solo por ser raros los casos de politoxicómanos de cuatro clases de productos distintos, sino que no es comprensible el hecho de tener para su uso caros y sofisticados aparatos para dosificar las dosis y bolsas para guardarlas después individualmente cuando el comportamiento del simple consumidor se ciñe solo adquirir la cantidad que necesita para utilizarla a reglón seguido". Cfr. Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit.

207 También se presenta el individuo de *utensilios ocupados, como balanzas de precisión, sustancias idóneas para cortar la droga,* así, Joshi Jubert invoca la sentencia de Tribunal Supremo español 61991/1991 de 6 de julio, donde se dice lo siguiente: "Existencia en su domicilio también de dos balanzas de precisión, de varios instrumentos cortantes con sus hojas quemadas, de papel de aluminio y de papelillos de fumar, de una caja de producto notoriamente utilizado para adulterar la cocaína y la heroína, de una importante suma de dinero distribuida en gran parte en moneda fraccionaria, de encontrarse en el lugar otro individuo al que también se le intervino cocaína, etc.". Cfr. Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 204.

208 *Ibid.,* pp. 199-204.

> serie de indicios para afirmar la presencia de posesión típica, requiriéndose normalmente que sean plurales o excepcionalmente único, pero de una singular potencia acreditativa. Así, la cantidad de droga incompatible con el propio consumo y su pureza; la no condición de drogodependiente o, al menos, de consumidor del poseedor; la forma de distribución de la droga (por ejemplo, en papelinas); la tenencia de elevadas cantidades de dinero de procedencia no justificada; la distribución del dinero en billetes pequeños y moneda fraccionaria, la variedad de drogas poseídas; la ocupación de útiles, instrumentos o materiales para el pesaje (como balanzas de precisión), cortado, distribución; el lugar en el que se encuentra la droga,; el lugar y actitud en que el sujeto es sorprendido con esta sustancia e, incluso, la conducta evasiva mostrada por el mismo[209].

Sánchez Gil también hace referencia al problema de la acreditación del elemento subjetivo diferente al dolo, esto es, la finalidad ulterior perseguida por el sujeto activo del delito de posesión de drogas tóxicas para su tráfico ilícito. En virtud de ello; el autor plantea que

> [o]tro problema derivado del anterior surge al intentar probar que la posesión de la sustancia que se incaute tenía como finalidad alguna de las conductas del art. 368, por tanto, hay un claro problema de prueba en estos casos. Como en la mayoría de casos de tráfico de drogas, el juez deberá de valerse de circunstancias exteriores y verificables para presumir que la posesión tenía como finalidad los fines del art. 368, algo que según distintas opiniones puede vulnerar derechos como el de presunción de inocencia. Como ya he comentado anteriormente en estos casos la jurisprudencia se apoya en una serie de indicios para determinar si la conducta es típica o no, por ejemplo la cantidad de droga, si es compatible o no con el autoconsumo por su pureza, si es adicto, la forma de distribución de la droga, la cantidad de dinero que lleva el sujeto en el momento de la incautación y la distribución del mismo (billetes pequeños), la variedad de drogas, elementos como materiales para el pesaje de las sustancias, la distribución de las drogas, el lugar donde se hayan las drogas, la actitud del sujeto [...][210].

209 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., pp. 39 y 40.

210 Sánchez, *La casuística en el delito de tráfico ilícito de drogas*, ob. cit., pp. 22 y 23.

Por su parte; Molina Pérez hace la siguiente referencia:

> El juez, una vez puesto en su conocimiento el hecho de la posesión de la droga, e iniciada la investigación, habrá de acudir a todo tipo de factores de índole objetivo, a fin de demostrar el particular *animus* de que estas estaban destinadas a un ulterior tráfico. Este *animus* se inferirá, la mayoría de las veces, de la prueba indiciaria, que es la que comúnmente se da en el tráfico de drogas, y que servirá para determinar, en cada caso concreto, la tipicidad o atipicidad de la conducta[211].

Así también lo expresa Soto Nieto, cuando menciona que "naturalmente, que, en ese esfuerzo encaminado al descubrimiento y regulación de la oculta y recóndita voluntad del agente, habrán de formularse juicios de valor por el órgano de instancia con apoyo en los datos circunstanciales con que se cuente"[212]. Peña Cabrera Freyre[213], refiriéndose a la intención de traficar en el delito de posesión de drogas, reflexiona que dicha intención debe ser revelada mediante datos en esencia objetivos, elementos que en conjunto puedan deducir dicha intención delictiva.

En suma, en el caso concreto deben aparecer todos aquellos datos externos que revelen la intención del sujeto de destinar la droga poseída para su tráfico. Cabe advertir que la validez de la prueba se recoge en la Convención de Viena de 1988, que en su art. 3.3 prescribe: "el conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del art. presente podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso".

Un caso interesante de la aplicación de la prueba indiciaria para acreditar la finalidad ulterior en la posesión de la droga, lo constituye la STS español N.° 853/2007 de 26 de octubre, que en su fundamento de derecho segundo dice:

---

211 Molina Pérez, "El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico ilícito de drogas", art. cit., p. 111.

212 Soto Nieto, Francisco, *El delito de tráfico ilegal de drogas*, Madrid: Trivium, 1989, p. 78.

213 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 119.

Los elementos indiciarios tenidos en cuenta por el juzgador de instancia pueden resumirse en los siguientes:

a) Posee cocaína y no es consumidor de droga [...].
b) Comportamiento y reacciones del acusado cuando se dirigieron al mismo los agentes de policía, al mostrar evidentes signos de nerviosismo [...].
c) Que no iba a ese lugar a comprar droga lo evidencia el hecho de que, si hubiera sido así, una vez en poder de la misma no se comprende por qué razón permanece allí durante largo tiempo.
d) La actitud o comportamiento desplegado [...].
e) Tampoco se explica por qué guarda varias papelinas escondidas en el embellecedor del cambio de marchas, alegando, ya en juicio, que eran para su propio consumo, cuando el carácter de consumidor no ha resultado acreditado.
f) La distribución de la sustancia en nueve papelinas, es indicativo que se destinaba a la venta, especialmente porque no supo explicar si las adquirió para su consumo, así como la hora y lugar de su adquisición.

Los conjuntos de tales indicios permiten razonablemente entender que la droga poseída por el recurrente no era para consumirla él mismo, sino para hacerla llegar a terceros. Los datos indiciarios son plurales, se refuerzan entre sí complementándose, todos ellos apuntando en el mismo sentido [...].

La conclusión obtenida por el tribunal de instancia no puede ser puesta en entredicho para sustituirla por el criterio del recurrente, ni siquiera por el de esta Sala, dando otro alcance a los indicios, que no sería en ningún caso más razonable que el recogido en sentencia, que debe prevalecer, no solo por ser racional y fundado, sino por gozar del principio de inmediación judicial, que otorga el monopolio de la valoración probatoria.

Aquí nos encontramos ante un supuesto de adelantamientos de barreras de punición, como se hace referencia en la STS N.° 71/2002 de 24 de enero, que en su fundamento de derecho segundo dice:

[L]as acciones típicas descritas en el art. 368 del CP como la posesión o el transporte de droga con finalidad de tráfico, en las que el momento

> consumativo se anticipa, adelantando la barrera penal hasta comportamientos previos a los que propiamente serían actos de tráfico.

Esto se deriva, además, de la naturaleza de los delitos de posesión, como explica NESTLER:

> La punibilidad por la mera posesión de objetos supone un adelantamiento de las barreras de protección mediante la punición de una conducta cuyo riesgo para el bien jurídico tan solo llegará a realizarse si lleva finalmente a cabo un delito en el que este objeto sea utilizado[214].

En la jurisprudencia nacional también se ha recurrido a los indicios para afirmar la finalidad de comercialización de la droga poseída, del delito tipificado en el párr. 2 del art. 296 del CP, así, en la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.° 1428-2015-Lima Norte, de fecha 7 de julio del 2016, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema valoró que

> [e]l día veintitrés de enero del dos mil trece, como a las dos horas y veinte minutos, luego de que los efectivos de la Comisaría de Sol de Oro tomaron conocimiento de que un sujeto conocido como "Gringo" comercializaba drogas por las inmediaciones del Asentamiento Humano Cerro Pacífico-distrito de Los Olivos, montaron una operación policial para su intervención. Es así que al advertir la presencia de un individuo con las características que se les proporcionó, quien se encontraba por las cercanías de una posta médica de la localidad, fueron en su persecución pues este al notar el grupo policial se dio a la fuga. Luego de unas ocho cuadras el tipo fue capturado escondido debajo de un automóvil; y, al efectuarse el correspondiente registro personal se le encontró en su mochila, primero, una bolsa negra de polietileno conteniendo ciento ocho gramos de marihuana, y, luego, ciento noventa y tres ketes conteniendo veintiséis gramos de pasta básica de cocaína con almidón. También tenía en su poder treinta y dos soles en monedas de diferentes denominaciones. La persona intervenida

214 NESTLER, Cornelius, "El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes", en *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Comares, 2000, p. 65.

> resultó siendo el encausado Lucero Villavicencio, con varias condenas por robo agravado y tráfico ilícito de drogas.

En cuanto a la valoración de las circunstancias de la intervención, el hallazgo de la cantidad de droga y dinero, la Sala Suprema, razona que

> [e]l hecho de correr ante la presencia policial es especialmente significativo como un indicio de fuga. De igual manera, como indicio de capacidad moral se tiene las condenas anteriores y en especial por tráfico ilícito de drogas. La cantidad de droga ocupada, los actos precedentes y el dinero en monedas hallada da cuenta que estas estaban preordenadas a su comercialización. (Considerando sexto).

En la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.° 264-2016 Lima, de fecha 10 de octubre del 2016, la Sala Penal Transitoria valoró el hallazgo de diversos objetos, colador, cuchara con adherencias, envoltorios de papel tipo kete, dinero en efectivo, que valorados en conjunto con la forma en que se encontró la droga comisada (camuflada en diversos ambientes de la vivienda) y su cantidad, hace inferir la finalidad o predisposición al tráfico de la misma. Al respecto se indica lo siguiente:

> [A]l practicarse el registro domiciliario del citado inmueble, se halló en el primer piso, encima de una cómoda de madera, un papel lustre de color verde de quince por quince centímetros, el cual estaba abierto y contenía una sustancia blanquecina de entre unos cuatro a cinco gramos, al lado de una coladera de plástico de color rojo, un cuchillo de acero con logotipo Mica, una cuchara de acero, con adherencias, así como la cantidad de ciento setenta envoltorios tipo ketes de papel periódico que contenían una sustancia blanquecina pulverulenta entre otros objetos, del mismo modo en el ambiente usado como lavadero, en el piso al lado izquierdo se halló una bolsa plástica transparente que contenía la cantidad de trescientos cuarenta y dos envoltorios de papel periódico tipo ketes que contenían una sustancia pulverulenta; en el ambiente destinado como cocina se encontró una bolsa de plástico de color negro y en su interior una bolsa transparente con doscientos veinte envoltorios de papel periódico tipo ketes cada uno con una sustancia pulverulenta; se halló además dinero en efectivo,

> por un monto de mil doscientos veintiséis soles con noventa céntimos [...]. (Considerando tercero).

Ahora bien, como se ha dicho, la posesión de drogas para el propio consumo resulta impune, por ello, es usual que un intervenido con estas sustancias aduzca ser toxicómano como argumento de defensa para eludir su responsabilidad penal. En esa medida, cuando en un caso concreto se acredita lo contrario, se afirma un indicio de mala justificación, que supone un elevado indicativo de culpabilidad sobre la finalidad de preordenar la posesión a la comercialización. La sentencia expedida en el Recurso de Nulidad N.° 551-2015-Lima Sur, de 13 de febrero del 2017, razonó en este sentido lo siguiente:

> El indicio de mala justificación cobra vigencia si consideramos que la versión del proceso [...] no está probado. En este caso, se funda como un indicio cualificado con un elevado potencial indicativo de culpabilidad. La droga incautada no tuvo como destino su consumo personal. El Dictamen Pericial de Toxicología número 7501/13, de fojas ciento ochenta y ocho, concluye "negativo" en el análisis de droga. Por tanto, se infiere, razonablemente, que la posesión de la misma tenía como propósito su [...] comercialización. (Considerando décimocuarto).

El conjunto de indicios que han sido valorados por la jurisprudencia peruana para determinar el destino de la droga en el contexto normativo del párr. 2 del art. 296 del CP queda reseñado en la Ejecutoria Suprema de 6 de agosto del 2005, Recurso de Nulidad N.° 1012-2015-Piura, citado por Mazuecos Asid, quien expone las siguientes precisiones:

> [R]esolvió que, en casos de duda, para acreditar el destino de la droga basta con tener en cuenta los siguientes indicios, que en su constituirían prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia:
>
> La posesión de una cantidad importante de droga, la cual debe ser tenida en cuenta, en atención a la clase de sustancia intervenida.
>
> Que la persona a quien se le intervenga la droga, no tenga la condición de consumidor habitual de dicha sustancia.

> Que la droga que se intervenga esté preparada para su disposición o al menos que esté dispuesta de tal manera que permita inferir su distribución a terceros.
>
> El lugar en que se halle la droga y si está oculta o no.
>
> La capacidad económica del poseedor de la droga en relación con el valor de la misma.
>
> La actitud adoptada por el poseedor frente a la policía en el momento de la aprehensión de la droga.
>
> El grado de pureza de la droga. Si se trata de una elevada pureza, este indicio es indicativo de la distribución a terceros, en cambio, si la droga es de baja calidad, ello indica que ya ha sido adulterada y está preparada para el consumo.
>
> La posesión de utensilios para el pesaje de la droga, como por ejemplo básculas de precisión, capaces de pesar en micras o pequeñas cantidades, así como utensilios para la distribución, cuchillas para cortar, bolsas de plástico monodosis, etc.
>
> La posesión de importantes sumas de dinero, sobre todo si el dinero se encuentra de manera fraccionada en monedas o billetes de poco valor, o que indica la venta al menudeo[215].

Es usual, entonces, en la doctrina y en la jurisprudencia, calificar la posesión de drogas para su tráfico como actos de posesión con destino o finalidad al consumo directo de la droga. Así, en el párr. 2 del art. 296 se indica que se requiere una posesión preordenada al tráfico. En este extremo, lo decisivo es la prueba indiciaria, que es la que puede enervar la presunción de inocencia respecto a los componentes internos del delito, como es el ánimo de destinar la droga para su tráfico. No obstante, la tipicidad no requiere que aquel objetivo o finalidad se concrete objetivamente. Es decir, que realmente se realice un acto posterior de comercialización de droga. Será suficiente que haya estado presente al momento de poseer la sustancia adictiva.

215 Mazuecos, "La posesión de drogas: delito o conducta atípica", art. cit., pp. 293 y 294.

5. Actos de posesión para su comercialización inmediata como fase enmarcada en el ciclo de la droga

El Perú es considerado un país productor de droga, pues como explica Caro Coria:

> [S]egún reporta la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC), Perú es el segundo productor de cocaína a nivel mundial, ubicándose por debajo de Colombia y por encima de Bolivia. En la actualidad, se cultiva coca en 42 900 hectáreas del territorio peruano, cifra que representa el 32 % del cultivo mundial de arbustos de coca. Si bien entre los años 2011 y 2014 la superficie de cultivo de arbustos de coca había disminuido, representando el 31 % del cultivo mundial, en el 2015 esta cifra volvió a incrementarse[216].

En esa medida, la mayor cantidad de la droga producida en el Perú se encuentra destinada para el mercado internacional, siendo que un porcentaje menor de la droga termina en el mercado nacional, en especial en las grandes ciudades.

El circuito de la droga para la "exportación al extranjero" inicia en los valles cocaleros, donde se produce la pasta básica de cocaína y su refinamiento en clorhidrato de cocaína. Luego la droga es transportada desde los lugares de producción hacia los puntos de "exportación", en especial los puertos del país, por lo que las modalidades típicas de "tráfico" en nuestro país se aprovechan del comercio exterior. Además de las rutas para la salida de la droga que se camuflan con el comercio exterior, también se utilizan rutas clandestinas, pues; como lo explica Salazar[217], existen distintos puntos de salida para la droga que se produce en el Perú, los cuales abastecen los mercados internacionales:

En el norte se emplean los puertos de Talara, Paita, Bayóvar y muchas caletas no controladas del litoral, tales como Parachique, Puerto

216 Caro Coria, "Análisis crítico de políticas criminales existentes en materia de drogas ilícitas en el Perú", art. cit., p. 172.

217 Salazar, "Narcotráfico", art. cit., pp. 61-64.

Rico y La Tortuga en Sechura; La Islilla en Paita; Cabo Blanco en Talara y La Cruz En Tumbes.

Las drogas que se produce en los valles del Huallaga estarían saliendo por el Monzón para llegar a Chimbote y Huacho en el norte chico y de allí pasar a Lima y los mercados del exterior.

En la sierra sur se toman rutas vía Sandia y Desaguadero en Puno para llegar a los mercados internos de Bolivia y Brasil. También existen rutas aéreas desde Vraem y Puno hacia Bolivia.

En el caso del Vraem se emplean caminos de herradura por las estribaciones andinas buscando salir a la costa por Nazca o mediante la región Junín.

Una ruta muy importante es la del Callao; donde se producen embarques a través de embarcaciones, con el apoyo de funcionarios aduaneros corruptos y mediante el aeropuerto Jorge Chávez. Parte de estos embarques son capturados por las autoridades.

También se emplea el río Marañón y sus afluentes por La Libertad, Huánuco, Ancash y Cajamarca; siempre con el propósito de llegar a las zonas de exportación preferentemente de tipo marítimo, y, en menor cantidad por vía aérea. Se informa que además existen rutas para llegar a Colombia y Brasil.

En el caso de la demanda interna, se advierte que el ciclo de la droga da inicio en las zonas de producción y tiene su destino final en las grandes ciudades, en esa medida, la droga producida transita por toda una red de distribución conectando todas las fases del ciclo económico de esta ilegal mercancía, desde la producción hasta el consumidor final. En ese sentido, CHIAPPE manifiesta lo siguiente:

> En el Perú, el tráfico de drogas cocaínicas conforma una cadena que va desde el agricultor hasta el consumidor. Por ejemplo, la pasta básica o el clorhidrato de cocaína pasa a través de las manos de los productores, de los que son intermediarios en la zona de producción, a los que trasladan la droga a las distintas ciudades de la costa principalmente,

> los microcomercializadores o "paqueteros", antes de terminar en el consumidor[218].

Sin embargo, el Perú no es considerado un país con altas tasas de consumidores de droga. Al respecto, Caro Coria, lo plantea esta problemática en los siguientes términos:

> El consumo de drogas ilícitas en el Perú se encuentra debajo de la media que muestra América Latina. Según una encuesta de 2012, la prevalencia referida a los escolares que alguna vez en su vida han consumido una droga ilegal es de 8,1 %, y, en específico, 4,3 % ha consumido marihuana —la droga más común entre los jóvenes—. Es de destacar que esta cifra es muy reducida si se compara con las cifras de otros países de América, donde los porcentajes fluctúan entre el 20 y 25 %. Estas estadísticas demuestran que en el Perú se ha instalado una cultura preventiva, alimentada por un contexto en que más del 90 % de la población se encuentra abiertamente en contra de la legalización de las drogas. Ello resulta ser alentador, si se tiene en cuenta que el Perú es un país productor de pasta básica de cocaína (PBC) y que, por ende, los consumidores potenciales podrían adquirirla a precios muy bajos, con relación al mercado internacional. Pero esta tasa tan reducida de consumidores de drogas ilícitas obedece a las políticas públicas instauradas por los gobiernos que han dado continuidad a los programas preventivos[219].

Sin embargo, debemos matizar esta afirmación, pues en los últimos años el consumo nacional de drogas ha ido en aumento por efecto de las políticas de represión de la exportación de drogas, lo que ha generado que la droga producida que no puede salir al extranjero busque ser comercializada en el país. En esa medida; Chiappe, explica que:

> [l]as estrategias y acciones de control de la exportación de las drogas cocaínicas principalmente al mercado norteamericano, europeo y

218 Chiappe, Gianfranco, "Microcomercio", en *El problema de las drogas en el Perú 2015*, Lima, Cedro, 2015, p. 66.

219 Caro Coria, "Análisis crítico de políticas criminales existentes en materia de drogas ilícitas en el Perú", art. cit., p. 172.

> asiático; los métodos de interdicción que buscan desarticular las grandes mafias de traficantes; sumado a las acciones de los diversos programas de sustitución de cultivos de plantaciones de la hoja de coca entre otros factores, han contribuido en una mayor disponibilidad de drogas cocaínicas en el mercado interno del país dentro de un proceso de significativo abaratamiento de los precios, fenómeno observado en Lima y las distintas ciudades urbanas del Perú. Hoy es posible observar que si bien el precio del clorhidrato de cocaína ha decrecido significativamente, el precio de la PBC ha llegado a ser exiguo. Esta situación podría guardar relación con la aparente sobreproducción de drogas cocaínicas. Según la UNODC, el promedio de costos de un kilogramo de PBC en las zonas de producción es alrededor de 800 dólares (2400 soles), mientas que el de la cocaína es de 1200 dólares (3600.00 soles). Al llegar a Lima y otras ciudades de la costa, las drogas cocaínicas incrementan sus precios —aunque posiblemente no en rangos de años pasados— como en todos los mercados ilícitos, la adulteración es la norma y es donde el costo de las drogas cocaínicas se ha abaratado significativamente. Si bien no hay estudios confiables sobre este tema, se asume que, de un kilo de cocaína, los acopiadores obtienen entre 2 a 3 kilogramos de la droga, quedando así, listo para su comercialización al menudeo[220].

Con lo cual, el principal mercado de la droga que se produce en el Perú sigue estando destinado al mercado internacional, pero los diversos mecanismos de interdicción y represión de la "exportación de drogas" ha producido un mayor incremento de disponibilidad de drogas cocaínicas en el mercado local, lo que se ha visto acompañado de una disminución del precio de las mismas.

La posesión de droga para su tráfico ilícito, que se regula en el párr. 2 del art. 296 del CP, corresponde a esta fase del ciclo de la droga, donde la sustancia ilícita es puesta a disposición del consumidor final, así se desprende de la interpretación hecha por la jurisprudencia nacional. Asimismo, podemos observar que la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema consideró un acto de posesión de drogas para su tráfico ilícito, tipificado en el párr. 2 del 296, la posesión de droga para

220 Chiappe, "Microcomercio", art. cit., p. 65.

la comercialización directa al consumidor potencial, haciendo referencia a la sentencia en el R. N. N.° 551-2015-Lima Sur, que se refiere a la intervención, el 31 de mayo del 2013, de una persona en posesión de droga (en el bolsillo derecho de su pantalón se encontró dos bolsas plásticas transparentes, conteniendo 120 ketes de pasta básica de cocaína) en la vía pública y el posterior hallazgo de droga en el ambiente destinado como dormitorio del inmueble habitado por el imputado (debajo de la cama se encontró una caja de cartón donde guardaba 25 bolsas plásticas transparentes que contenía 1500 ketes de pasta básica de cocaína). Además, en el inmueble se encontró un plato de loza para sopa, una cuchara de metal, dos coladores de metal, un colador de plástico, los mismos que presentaban adherencias a sustancias compatibles con pasta básica de cocaína.

De la misma manera, en la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.° 299-2015-Lima, de 23 de enero del 2017, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema tipificó en el párr. 2 del 296 a los hechos de posesión de droga para su comercialización inmediata; estos se refieren a la intervención del acusado, el 19 de marzo del 2012, en la vía pública tras una persecución policial —cuando pretendía ingresar a su vivienda—, hallándose en el bolsillo derecho de su pantalón 40 envoltorios tipo kete con 3.0 gramos de pasta básica de cocaína, y en su habitación —en la cómoda— 550 envoltorios tipo kete con 26.0 gramos de pasta básica de cocaína, así como un retazo de tela con doble fondo que contenía 67.0 gramos de pasta básica de cocaína; asimismo, también se le encontró 22 bolsitas con fragmentos de cannabis sativa (marihuana) con un peso de 27.0 gramos.

De los casos reseñados, se infiere que la posesión de la droga se encuentra preordenado para su comercialización directa al consumidor final. La jurisprudencia nacional ha tipificado estos hechos en el párr. 2 del art. 296 del CP, recurriendo a la prueba indiciaria para probar esa la finalidad, como advierten Álvarez y otros autores:

> La jurisprudencia suele apoyarse en una serie de indicios para afirmar la presencia de posesión típica, requiriéndose normalmente que sean plurales o excepcionalmente único, pero de una singular potencia acreditativa. Así, la cantidad de droga incompatible con el propio consumo y su pureza; la no condición de drogodependiente o, al menos, de consumidor del poseedor; la forma de distribución de la droga (por ejemplo, en papelinas); la tenencia de elevadas cantidades de dinero de procedencia no justificada; la distribución del dinero en billetes pequeños y moneda fraccionaria, la variedad de drogas poseídas; la ocupación de útiles, instrumentos o materiales para el pesaje (como balanzas de precisión), cortado, distribución; el lugar en el que se encuentra la droga; el lugar y actitud en que el sujeto es sorprendido con esta sustancia e, incluso, la conducta evasiva mostrada por el mismo[221].

En las otras formas de posesión que se encuentran incluidas en los actos de tráfico, a los que se refiere el párr. 1 del art. 296 del CP, no se requiere acreditar la finalidad ulterior de comercialización inmediata de la droga poseída. Así, los actos de acopio de la droga y los actos de transporte se encuentran incluidos en el término genérico "tráfico".

III. CONCLUSIONES DEL APARTADO

Del estudio dogmático del párr. 2 del art. 296 del CP, se tienen las siguientes conclusiones:

1.- Bajo la técnica legislativa de "delitos de posesión", se criminaliza la posesión de objetos ante el potencial peligro que estos suponen, o ante la eventualidad de que sean utilizados para cometer un delito. Sin embargo, si se entiende a la "posesión" como "tener una cosa", se está haciendo referencia a un hecho y no a un comportamiento, lo que no resulta compatible con un derecho penal que solo reprime "actos". Es por eso que en la doctrina más avanzada en la materia se equipará el poseer con el comportamiento de control sobre una cosa, así, *poseer un objeto consiste en ejercer cierto control sobre él, y ese ejercicio de*

221 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., pp. 39 y 40.

control es compatible con lo que se entiende como una conducta. En ese sentido, se debe valorar que si poseer es ejercer un cierto control, el agente poseerá mientras conserve dicho control sobre la cosa que posee. Por lo que si un tipo penal sanciona "al que posea" tal o cual cosa, dicho comportamiento se extenderá por un cierto lapso: desde que comienza hasta que termina la posesión.

2.- No existe una sola clase de "delitos de posesión", pues están los delitos que reprimen la posesión de objetos peligrosos, por ejemplo, los que pueden explotar o inflamarse, o los agentes patógenos, otros objetos presentan el peligro de que su uso pueda causar daños a través del poseedor o un tercero (esto vale, sobre todo, para la posesión de armas de fuego), estos delitos son los que se conocen como "delitos puros de posesión". Además, existen supuestos donde junto al dato objetivo de posesión de una cosa prohibida debe aparecer acompañado de destinar la cosa a un fin delictivo dado por el propio legislador, así, algunos delitos de posesión contemplan como elemento del tipo la intención de utilización de los objetos poseídos, es decir, exigen una tendencia interna trascendente. Estos últimos son los denominados delitos de "posesión con intención de utilización".

3.- El delito de posesión de drogas, tipificado en el párr. 2 del art. 296 del CP, no es un delito de mera posesión, en el sentido de criminalización de un hecho, sino un delito de acción, donde se reprime un comportamiento, esto es, poseer un objeto consiste en ejercer cierto control sobre él, y ese ejercicio de control es compatible con lo que se entiende como una conducta, con lo cual, y como también se ha explicado, si un tipo penal sanciona "al que posea" tal o cual cosa, dicho comportamiento se extenderá por un cierto lapso: desde que comienza hasta que termina la posesión. Se reprime, por tanto, el control que ejerce el sujeto sobre la droga poseída, es decir; la relación de dominio o control sobre la cosa.

4.- La posesión de drogas solo será punible si concurre en ella la intención de traficar. En consecuencia, para su sanción deberá probarse la concurrencia de dicho elemento subjetivo del tipo. El delito de posesión de drogas es un tipo de delito de posesión que contempla como elemento del tipo la intención de utilización de los objetos poseídos, es decir, exigen una tendencia interna trascendente, esto es, lo que se denomina en la doctrina delitos de "posesión con intención de utilización". En los términos empleados por el profesor SCHROEDER, en este caso específico, nos referimos a la intención de traficar con la sustancia, destinarla a la comercialización inmediata—mediando precio— y a la disposición directa de los consumidores potenciales.

5.- En el delito de posesión de drogas para su tráfico, tipificado en el párr. 2 del art. 296 del CP, lo que determina el carácter delictivo de la posesión de drogas es su preordenación para el tráfico. De esta manera la diferencia entre el comportamiento delictivo y el no punible se sitúa en el tipo subjetivo. Sin embargo, la comprobación de la finalidad del tráfico depende de la objetivación de la voluntad, y ello ha requerido establecer qué elementos del hecho facilitan el conocimiento de la finalidad de la tenencia. Así, *la verificación objetiva de esa finalidad solo puede apreciarse a partir de la prueba indiciaria*. La cual puede construirse y lograrse cotejando aspectos objetivos que nos indiquen la razón, circunstancias y propósito de la posesión. La jurisprudencia suele apoyarse en una serie de indicios para afirmar la presencia de posesión típica, requiriéndose normalmente que sean plurales o excepcionalmente único, pero de una singular potencia acreditativa. De ahí la cantidad de droga incompatible con el propio consumo y su pureza; la no condición de drogodependiente o, al menos, de consumidor del poseedor; la forma de distribución de la droga (por ejemplo, en papelinas); la tenencia de elevadas cantidades de dinero de procedencia no justificada; la distribución del dinero en billetes pequeños y moneda fraccionaria, la variedad de drogas poseídas; la ocupa-

ción de útiles, instrumentos o materiales para el pesaje (como balanzas de precisión), cortado, distribución; el lugar en el que se encuentra la droga; el lugar y actitud en que el sujeto es sorprendido con esta sustancia; e, incluso, la conducta evasiva mostrada por el mismo.

6.- El Perú es considerado un país productor de droga, en esa medida, la mayor cantidad de la droga producida en el Perú se encuentra destinada para el mercado internacional, siendo que un porcentaje menor de la droga termina en el mercado nacional, en especial en las grandes ciudades. Para la demanda interna, el circuito de la droga inicia desde las zonas de producción hasta llegar a las grandes ciudades la droga pasa por toda una red de distribución que conecta todos los ciclos de la droga, desde la producción al consumo. La posesión de droga para su tráfico ilícito, que se regula en el párr. 2 del art. 296 del CP, corresponde a esta fase del ciclo de la droga, donde la sustancia ilícita es puesta a disposición del consumidor final, conforme se puede verificar de la jurisprudencia nacional (Recurso de Nulidad N.° 551-2015-Lima Sur, de 31 de mayo del 2013 y Recurso de Nulidad N.° 299-2015-Lima, de 23 de enero del 2017, entre otros).

IV. CRITERIOS PARA LA DISTINCIÓN DE LOS COMPORTAMIENTOS DE "POSESIÓN DE DROGAS" COMPRENDIDOS EN EL PRIMER Y SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 296 DEL CÓDIGO PENAL

Como se ha dicho, el art. 296 del CP comprende cuatro delitos autónomos, tres de ellos, además, han sido estructurados como tipos penales alternativos, lo que la doctrina conoce como "tipos penales en cascada"; el párr. 1 regula el delito de promoción o favorecimiento al tráfico de drogas, mediante actos de fabricación o tráfico, el párr. 2 considera como delito la posesión de drogas para su tráfico ilícito, mientras que el tercer párrafo considera como conducta delictiva el tráfico de precursores destinados a la elaboración de drogas, cuando el sujeto activo no cuenta con autorización administrativa, y, en el párr. 4 la conspiración para el tráfico ilícito de drogas es considerada como

una conducta punible. En suma, el art. 296 contiene cuatro tipos básicos, respecto de los cuales se pueden aplicar las figuras agravadas o atenuadas de los arts. 297 y 298, respectivamente.

El problema se suscrita, porque debido a la confusa redacción de los tipos penales comprendidos en los párrafos primero y segundo, resulta difícil distinguir los actos de posesión de droga, a los que hace referencia el párr. 1 del art. 296 del CP, comprendidos en los "actos de tráfico" de drogas tóxicas; de la "posesión de droga para su tráfico ilícito" contenido en el párr. 2 del mismo artículo.

Esto es, no quedó claro a que supuestos se refiere la "posesión de drogas para su tráfico ilícito", esta hipótesis fáctica comprende, este supuesto, ¿solo abarca la posesión de drogas para su comercialización y distribución de forma inmediata a los potenciales consumidores, o, también acabar otras situaciones más amplias con el depósito de droga o su transporte?; ante lo cual, qué criterios pueden ser emplear para diferenciar los actos de "posesión de droga para su tráfico ilícito, comprendidos en los actos de "tráfico" del párr. 1, que justamente supone la "posesión" de la droga para su tráfico ilegal, de los supuestos de posesión para su comercialización inmediata del párr. 2.

Uno de los pocos casos donde se establecen criterios de diferenciación lo constituye la sentencia del Recurso de Nulidad N.° 1165-2015-Lima, de 23 de enero del 2017, aquí la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, da cuenta que Sala Superior condenó por el párr. 2 del art. 296, al imputado en ese proceso, por *actos de posesión de droga de donde no se apreciaba su destinado*, sin embargo, la Sala Suprema recondujo esa calificación jurídica y consideró que esos actos deben tipificarse en el párr. 1 del 296, ya que, según la Sala Suprema, esta figura penal considera la mera posesión de droga como punible, sin necesidad que aparezca una finalidad posterior de comercialización, mientras —interpreta— que el párr. 2 del 296 regula una posesión de drogas donde sí se requiere la presencia de una intención de destino sobre el objeto material del delito. Esta Ejecutoria Suprema viene entonces a introducir como criterio interpretativo de diferenciación entre ambos tipos de

posesión de drogas, comprendidas en las referidas normas sustantivas, "la apreciación del destino predeterminado de la droga".

Sin embargo, ese criterio de distinción es limitado, pues en un acto de acopio de droga o de posesión en el transporte de droga para su posterior comercialización en el mercado nacional o internacional, que podrían ser comprendidos en el párr. 1 del 296, también se presenta una intención posterior, especificada en el tipo penal, como es la finalidad de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, precisamente mediante esos actos de tráfico, que suponen la posesión de la droga, pero es una intención de destinar la droga a comercialización no inmediata, más alejada del consumidor final. Por eso considero, que el criterio de distinción entre los dos supuestos de posesión de droga, como acto de tráfico y como posesión para su tráfico ilícito, debe ser el destino inmediato o no de la comercialización al consumidor final, así, la posesión de droga con la intención de darle un destino inmediato de comercialización para el consumidor final debe ser tipificado en el párr. 2 del 296, mientras que la posesión de droga con la intención de darle un destino mediato de comercialización más alejado del consumidor final, debe ser considerado como un acto de tráfico que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas. En un caso concreto, esta finalidad posterior diferente al dolo, solo se aprecia teniendo en cuenta la fase del ciclo de la droga en que se suscita el acto de posesión.

Con lo cual, la presente investigación tiene por objeto, establecer los criterios para la diferenciación de los comportamientos comprendidos en el párr. 2 del art. 296 "posesión de droga para su tráfico ilícito" de los actos de "tráfico" del párr. 1, teniendo en cuenta la fase del ciclo de la droga en el que se ubique los actos concretos de posesión. Para lo cual, considero, debe tenerse en cuenta la realidad criminológica de delito de tráfico ilícito de drogas en el Perú, y que el término "tráfico" empleado en el párr. 1 comprende una serie de comportamientos asociados a la exportación de drogas para su comercialización posterior, tendiente a satisfacer la demanda externa, por lo que, todo acto de posesión de drogas dentro de esta fase o circuito, debe quedar comprendido en esa

hipótesis legal, así el acopio, depósito o almacenamiento de drogas, y el transporte de las mismas; mientras que, por exclusión, la "posesión de droga para su tráfico ilícito" del párr. 2 debe comprender únicamente la tenencia de droga para su comercialización y distribución inmediata a los consumidores individuales, tendiente a satisfacer la demanda interna, donde aparezca claramente, la finalidad de tráfico ilícito que exige el tipo penal.

1. Confusión sobre la tipificación de los supuestos de "posesión de drogas" del primer y segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal

Ante la complejidad técnica que supone la interpretación y aplicación en la práctica de estos comportamientos delictivos, se esperaría que el legislador estructure tipos penales claramente definidos, destinando un art. del CP para un ciclo específico de la comercialización de la droga; sin embargo, en una mala técnica legislativa el art. 296 del CP, comprende cuatro delitos autónomos, tres de ellos además han sido estructurados como tipos penales alternativos, lo que la doctrina conoce como "tipos penales en cascada"; el párr. 1 regula el delito de promoción o favorecimiento al tráfico de drogas, mediante actos de fabricación o tráfico, el párr. 2 considera como delito la posesión de drogas para su tráfico ilícito, mientras que el tercer párrafo considera como conducta delictiva el tráfico de precursores destinados a la elaboración de drogas, cuando el sujeto activo no cuenta con autorización administrativa, y, en el cuarto párrafo la conspiración para el tráfico ilícito de drogas es considerada como una conducta punible. En suma, el art. 296 contiene cuatro tipos básicos, respecto de los cuales se pueden aplicar las figuras agravadas o atenuadas de los arts. 297 y 298, respectivamente.

Al momento de determinarse qué supuestos fácticos se encontrarían comprendidos en el término "posesión de drogas para su tráfico ilícito" del párr. 2 del art. 296 del CP, que en términos generales supone la disposición directa o indirecta sobre la droga, se observa que estos

comportamientos se yuxtaponen en el término amplio de "tráfico" del párr. 1, que como hemos visto suponen actos mercantiles, que requieren la "posesión" de la droga, ya sea una posesión mediata o inmediata. Se presenta entonces una redacción confusa de los tipos penales comprendidos en el primer y párr. 2 del art. 296, ya que, en un caso concreto la posesión de la droga puede entenderse comprendida en los términos amplios de "tráfico" del párr. 1, y esa misma situación fáctica podría ser considerada en el párr. 2 como posesión de drogas preordenada a su (también) tráfico ilícito. En ambos tipos penales se utiliza el término "tráfico".

Esta forma de redacción ha generado importantes problemas interpretativos, así la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en diversas ejecutorias supremas, ha precisado que los actos de "posesión" de drogas, regulados en el párr. 2 debe tener como propósito el promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, lo que resulta un error, porque de la simple lectura de los tipos penales regulados en el art. 296 se advierte que ese elemento subjetivo diferente al dolo, solo se exige para el delito regulado en el párr. 1.

Así, se advierte en el Recurso de Nulidad N.° 2287-2015-Junín, del 22 de noviembre del 2016, al referirse al delito de Tráfico Ilícito de Drogas, expresa que: "es una infracción penal de peligro abstracto, en que el delito se perfecciona con la promoción, favorecimiento o facilitación de las drogas mediante actos de fabricación o tráfico, o de posesión con dichos fines". (Considerando trigésimo segundo). Lo mismo, se dice en el Recurso de Nulidad N.° 299-2016 Lima de 9 de noviembre del 2016: "El delito de tráfico ilícito de drogas, previsto en el art. 296 del CP, es una infracción de peligro abstracto, se perfecciona con la promoción favorecimiento o facilitación de las drogas mediante actos de fabricación o tráfico, o de posesión con dichos fines" (Considerando Quinto); a pesar, además, que los hechos fueron tipificados en el párr. 2 del 296. Este error tal vez se deba a que en la redacción original del art. 296, los

actos de "posesión" se encontraban regulados en el párr. 1, emulando la redacción del art. 368 del CP español.[222]

Lo cierto es que, en su redacción primigenia el párr. 1 del art. 296 del CP comprendía la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, mediante actos de fabricación, tráfico o posesión, será recién con la Ley N.° 28002, de 17 de junio del 2003, se independizó la "posesión" en un párrafo diferenciado, reduciendo la pena conminada para este supuesto no menor de seis ni mayor de doce, como lo advierte la Corte Suprema en la Sentencia Plenaria N.° 2-2005/DJ-301-A:

> La ley número 28002 [...]. Entre otros tipos legales, modificó el art. 296, que es el tipo básico, a cuyo efecto independizó el supuesto de posesión de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito, y perfiló el de tráfico de precursores [...].

Ello, debido a que, según el Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso:

> En el art. 296 del CP a modificarse se ha partido de la constatación que en su interior coexisten, en realidad tres supuestos distintos que por sus propias características y niveles de injusto penal no pueden ser sancionados con la misma penalidad.

Estos supuestos son: a) La promoción, favorecimiento y facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas mediante actos de fabricación o tráfico; b) La posesión de

222 En un caso sobre hechos del año 2002, antes de la referida modificación del art. 296 del CP, que consideraba los actos de posesión de drogas en el párr. 1, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, utiliza el mismo esquema para caracterizar el delito, así en el considerando cuarto del Recurso de Nulidad N.° 1769-2015 Lima, de 14 de setiembre del 2016, se lee: "El delito de tráfico ilícito de drogas, previsto en el art. doscientos noventa y seis del Código Penal es una infracción de peligro abstracto, se perfecciona con la promoción, favorecimiento o facilitación de las drogas mediante actos de fabricación o tráfico, o de posesión con dichos fines".

drogas estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito; c) la comercialización de materias primas o insumos destinados a la elaboración ilegal de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

En esa medida, por efecto de la Ley N.° 28002, el legislador consideró que "la posesión de drogas estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito" merece una penalidad menor que "la promoción, favorecimiento y facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas mediante actos de fabricación o tráfico", que conservó una pena conminada no menor de ocho ni mayor de quince.

Pero no quedó claro a que supuestos se refiere la "posesión de drogas para su tráfico ilícito", esto es, ¿solo la tenencia de droga para su comercialización y distribución inmediata a los consumidores individuales potenciales —vendedores de droga en las calles— u otros supuestos más amplios como el acopio (depósito) de droga o transporte?, y en ese medida, cómo diferenciar este comportamiento de "posesión de droga para su tráfico ilícito" de los actos de "tráfico" del párr. 1, término este último que supone un tráfico comercial y que comprende actos de depositar, retener, ofrecer, expender, vender, distribuir, despachar, transportar, importar, exportar o expedir en tránsito, comportamientos mercantiles que requieren la "posesión" de la cosa, en este caso de la droga, justamente la posesión para su tráfico comercial, obviamente ilegal.

Si el supuesto de "posesión de drogas para su tráfico ilícito", se refiere únicamente a la tenencia de droga para su comercialización y distribución inmediata a los consumidores individuales potenciales, o incluso a otros supuestos más amplios como el acopio (depósito) de droga o transporte, resulta incongruente que el legislador conmine estos comportamientos con una pena menor, a la dispensada a los "actos de fabricación", que se encuentra más alejado de la vulneración o puesta en peligro del bien jurídico tutelado "salud pública".

Un estudio de la doctrina nacional pone de manifiesto que esta cuestión no ha sido dilucidada, ya que, se advierte falta de delimitación de los comportamientos comprendidos en el primer (actos de tráfico)

y párr. 2 (posesión para su tráfico) del 296; así, Prado Saldarriaga, al comentar el párr. 2 del art. 296 hace hincapié en que los supuestos de *posesión o tenencia dolosa de droga*, para ser considerados delictivos deben estar orientados hacia un acto posterior de tráfico, esto es, "debe coexistir en el agente una finalidad de comercialización de la droga poseída en cualquiera de las modalidades que son enunciadas por el art. 89.7 del Decreto Ley N.° 22095"[223], así cuando revisamos la citada norma, tenemos que a efectos de la misma se entiende "comerciar", el acto de depositar, retener, ofrecer, expender, vender, distribuir, despachar, transportar, importar, exportar, expedir en tránsito o que bajo cualquiera otra modalidad se dedique a actividades ilícitas con drogas; esto es, para el profesor sanmarquino, la "posesión de drogas para su tráfico ilícito" del párr. 2 del art. 296, comprende un abanico de comportamientos, donde se encuadrarían el acopio, transporte, venta, entre otros de drogas, incluso refiere que para poner de manifiesto estos fines los tribunales recurren a la prueba indiciaria, poniendo ejemplos de comercialización o distribución —venta de drogas— para los consumidores individuales.

Sin embargo, el mismo autor, cuando analiza que se debe entender por "actos de tráfico" contenido en el párr. 1 del art. 296, recurre a la misma norma administrativa, dándole un contenido exacto a ambas hipótesis fácticas, así sostiene:

> [P]ara la tipicidad será suficiente con que el sujeto activo realice, cuando menos, uno de aquellos comportamientos que constituyen actos [...] tráfico. Es decir, que conforme al art. 89 del Decreto Ley N.° 22095 el agente puede [...] "depositar, retener, ofrecer, expender, vender, distribuir, despachar, transportar, importar, exportar o expedir en tránsito" sustancias adictivas (inc. 6)[224].

Lo mismo, sucede con Peña Cabrera Freyre, cuando analiza el párr. 2 del art. 296 sostiene que "la posesión [de la droga] solo será punible si concurre la intención de traficar, debiendo en consecuencia

223 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada. Parte especial*, ob. cit., p. 149.
224 *Ibid.*, pp. 145 y 146.

probarse en el proceso penal la concurrencia de dicho elemento subjetivo del tipo" agrega al respecto que "el agente debe subjetivamente proponerse un fin ulterior a la posesión. Dicha finalidad debe ser la de destinar la droga poseída al tráfico ilegal", así precisa que la posesión o comercialización de la droga supone "cualquiera de las manifestaciones que precisa el inciso 7 del art. 89 del DL N.° 22095"[225]; de la misma manera, cuando este autor nacional analiza el párr. 1 del art. 296, señala que se trata de un tipo penal alternativo, siendo suficiente que el sujeto realice alguno de los comportamientos que constituyen actos de tráfico conforme a lo descrito en el art. 89.7 del DL N.° 22095[226].

Entonces, si como sugieren los autores nacionales citados, si en ambas hipótesis legales nos vamos a remitir a los comportamientos descritos en art. 89.7 del Decreto Ley N.° 22095, supuestos de hecho similares pueden ser tipificados indistintamente en el primer o segundo párrafo del art. 296; así los casos de acopio de droga en una vivienda para su posterior exportación al extranjero, que suponen actos de posesión, que resulta sustancialmente diferente a la posesión de droga en una vivienda para su venta y/o distribución a los consumidores individuales, o los actos de transporte de droga, que también supone una posesión en su traslado de un lugar a otro, ¿en qué hipótesis legal tendrían que ser tipificados?

Se advierte entonces, que debido a la forma de redacción de los tipos penales contenidos en el primer y segundo párrafo del art. 296 del CP no resulta sencillo delimitar los comportamientos que deben ser considerados "actos de tráfico" para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, de los comportamientos que encajen en la hipótesis fáctica descrita en el párr. 2, "posesión de drogas para su tráfico ilícito".

225 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit, pp. 119 y 120.

226 *Ibid.* p. 106.

Por ejemplo, en la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.° 2566-2015-Lima, de fecha 9 de febrero del 2017, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, calificó como "posesión con fines de comercialización" a los actos de tráfico desplegados por el imputado el 19 de mayo del 2006, que entregó para su envío vía aérea una encomienda a través de la empresa TNT Courier Internacional con destino a Europa, que contenía jarrones de artesanía acondicionados con 19.370 kilogramos de clorhidrato de cocaína. Si bien, estos hechos fueron tipificados en el párr. 1 del art. 296, el lenguaje utilizado por la Corte Suprema —"posesión con fines de comercialización"— se confunde con la descripción típica del párr. 2.

Así también, supuestos fácticos como *la posesión de droga en una vivienda para su venta y/o distribución a los consumidores individuales*, cuando no encaja en la figura de microcomercialización, han sido tipificado usualmente en el párr. 2 del 296, pero también se pueden observar casos donde la calificación jurídica a correspondido al delito previsto en el párr. 1.

Muestra de ello, es la sentencia emitida en el Recurso de Nulidad N.° 1334-2015-Lima Sur, la Segunda Sala Penal Transitoria, consideró correcta la decisión de la Sala Superior de tener como probados los hechos del 6 de abril del 2013 referidos al hallazgo de droga —953 envoltorios de papel revista tipo ketes, conteniendo 105.0 gramos de pasta básica de cocaína y 12 bolsitas transparentes con cierre hermético, conteniendo 34 gramos de Cannabis Sativa, Mariguana— en diversos ambientes de una vivienda habitada por el imputado, quien fuera previamente intervenido en posesión de 60 envoltorios tipo ketes, conteniendo 60 granos de pasta básica de cocaína, vivienda en donde además se encontró una bolsa conteniendo ligas, un paquete de bolsas con cierre hermético, una cuchara pequeña, un tenedor adaptado con una tapa de parta de dientes y 123.50 soles, estos hechos fueron tipificados como *delito de tráfico ilícito de drogas–promoción o favorecimiento al tráfico de drogas, esto es, en el párr. 1 de 296*, al considerar que estábamos ante un supuesto de "posesión de droga (pasta básica y cannabis savita) para su tráfico".

En otro caso, también referido a la posesión de droga para su comercialización inmediata a consumidores individuales, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, consideró los hechos contenidos en la sentencia expedida en el Recurso de Nulidad N.° 2406-2015-Huánuco, como *delito de favorecimiento o promoción al tráfico ilícito de* drogas y aunque no lo dice expresamente se refiere al ilícito previsto en el *párr. 1 del 296,* los hechos se refieren a que el 18 de noviembre del 2011, se produjo el hallazgo de droga (552 envoltorios de papel tipo ketes de pasta básica de cocaína sobre la cama y en la cómoda) en el ambiente destinado al dormitorio del inmueble habitado por el acusado, encontrándose en dicho lugar diversos instrumentos que hacen inferir la intención del sujeto de comercializar la ilícita sustancia.

Sin embargo, un hecho similar fue tipificado por la misma Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el párr. 2 del 296, nos referimos a la sentencia en el R. N. N.° 551-2015-Lima Sur, que se refiere a la intervención, el 31 de mayo del 2013, de una persona en posesión de droga (en el bolsillo derecho de su pantalón se encontró dos bolsas plásticas transparentes, conteniendo 120 ketes de pasta básica de cocaína) en la vía pública y el posterior hallazgo de droga en el ambiente destinado a dormitorio del inmueble habitado por el imputado (debajo de la cama se encontró una caja de cartón donde guardaba 25 bolsas plásticas transparentes que contenía 1500 ketes de pasta básica de cocaína), además en la inmueble se encontró un plato de loza para sopa, una cuchara de metal, dos coladores de metal, un colador de plástico, los mismos que presentaban adherencias a sustancias compatibles con pasta básica de cocaína.

De la misma manera, en la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.° 299-2015-Lima, de 23 de enero del 2017, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, tipificó en el párr. 2 del 296 a hechos de posesión de droga para su comercialización inmediata; estos se refieren a la intervención del acusado, el 19 de marzo del 2012, en la vía pública tras una persecución policial —cuando pretendía ingresar a su vivienda— hallándose en el bolsillo derecho de su pantalón 40

envoltorios tipo kete con 3.0 gramos de pasta básica de cocaína y en su habitación —en la cómoda— 550 envoltorios tipo kete con 26.0 gramos de pasta básica de cocaína, así como un retazo de tela con doble fondo que contenía 67.0 gramos de pasta básica de cocaína, también se le encontró 22 bolsitas con fragmentos de cannabis sativa (marihuana) con un peso de 27.0 gramos.

En ninguno de estos casos, ya sea calificando la conducta en el tipo penal del primer o segundo párrafo del art. 296 no se aprecia una fundamentación sobre la distinción de los supuestos de posesión de drogas que se desprenden de los referidos tipos penales.

De otro lado, *actos de traslado o transporte de droga*, también han merecido una tipificación indistinta en el primer y segundo párrafo del 296. Así, en la sentencia emitida en el Recurso de Nulidad N.° 2257-2015-Apurímac, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, tipificó en *el párr. 1 del art. 296* en concordancia con el inciso 6 del art. 297, hechos de *transporte de drogas* desde el interior del país. El soporte fáctico de este caso, se refiere a la intervención el 24 de abril del 2013, de un *vehículo de transporte interprovincial*, proveniente de la ciudad de Andahuaylas con destino a la ciudad de Abancay, debajo de los últimos asientos de la unidad de transporte y debajo de los asientos 9 y 10 se hallaron dos bolsas de tela tipo maleta en cuyo interior se encontró un total de 18 paquetes tipo ladrillo, conteniendo pasta básica de cocaína con un peso neto 17 kilos 795 gramos, imputando de estos hechos a tres pasajeros conforme la actividad probatoria desplegada en la causa.

En el mismo sentido, otro caso, sobre hechos de *transporte de droga en bus interprovincial* fueron tipificados por la Corte Suprema en el *párr. 1 del 296.* Así se puede verificar de la sentencia del Recurso de Nulidad N.° 2994-2014-Huánuco, de 7 de julio del 2016, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, donde los hechos juzgados consistieron en que el 1 de octubre del 2008, personal policial intervino un bus interprovincial en la ciudad de Tingo María, al realizarse el registro de la bodega del vehículo se halló dos bultos pertenecientes al acusado, que contenían en su interior seis paquetes ovalados asegurados con cinta adhesiva con

11 kilos con 680 gramos de pasta básica de cocaína. La Corte Suprema al analizar la tipificación jurídica consideró que se trataba del delito de tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de *posesión y transporte de pasta básica de cocaína,* subsumiendo los hechos en el *párr. 1 del 296.*

Sobre esta forma de calificación jurídica, también se puede citar el Recurso de Nulidad N.° 3145-2014-Junín, de 7 de julio del 2016, que consideró en el *párr. 1 del 296 el transporte de droga en un vehículo,* esta sentencia se refiere a los hechos acontecidos el 18 de julio del 2004, cuando efectivos policiales intervinieron una camioneta conducida por uno de los acusados y al efectuarse el registro del mismo, se hallaron paquetes de pasta básica de cocaína camuflados entre las pertenencias de los pasajeros, paquetes que fueron remitidos vía encomienda por otro acusado. Lo mismo sucedió en el Recurso de Nulidad N.° 332-2016-Ayacucho, de 21 de setiembre del 2016, donde la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, conoció los hechos suscitados el 16 de noviembre del 2014, referidos a la intervención de un acusado en la zona de Vraem, en una camioneta rural tipo combi, que transportaba en la parrilla de la camioneta una mesa de madera acondicionada con 8 kilos con 350 gramos de pasta básica de cocaína, la Corte Suprema coincidió con la Sala Superior de tener por probados los hechos y calificó la conducta como delito de tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de *favorecimiento al consumo ilegal de estupefacientes,* mediante *actos de tráfico,* es decir, se entiende la conducta se encuadra en el párr. 1 de 296.

Sin embargo, un hecho similar de *transporte de droga en un vehículo,* fue tipificados en el *párr. 2 del 296,* la sentencia emitida en el Recurso de Nulidad N.° 175-2016-Lima, de 8 de noviembre del 2016, hace referencia a hechos acontecidos el 27 de octubre del 2014, día en que fue intervenido el acusado en la intersección de las avenidas Colonial y Universitaria en el Cercado de Lima, en circunstancias en que conducía su vehículo y al practicarse el registro del mismo, se encontró en la maletera una mochila que contenía cuatro paquetes en cuyo interior se encontraba un 1.120 Kg de Pasta Básica de Cocaína, estos hechos fueron tipificados como delito de tráfico ilícito de drogas, *posesión de*

drogas tóxicas para el tráfico, encuadrado en el *párr. 2 del 296,* declarando no haber nulidad en la sentencia que condenó al acusado a seis años de pena privativa de libertad. En este caso si resulta transcendente la tipificación de los hechos en el párr. 2 pues la pena fue una inferior a la prevista en el párr. 1 del 296.

En otro caso, el transporte de drogas en un vehículo también fue tipificado, en el párr. 2 del 296, así en el Recurso de Nulidad N.° 3321-2015-Lima Este, de 8 de marzo del 2017, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, hace referencia a la intervención de dos personas que viajaban como pasajeros en un taxi y fueron intervenidos por personal policial, el 30 de abril del 2014, en la avenida trece de enero de San Juan de Lurigancho, encontrando en poder de uno de ellos una bolsa con hierbas secas "Cannabis Sativa"-Marihuana, estos hechos fueron tipificados en el *párr. 2 del 296, posesión de drogas con finalidad de tráfico,* nombrando a dicha conducta como delito de tráfico ilícito de drogas en la modalidad de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, como vemos, la Sala Suprema no solo tipifica la conducta en el párr. 2, sino que establece que es una modalidad de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, lo que considero un error pues calificación solo corresponde al párr. 1.

En la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.° 3292-2015-Lima, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, consideró correcta la tipificación realizada por la Sala Superior, que calificó *actos de traslado a pie de droga en el párr. 2 del 296* en concordancia con el art. 297.6, los hechos se refieren a que el 10 de agosto del 2010, efectivos policiales intervinieron a dos personas, a la altura de la cuadra cinco de la avenida Próceres de la Independencia del distrito de San Juan de Lurigancho, quienes llevaban una bolsa de polietileno cubierta con flores, en cuyo interior había seis paquetes tipo ladrillo, que contenían 5 kilos 966 gramos de clorhidrato de cocaína. Se advierte de los hechos narrados, de la cantidad y clase de droga incautada que la posesión de la droga no se encontraba destinada a la comercialización inmediata a los consumidores individuales, sino al traslado de la misma, probablemente al mercado internacional.

Esta disparidad de criterios en la calificación jurídica de actos de transporte de droga, tampoco tienen una fundamentación por parte de la Corte Suprema, no se aprecian criterios de distinción entre los supuestos fácticos comprendidos en el primer y segundo párrafo del art. 296 del CP.

En otros casos, la Corte Suprema no hace referencia expresa a la norma penal en que quedaron tipificados los hechos juzgados. En la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.° 2399-2014-Ayacucho, de 6 de julio del 2016, la Sala Penal Transitoria, hace referencia a que el 13 de junio del 2010, se realizó la verificación de una camioneta particular abandonada en la localidad de Tambillo-Ayacucho, donde se encontró en tres compartimentos post fabricación 156 paquetes de diferentes tamaños, con un peso neto de 240 kilos con 236 gramos de pasta básica de cocaína, imputando de estos hechos a dos personas identificados por los comuneros de la zona como los que se encontraban al interior de la camioneta y que huyeron al ser descubiertos por los comuneros, siendo absueltos por la Corte Suprema por insuficiencia probatoria, los hechos fueron calificados como delito de tráfico ilícito de drogas, sin hacer referencia expresa a la norma penal.

En conclusión, de los casos reseñados se advierte la carencia de criterios de delimitación de las conductas consideradas como "actos de tráfico" —que implica posesión de drogas—contenidos en el párr. 1 del art. 296, de los comportamientos comprendidos en la hipótesis fáctica de "posesión de drogas con fines de tráfico", del párr. 2 del 296.

2. Intentos de la jurisprudencia de establecer un criterio de distinción: el Recurso de Nulidad N.° 1165-2015, la apreciación del "destino de la droga"

En la sentencia del Recurso de Nulidad N.° 1165-2015-Lima, de 23 de enero del 2017, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, da cuenta que Sala Superior condenó al imputado por *actos de posesión de droga que no estaban destinados a su comercialización* en el párr. 2 del art. 296, los hechos reseñados en esta sentencia de grado fueron:

> Se atribuye al imputado Paulo César Luna Arazamendi, que con fecha dos de mayo del dos mil trece, fue intervenido por acciones de inteligencia de la DIVINCRI en la cuadra veinte de la calle General Córdova-Lince; y al ser sometido a una entrevista preliminar, indicó que días antes, un sujeto por encargo del conocido como "Renzo", le dio a guardar un maletín de color azul, el mismo que como consecuencia del registro de la habitación, fue hallado debajo de su cama, en cuyo interior se encontró, cinco paquetes precintados conteniendo un peso neto total de 4,996 Kg de clorhidrato de cocaína. (R. N. N.° 1165-2015, f. j. n.° 1).

En cuanto a la finalidad de la posesión de la droga, la Sala Superior concluyó, que considerando la cantidad y calidad de la droga comisada se infiere que la misma no estaba destinada al consumo directo, sino para la comercialización en el mercado nacional o internacional, así lo reseña la ejecutoria suprema:

> El peso neto de 4.996 Kg de clorhidrato de cocaína de alta pureza, cuya distribución no infiere el destino para el consumo directo, sino para fines de distribución en el mercado nacional o internacional, dado, además, la manera como fue acondicionada en cinco paquetes en forma de ladrillos. (R. N. N.° 1165-2015, f. j. n.° 2).

Bajo dichas premisas, la Sala Superior atribuyó al imputado el delito de tráfico ilícito de drogas-posesión y almacenamiento de clorhidrato de cocaína con fines de comercialización, siendo subsumidos los hechos en el *párr. 2 del art. 296 del CP.*

Sin embargo, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, si bien consideró como probados los hechos descritos y la responsabilidad del acusado, recalificación la conducta y la reconduce al párr. 1 del 296, así advierte la Sala Suprema:

> [E]s de señalar que, si bien ha quedado acreditada la responsabilidad penal del sentenciado, y fue legítimo la desvinculación realizada por el colegiado superior en mayoría del tipo penal materia de acusación fiscal y juzgamiento; no obstante, debió recalificarse adecuando los

hechos al párr. 1 del art. doscientos noventa y seis, del CP. (R. N. N.° 1165-2015, f. j. n.° 12).

Esta decisión se debe a que, la Sala Suprema interpretó que en los hechos acreditados imputables al acusado consisten en la posesión de casi 5 kilos de droga, debajo de su cama, en la habitación donde vivía, no se aprecia un destino predeterminado para la droga comisada.

> El fundamento radica, en que el condenado no fue intervenido en posesión del maletín que contenía drogas transportándola de un lugar a otro, sino que la misma estaba en su departamento debajo de su cama donde él vive, como así lo ha reconocido el impugnante. En este sentido, es de señalar que el párr. 1 del art. doscientos noventa y seis, del CP queda consumado cuando se llevan a cabo comportamientos como el de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas, sean estos mediante actos de fabricación o tráfico, donde no se requiere que la droga elaborada sea adquirida por los consumidores o que la sustancia prohibida sea puesta en el mercado, pues el destino de la droga es una finalidad ulterior del agente, que no tiene que agotarse para objeto de la realización del tipo. Se diría entonces, que la mera tenencia resulta siendo penalizada, pero si la posesión toma lugar con fines de tráfico, la conducta ha de ajustarse en la modalidad siguiente —párr. 2 del art. doscientos noventa y seis, del CP—, toda vez que en caso de ésta última, para su consumación se requiere que el agente materialice la posesión de la droga y que esta posesión debe estar orientada a un acto posterior de tráfico ilegal, constatándose que la droga va a ser objeto de circulación, de comercialización, venta, etc., que ya cuenta con un destinado predeterminados. (R. N. N.° 1165-2015, f. j. n.° 3).

Con lo cual, la Corte Suprema constata entonces que conforme se ha señalado precedentemente, la mera posesión de drogas, sin una intención ulterior, pasaría a ser subsumido en el párr. 1 del art. 296 del CP, donde no se requiere, según el criterio interpretativo del máximo tribunal, que la droga tenga la intención ulterior de ponerla a disposición del consumidor final, ni que sea puesta en el mercado, en esa medida, para la configuración de este tipo penal no se requiere analizar la intención ulterior sobre el destino de la droga, lo que si sucede con el delito

tipificado en el párr. 2 del art. 296 del CP, donde la intención ulterior sobre el destino de la droga constituye un elemento constitutivo del tipo.

3. La finalidad en la "posesión de la droga" enmarcada en el ciclo de la droga, como criterio de distinción

En el Recurso de Nulidad N.° 1165-2915-Lima, la Segunda Sala Transitoria de la Corte Suprema plantea que en los casos de mera posesión de drogas, sin que se acredite una intencionalidad posterior inmediata, como su destinación al consumidor individual, se subsumirán en el párr. 1 del 296, tipo penal que no requiere para su configuración verificar la finalidad ulterior en la posesión de la droga. A diferencia del delito regulado en el párr. 2 del 296, donde la finalidad ulterior de destinación para su comercialización o puesta a disposición del consumidor final se requiere para la subsunción de la conducta de posesión de drogas.

Sin embargo, existe una contradicción en el razonamiento de la Corte Suprema, pues la posesión de la droga siempre tendrá una finalidad ulterior, en el caso analizado se trataba de una persona que guardaba la droga, en un maletín debajo de su cama, para promocionar el consumo ilegal de drogas tóxicas, vemos entonces que el acusado tiene como finalidad ulterior promover el consumo ilegal de drogas. Entonces, en la posesión de la droga siempre habrá una intencionalidad posterior, destinar la droga para algo, con lo cual, la distinción entre ambos supuestos de posesión, no se da por la falta de "destino de la droga", sino por su alejamiento del consumidor final, pues las hipótesis fácticas están pensadas para etapas diferentes del ciclo de la droga. En las hipótesis del párr. 1, como los casos de acopio de droga o de transporte, siempre hay una intención posterior de destinar la droga para su ulterior comercialización en el mercado nacional o internacional, es decir, ya existe un destino para la droga, pero no hay una puesta directa la droga al consumidor final.

El legislador internacional y nacional han querido reprimir todo el ciclo de la droga, desde los actos de siembra y cultivo (incluso tenencia

de semillas de marihuana y amapola) hasta la disposición final de la droga al consumidor individual potencial, tampoco debemos perder de vistas que el nuestro es un país productor de drogas cocaínicas destinadas principalmente al consumo externo, por lo que las modalidades delictivas relacionadas a este segmento del fenómeno del Tráfico Ilícito de Drogas, se relaciona con actos legales o ilegales del comercio exterior; y que, solo una pequeña cantidad de la droga producida en el Perú es para consumo interno. En esa medida, las modalidades delictivas varían de región en región, en las zonas productoras es más frecuente los actos de siembra y cultivo de hoja de coca, el tráfico de precursores, los actos de fabricación, a través de pozas de maceración y laboratorios clandestinos; mientras que en las zonas de tránsito, son más comunes los actos de transporte de drogas y en las zonas de salida, como los puertos y aeropuertos, se privilegian los actos de exportación, a través de correos de la droga o de acondicionamiento de droga en mercancía para la exportación o camuflando la droga en contenedores o en encomiendas vías aérea, también son comunes los actos de acopio y transporte de la droga hacia los lugares de salida de la mercancía ilegal. Todos estos supuestos, relacionados con la "exportación de droga" hacia el extranjero aprovechando el flujo del comercio exterior, con el objetivo de satisfacer la demanda externa de la droga producida en el Perú, la cocaína, en especial en Estados Unidos y Europa. A ello, se suma la comercialización y distribución de droga para los consumidores individuales potenciales, en la mayoría de ciudades del país, que usualmente se da en pequeñas cantidades o al menudeo, para satisfacer una demanda interna o nacional de estas sustancias.

Así, de la realidad criminológica peruana, las organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas operan a través de redes coordinadas, desde las primeras etapas de siembra y cultivo, pasando por la fabricación o elaboración de drogas, su acopio en zonas de producción como el Vraem, y su transporte a las zonas de exportación especialmente los puertos del país, aprovechando el flujo comercial y de

intercambio de mercancías por vía marítima y aérea. Estos comportamientos se incardinan en los actos de tráfico, regulados en el *párr. 1 del art. 296 del CP*, actos donde además se infiere el destino predeterminado de la droga conforme a la fase del ciclo de la droga donde tiene lugar el acto de posesión de la droga, descartándose, por tanto, el criterio de distinción establecido en el *Recurso de Nulidad N.° 1165-2015*, sustentado sobre el destino de la droga.

La mayor cantidad de la droga producida en el Perú se encuentra destinada para el mercado internacional, siendo que un porcentaje menor de la droga termina en el mercado nacional, en especial en las grandes ciudades; así, desde las zonas de producción hasta llegar a las grandes ciudades la droga pasa por toda una red de distribución que conecta todos los ciclos de la droga, desde la producción al consumo, cuando la droga se pone a disposición del consumidor final, nos encontramos en la fase final del ciclo de la droga, aquí la posesión de la droga se encuentra pre ordenado para su comercialización directa al consumidor final, usualmente, la jurisprudencia nacional a tipificado estos hechos en el *párr. 2 del art. 296 del CP*, recurriendo a la prueba indiciaria para probar esa la finalidad.

Entonces, considero que la distinción de los supuestos de "posesión de droga" no se debe a que en el párr. 1 no exista un "destino predeterminado para la droga", como sugiere la Corte Suprema en el *Recurso de Nulidad N.° 1165-2015*, sino que los actos que cubre *se encuentran en una fase del ciclo de la droga alejada de la puesta a disposición de la droga al consumidor final*, los actos de tráfico del párrafo primero cubren todos los comportamientos de intercambio de la droga por dinero, desde el transporte desde las zonas de producción, incluyendo los actos de exportación para el mercado internacional y distribución en el mercado nacional. Mientras, que "la posesión de la droga para su tráfico ilícito", corresponde a la fase del ciclo de la droga, donde la mercancía ilícita ya se encuentra a disposición del consumidor final, y es así justamente como ha sido trabajado el elemento intencional del párr. 2 del 296 en la doctrina y en la jurisprudencia.

V. CONCLUSIONES DEL APARTADO

1.- Al momento de determinarse qué supuestos fácticos se encontrarían comprendidos en el término "posesión de drogas para su tráfico ilícito" del párr. 2 del art. 296 del CP, que en términos generales supone la disposición directa o indirecta sobre la droga, se observa que estos comportamientos se yuxtaponen en el término amplio de "tráfico" del párr. 1, que suponen actos mercantiles, que requieren la "posesión" de la droga, ya sea una posesión mediata o inmediata. Se presenta entonces una redacción confusa de los tipos penales comprendidos en el primer y párr. 2 del art. 296, ya que, en un caso concreto la posesión de la droga puede entenderse comprendida en los términos amplios de "tráfico" del párr. 1, y esa misma situación fáctica podría ser considerada en el párr. 2 como posesión de drogas preordenada a su (también) tráfico ilícito. En ambos tipos penales se utiliza el término "tráfico".

2.- En la jurisprudencia se advierten casos donde supuestos de "acopio" o "almacenamiento" de droga algunas veces han sido tipificados como "actos de tráfico" del párr. 1 y otras veces como "posesión de droga para su tráfico ilícito" del párr. 2; asimismo, supuestos de "transporte de droga en vehículos", también han sido tipificados unas veces en el primer y otras en el párr. 2 del art. 296; así también, los supuestos de posesión de droga para su comercialización y distribución a los consumidores, han merecido esta tipificación errática.

3.- La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N.° 1165-2015-Lima, estableció un criterio de distinción basado en el "destino predeterminado de la droga", así constata que los supuestos de mera posesión de droga, sin una intencionalidad posterior, tendría que ser tipificada en el párr. 1 del 296, en este supuesto fáctico no se requiere que la droga sea adquirida por el consumidor final, ni que la droga sea puesta en el mercado, pues entiende que la Corte Suprema, el destino de la droga es una finalidad ulterior que no requiere

ser verificados para que se configure el tipo penal. Mientras que, según la Corte Suprema, para que se configure en el párr. 2 la droga debe estar predestinada al tráfico, la droga ya debe tener un destino, ya sea, la circulación, de comercialización, venta, etc., se entiende que, en esta figura delictiva, el destino de la droga es inmediato, para el consumidor final o su puesta en el mercado.

4.- Se advierte una inconsistencia en el planteamiento de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N.° 1165-2016-Lima, por cuanto, en la posesión de la droga siempre estará acompañada de una finalidad ulterior, tanto en los supuestos del párr. 1 y párr. 2 del art. 296 CP, ya sea en los casos de acopio de drogas o de transporte de la misma, que implican una posesión para el tráfico (actos de comercio ilícito) o cuando se posee para droga para la comercialización inmediata, en esa medida, el criterio para la distinción de ambos supuestos de "posesión de drogas" no puede recaer en el "destino de la droga".

5.- La política criminal nacional e internacional en la materia, buscan reprimir todo el circuito económico de la droga, desde la tenencia de semillas de plantas fiscalizadas hasta la comercialización de la droga al consumidor individual final. Bajo esa perspectiva, no podemos dejar de lado que nuestro país es un país productor de drogas de tipo cocaínicas y como tal, todo ese circuito de la droga se verifica en el Perú, respecto de ese pequeño segmento de la producción de drogas que se destinan al consumo interno, en cambio respecto de la gran cantidad de esta producción ilícita que se destina al mercado internacional, el circuito de la droga en nuestro país sólo alcanza a los actos de tráfico relacionados al comercio exterior.

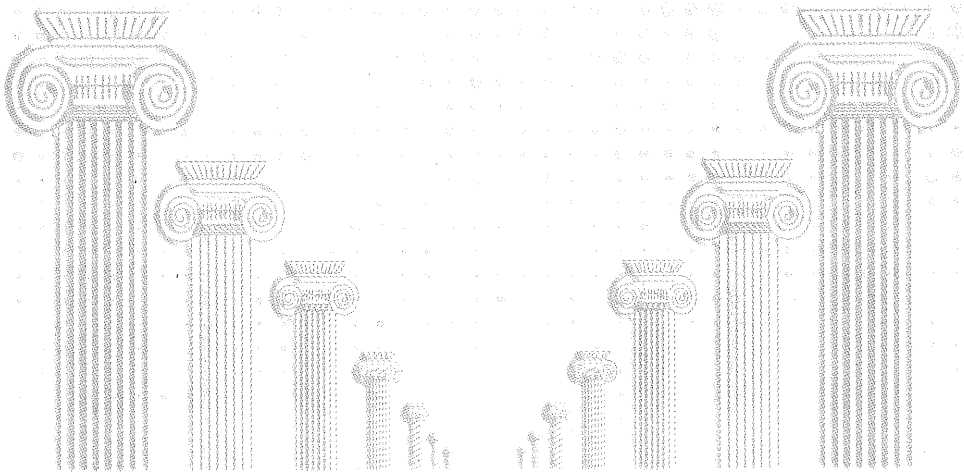
6.- En sintonía con la Convención de Viena, la norma penal peruana mantiene es un sistema de incriminación "en cascada", lo que pretende es abarcar todas las fases del tráfico ilegal para evitar las posibles lagunas en los comportamientos que contiene. Bajo

esa lógica, el art. 296 regula cuatro tipos penales diferentes y autónomos, el primer párrafo, la promoción, favorecimiento o facilitación al consumo ilegal de drogas tóxicas, mediante actos de fabricación o tráfico; y el segundo párrafo, la posesión de drogas para su tráfico ilícito.

7.- El criterio interpretativo para la diferenciar los supuestos de posesión de drogas comprendidos en el primero o párr. 2 del art. 296, debe tener en cuenta la fase del ciclo de la droga en el que se ubique los actos concretos de posesión. Se interpreta en ese sentido, que el término "tráfico" empleado en el párr. 1 comprende principalmente una serie de comportamientos asociados a la exportación de drogas para satisfacer la demanda externa; mientras que, la "posesión de droga para su tráfico ilícito" del segundo párrafo hace referencia a la tenencia de droga para su comercialización y distribución inmediata a los consumidores individuales, tendiente a satisfacer la demanda interna.

CAPÍTULO V

DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE PRECURSORES: ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES CONTENIDOS EN EL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 296 Y EN EL ARTÍCULO 296.B DEL CÓDIGO PENAL



Siguiendo con la lógica de represión de todo el ciclo de la droga, en el tercer párrafo del art. 296 y en el art. 296.B del CP se regula el denominado *tráfico de precursores*, esto es, el tráfico de materias primas o sustancias químicas necesarias para la fabricación o elaboración de drogas[1], que se encuentren fiscalizadas o no. Así, se reprimen diversos actos de tráfico: introducción al país, producción, acopio, provisión, comercialización o transporte de estas sustancias, siempre que destinen a la elaboración de drogas o se apliquen a las etapas de maceración y procesamiento de materias primas para la obtención de drogas, elevando de esta manera actos preparatorios a la categoría de delito autónomo.

En el caso del tercer párrafo del art. 296, se estructura como un tipo penal complejo y alternativo, bastando que el sujeto activo realice alguna de los actos de tráfico o de colaboración al tráfico para configurar el delito, siempre que las materias primas o insumos químicos, controlados o no, se destinen a la elaboración de drogas, a la maceración o alguna de las etapas de procesamiento de drogas, pero que no sean considerados insumos químicos fiscalizados por disposiciones administrativas. Se castiga etapas previas a la elaboración de drogas. Además, el tipo penal eleva formas de participación criminal a la categoría de autoría al re-

1 Los precursores químicos son sustancias que pueden utilizarse en la producción, fabricación o preparación de estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de sustancias con efectos semejantes, y que incorporan su estructura molecular al producto final, por lo que resultan fundamentales para dicho proceso, según la definición del Reglamento Modelo para el Control de Precursores y Sustancias Químicas, Máquinas y Elementos. Incorporación de las modificaciones acordadas por los participantes en la reunión del grupo de expertos celebrada en Washington D. C., del 29 de abril a 1 de mayo de 1998. Cfr. Comunidad Andina, *Manual de sustancias químicas usadas en el procesamiento de drogas ilícitas*, Lima: Comunidad Andina, 2017, p. 10.

primir actos de promoción, facilitación y financiamiento de alguno de esos actos de tráfico.

En esa línea represiva, el delito regulado en el art. 296.B también responde un tipo penal alternativo y complejo, donde se adelantan las barreras de punición, reprimiendo conductas de importación, exportación, fabricación, producción, preparación, elaboración, posesión, transporte, venta o cualquier otro modo de transferencia sobre insumos químicos o productos fiscalizados, contando con autorizaciones o certificados respectivos, que haciendo uso indebido de las mismas, estas sustancias sean destinadas a la elaboración ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Estos delitos de tráfico de precursores no podrían entenderse sin la regulación internacional que ha establecido un sistema de control internacional de sustancias químicas susceptibles de ser utilizadas por fabricación o elaboración de drogas; la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 - Convención de Viena busca reprimir el tráfico ilícito de drogas no solo desde la fase de comercialización de las mismas, sino incluso desde algún acto de tráfico sobre insumos o sustancias químicas necesarias para la elaboración o fabricación de drogas; para tal efecto, en principio, la Convención de Viena establece una lista de sustancias químicas que son consideradas como precursores para la elaboración o fabricación de drogas tóxicas (cuadro I y II), sustancias sobre las que se realiza una supervisión y control especiales para evitar sean desviados a fines ilícitos. Este control internacional resulta indispensable porque la Comunidad Internacional tiene en cuenta que las sustancias fiscalizadas también cuentan con usos industriales lícitos, y son parte del comercio internacional que no puede ser interrumpido; sin embargo, es innegable que a pesar de los controles las organizaciones criminales internacionales logran en gran parte destinar estas sustancias para usos ilegales.

Como parte del sistema internacional de control ha establecido una entidad encargada de monitorear el tráfico de precursores a nivel mun-

dial, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE)[2], que recibe información periódica de los Estados parte, tiene la función de sugerir, en coordinación con los gobiernos, medidas preventivas para evitar el desvío de precursores y sustancias químicas esenciales para la fabricación ilícita de drogas; esta entidad también tiene la facultad, tras un periodo de consultas con los Estados parte, a modificar el listado de sustancias precursores de drogas, pero es un proceso complejo y largo.

A la par de estas medidas de carácter internacional, la Convención de Viena ha establecido obligaciones de control administrativo de estas sustancias a ser introducidas y ejecutadas en el ordenamiento interno de los Estados parte. Así, se dice dice en la Convención que las actividades de fabricación, transporte, comercialización, importación, exportación de estas sustancias fiscalizadas internacionalmente deben de ser realizadas solo por empresas y personas debidamente autorizadas y con el control y monitoreo de autoridades administrativas nacionales, para evitar que las mismas sean desviadas a la fabricación de drogas. De la misma manera, además del control administrativo, y ante el fracaso de estos controles, la Convención de Viena de 1988 prescribe que los Estados parte deben establecer normas penales que repriman el tráfico ilícito de precursores; esto es, la importación, exportación, fabricación, producción, prepara-

2 La Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) es un órgano independiente y cuasi judicial constituido por expertos que fue establecido en virtud de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes mediante la fusión de dos órganos, a saber, el Comité Central Permanente de Estupefacientes, creado en virtud de la Convención Internacional del Opio de 1925, y el Órgano de Fiscalización de Estupefacientes, creado en virtud de la Convención para limitar la fabricación y reglamentar la distribución de estupefacientes de 1931. La JIFE está integrada por 13 miembros, cada uno de ellos elegido por el Consejo Económico y Social, para desempeñar un mandato de cinco años. Los miembros pueden ser reelegidos. Diez de ellos se eligen de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos. Los tres restantes se eligen de una lista de candidatos propuestos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) por su experiencia médica, farmacológica o farmacéutica. Los miembros de la Junta han de ser personas que, por su competencia, imparcialidad y desinterés, inspiren confianza general. Una vez designados, los miembros de la Junta ejercen sus funciones imparcialmente y a título personal, con total independencia de los gobiernos.

ción, elaboración, posesión, transporte, venta o cualquier otro modo de transferencia sobre insumos químicos o productos fiscalizados.

Complementando el sistema internacional de control, dando cuenta del cumplimiento de sus obligaciones y el estado del control del tráfico de precursores a nivel internacional, la JIFE emite un informe anual, donde, entre otros aspectos, analiza las deficiencias de la legislación o de los mecanismos de aplicación nacionales, o los retrasos en la armonización de las listas de sustancias sometidas a fiscalización nacional con las listas y cuadros de los tratados de fiscalización internacional de drogas. Este es un tema especialmente sensible, porque estas deficiencias en la adopción de sus obligaciones internacionales por parte de los gobiernos tendrán como consecuencia la aplicación de medidas de fiscalización nacional insuficientes a las sustancias sometidas a fiscalización internacional, y podrían conducir a la desviación de sustancias hacia canales ilícitos.

En consonancia con las obligaciones internacionales sobre la materia, el Estado peruano ha establecidos un sistema de control administrativo de sustancias químicas susceptibles de ser desviadas para la elaboración de drogas ilícitas, así como de maquinarias utilizadas para estos fines; la base de esta normativa administrativa se encuentra en el D. Leg. N.° 1126 y su reglamento, Decreto Supremo N.º 044-2013-EF, aquí se contempla que todas las actividades de adquisición, empleo, uso, transporte y destino sobre estas sustancias son sometidas a un estricto control, para lo cual las personas naturales y jurídicas dedicadas a estas actividades deben contar con inscripción en el registro de usuarios. De esta manera, se pretende contar con un registro de usuarios realizando un seguimiento de los insumos químicos fiscalizados desde su producción o ingreso al país hasta su destino final, en esa medida, se otorga a la Sunat amplias facultades de investigación, inspección y control, incluida la facultad de decomiso administrativo de bienes fiscalizados en supuestos de infracción.

I. CARACTERIZACIÓN DE LOS TIPOS PENALES

Sobre la caracterización de los tipos penales de tráfico de precursores, conviene citar lo señalado por Sequeros Sazatornil, comen-

tando el art. 371 del CP español, similar al tipo penal peruano, quien precisa que "se contemplan en este precepto modalidades concretas de actos de pre-ejecución catalogados como actos preparatorios propiamente dichos, con entidad y sustantividad delictiva autónoma y que con apoyo normativo [...] se conoce con la denominación de tráfico de precursores"[3]. En el mismo sentido, MENDOZA BUERGO utiliza la expresión conductas relativas a precursores que es presentada como una modalidad de acción preparatoria punible de los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas[4]. Como sostienen FALCONE y CAPPARELLI, haciendo referencia al tipo penal argentino sobre tráfico de precursores, "los elementos a que hace referencia el tipo penal son las cosas muebles, entendidas como conjunto o como unidad que destina a la producción o fabricación de sustancias estupefacientes"[5].

SPROVIERO, refiriéndose a la norma penal argentina sobre en materia de tráfico de precursores, plantea que el Estado ha puesto su atención en todo acto que pueda tener incidencia en la comercialización y consumo de todo elemento idóneo para la preparación de drogas, tratando de evitar que sean utilizados con fines catalogados como ilícitos. Agrega el citado autor que "la minuciosidad del artículo responde a la necesidad de ejercer un control minucioso sobre todo elemento que tenga capacidad para la preparación y/o elaboración de drogas, habida cuenta que se constituyan en presupuestos peligrosos para la salud"[6].

---

3 SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*, Madrid: La Ley, 2000, pp. 262 y 263.

4 Citado por SUÁREZ LÓPEZ, José María, "El tráfico de precursores", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.° 5, 2003. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-02.pdf>.

5 FALCONE Roberto y Facundo CAPPARELLI, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, Buenos Aires: Villela, 2002, p. 143.

6 SPROVIERO, Juan Horacio, *Delito de narcotráfico y lavado de activos*, Buenos Aires: Jurídica, 2012, p. 111.

Peña-Cabrera Freyre deja sentado lo siguiente:

> [M]ediando esta cláusula normativa [párr. 3 del art. 296], se pone énfasis a una orientación de política criminal, encaminada inequívocamente a la penalización de todos los actos comprendidos en el proceso de elaboración (circuito delictivo), refinamiento y comercialización de la sustancia prohibida, poniendo énfasis en verdaderos actos preparatorios, distantes de una real puesta en peligro del bien jurídico tutelado, pero que por su íntima vinculación con actos propios de tráfico, merecen ser reprobados jurídico-penalmente[7].

Sequeros Sazatornil observa lo siguiente:

> Con la incorporación del art. 371 se adelantan las barreras sancionadoras con el tratamiento criminalizado de conductas que en principio no deberían trascender de un orden puramente administrativo, pero que sin embargo en razón de la naturaleza de los fines perseguidos con aquellas transmutan las irregularidades cometidas en ilícito penales[8].

En esa línea, Rodríguez Ramos sostiene lo siguiente:

> [P]uede decirse que el delito descrito en la norma cuestionada en un tipo de "imperfecta realización", esto es, un tipo en que la respuesta penal se adelanta al momento de la realización de actos meramente preparatorios —inspirados por una determinada finalidad de su autor— que quedarían impunes de no ser por la previsión legal. La *ratio* del precepto no puede ser más clara: el legislador ha tipificado en este caso actos preparatorios, en relación con [...] la fabricación de productos tóxicos o estupefacientes o sustancias psicotrópicas, porque ha querido concertar con la comunidad internacional los instrumentos jurídicos orientados a la represión de determinadas actividades definidas como singularmente amenazadoras y perjudiciales para el bienestar de los pueblos. El adelantamiento de la protección penal ha supuesto,

---

7 Peña-Cabrera Freyre, Alonso, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, Lima: Rodhas, 2013, p. 122.

8 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, ob. cit., p. 263.

> en este caso, considerar como objeto del delito no solo las drogas ya elaboradas sino los productos que se denominan "precursores"[9].

Por su parte, Sproviero plantea lo siguiente:

> El tráfico de precursores es acto preparatorio punible; el sujeto activo realiza la comercialización de los mismos con determinación al tráfico de drogas; se trata de un accionar con dolo directo y cuando las circunstancias indicativas autorizan la acriminación, habida cuenta de la exteriorización de la intencionalidad.

El autor argentino observa que, "si el sujeto activo provee o suministra los precursores, se presume la existencia de un comprador, y quien fabricará la droga; el mismo químico en el supuesto tiene por finalidad la elaboración del estupefaciente prohibido"[10]. Expósito López explica, en esa medida, que el adelantamiento de la protección penal ha supuesto, en este caso, considerar como objeto del delito no solo las drogas ya elaboradas sino los productos que se denominan "sus precursores", supuestos creados al amparo de la Convención de Viena de 1988. Así, se castiga conductas relativas a los llamados precursores, se adelanta la respuesta penal a los actos meramente preparatorios por ser singularmente amenazadores para el cultivo o fabricación de drogas, aun cuando otras ramas del ordenamiento regulan obstáculos de contención, siendo competencia exclusiva del Estado su control[11].

Peña-Cabrera Freyre[12] observa que, como se puede apreciar de la lectura del tipo legal que contiene el párr. 3 del art. 296, el legislador está tipificando con carácter autónomo y específico un acto anterior a la fabricación o el tráfico de drogas. Se trata, pues, de actos preparatorios que por razones de prevención general son criminalizados de

9 Rodríguez Ramos *et al.*, *Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, t. II, 4.ª ed., Madrid: La Ley, 2009, p. 1163.

10 Sproviero, *Delito de narcotráfico y lavado de activos*, ob. cit., pp. 119 y 120.

11 Expósito López, Ana, "El delito de tráfico de drogas", en *Revista de Derecho UNED*, n.° 10, 2012, p. 109.

12 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 124.

modo independiente y autónomo, tanto por motivos político criminales como por motivos sociopedagógicos que despliegan las normas jurídico-penales.

En suma, como plantea Suárez López, desde una perspectiva dogmática, analizando el art. 371 del CP español, son de especial relieve en esta infracción los aspectos relativos al adelantamiento de las barreras de intervención penal que la misma supone, al peculiar modelo de remisión normativa que emplea, a la excesiva amplitud del objeto material y al papel y problemas que genera el elemento subjetivo del delito "a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines"[13]. García-Pablos reflexiona que se trata de un tipo penal en blanco que obliga a acudir a la normativa administrativa, no es un delito de sospecha porque no basta la mera tenencia, quedando fuera los meros incumplimientos sobre transporte y distribución. Se trata de un delito de mera actividad que se realiza por el hecho de tener en su poder equipos, materiales o las sustancias referidas, abarcando la elaboración, manufacturación, industrialización o cualquier tipo de explotación. Objeto material son los precursores, sustancias y productos susceptibles de ser utilizados en la producción o fabricación de drogas, psicotrópicos o estupefacientes[14].

Al respecto, el Tribunal Supremo español, en sentencia de 26 de marzo del 2001, ha señalado lo siguiente:

> [S]e trata de un tipo delictivo de mera actividad, puesto que su elemento objetivo se realiza por el mero hecho de tener en propio poder los equipos, materiales o sustancias referidos, en el que el dolo no solo debe cubrir la acción típica sino otras a las que esta sirve de antesala o presupuesto. A esto se refiere el precepto cuando exige, para la integración del tipo, que el poseedor actúe "a sabiendas" de que los equipos, materiales o sustancias van a ser utilizados en el

13 Suárez López, "El tráfico de precursores", art. cit.

14 García Pablos, Antonio, "Relevancia de los cambios de criterio de la doctrina jurisprudencial", en *Cuadernos de Derecho Judicial* n.º 7, 2006, Madrid: 2006, p. 181.

> cultivo, la producción o la fabricación de tóxicos, estupefacientes o psicotrópicos. No estamos, pues, ante un delito "de sospecha" porque la mera posesión, aun no autorizada, no es suficiente para la incriminación. Y como difícilmente se puede "saber" —no solamente sospechar—cuál va a ser el destino de una cosa sino cuándo dicho destino se lo va a dar quien la posee u otra persona con la que aquel está concertado, puede decirse que el delito descrito en la norma cuestionada es un tipo "de imperfecta realización", esto es, un tipo en que la respuesta penal se adelanta al momento de la realización de actos meramente preparatorios —inspirados por una determinada finalidad de su autor— que quedarían impunes de no ser por la previsión legal. La "ratio" del precepto no puede ser más clara: el legislador ha tipificado en este caso actos preparatorios, en relación con el cultivo y la fabricación de productos tóxicos o estupefacientes o sustancias psicotrópicas, porque ha querido concertar con la comunidad internacional los instrumentos jurídicos orientados a la represión de determinadas actividades definidas como singularmente amenazadoras y perjudiciales para el bienestar de los pueblos. El adelantamiento de la protección penal ha supuesto, en este caso, considerar como objeto del delito no solo las drogas ya elaboradas sino los productos que se denominan sus "precursores". Ahora bien, así como la posesión de las drogas solo es punible cuando está acompañada del propósito de difundirlas, la posesión de los precursores solo lo es cuando se tiene conciencia de que van a ser ilícitamente utilizados en el cultivo, la producción o la fabricación de las drogas cuyo consumo se quiere atajar.

En ese sentido, Rodríguez Núñez plantea que por estos delitos se castiga lo que la doctrina denomina 'el tráfico de precursores' en el que se incluye la tenencia, elaboración de ciertas sustancias susceptibles de ser empleadas en la elaboración de las drogas. Si bien técnicamente el concepto estricto de 'precursores' quedaría reducido a las sustancias químicas susceptibles de empleo en la elaboración de drogas ilegales, que se encuentra regulado en los cuadros I y II de la Convención de 1988, se trata de actos preparatorios que han sido elevados a la categoría de delitos consumados.[15]

15 Rodríguez Núñez, Alicia, "Delitos contra la salud pública", en La Marca Pérez,

II. LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1988 Y EL SISTEMA INTERNACIONAL DE CONTROL DE INSUMOS QUÍMICOS Y BIENES FISCALIZADOS QUE PUEDEN SER UTILIZADOS PARA LA ELABORACIÓN DE DROGAS ILÍCITAS

El control de las sustancias químicas responde a una obligación internacional establecida por la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 - Convención de Viena. En el preámbulo de la Convención de Viena de 1988 se considera lo siguiente:

> La necesidad de adoptar medidas de control con respecto a determinadas sustancias, como los precursores, productos químicos y disolventes, que se utilizan en la fabricación de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y que con la facilidad con la que se consiguen, han provocado un aumento de la fabricación clandestina de esas drogas y sustancias[16].

Asimismo, el art. 3 de la Convención de Viena, referido a los delitos y sanciones, insta a los Estados a adoptar las medidas necesarias para tipificar en su normativa interna como delitos, cuando se cometan intencionalmente:

> Cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente: a) [...] iv) la fabricación, el transporte, o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el cuadro I y el cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes

---

Carmen (coord.), *Delitos y faltas. La parte especial del derecho penal*, Madrid: Colex, 2012, pp. 642 y 643.

16 Esta prohibición también incluye a los insumos, sustancia química sólida, líquida o gaseosa, empleada para el proceso de extracción y purificación de drogas que produzcan dependencia, tales como solventes, reactivos o catalizadores. Pueden utilizarse en la extracción y/o purificación de estupefacientes. Ejemplo: Acetona, gasolina, ácido sulfúrico, acetato de etilo, carbonato de sodio, entre otros. Cfr. Comunidad Andina, *Manual de sustancias químicas usadas en el procesamiento de drogas ilícitas*, ob. cit., p. 11.

> o sustancias sicotrópicas o para dichos fines [...]. c) a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico: [...]. ii) la posesión de equipos o materiales o sustancias enumeradas en el cuadro i y en el cuadro ii, a sabiendas de que se utilizan o se habrán de utilizar en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para tales fines[17].

Estas disposiciones constituyen un avance significado, ya que como explica Saavedra:

> Hasta la firma de este acuerdo, de manera regular se han venido criminalizando aquellas sustancias que tienen la capacidad de alterar las

17 En los anexos de la Convención de Viena de 1988, se precisa:
CUADRO I
Ácido N-acetilantranílico
Ácido lisérgico
Efedrina
Ergometrina
Ergotamina
1-fenil 2-Propanoma
Isosafrol
3-4 Metilenedioxifenil-Proponona
Piperonal
Safrol
Seudoefedrina

CUADRO II
Acetona
Ácido antranílico
Ácido clorhídrico
Ácido fenilacético
Ácido sulfúrico
Anhídrido acético
Éter etílico
Metiletilcetona
Permanganato potásico
Piperidina
Tolueno
(Las sales de las sustanelas enumeradas en los presentes cuadros corresponde siempre que la existencia de dichas sales sea posible).

> funciones cerebrales; ahora se dirige el ataque a reprimir penalmente todas aquellas sustancias utilizadas como precursores en la producción de los estupefacientes. Hacemos referencia específicamente a éter, ácido clorhídrico, gasolina, permanganato de potasio, carbonato liviano y todos los demás compuestos que de una u otra forma son utilizados como precursores, solventes o disolventes en la producción, en el caso concreto para nosotros de la cocaína[18].

Pero estas normas con referencia penal no son las únicas contenidas en la Convención de Viena, el art. 8 prescribe diversas medidas de carácter administrativo que los Estados parte pueden adoptar a manera de control, para que los precursores que pueden ser utilizados lícitamente en actividades industriales no sean objeto de utilización para la fabricación de drogas. Así, se señala lo siguiente:

> Sin perjuicio de las disposiciones de carácter general del párr. 1 del presente artículo y de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la Convención de 1961 en su forma enmendada y en el Convenio de 1971, las partes tomarán las medidas que estimen oportunas para vigilar la fabricación y la distribución de sustancias que figuren en los cuadros I y II que se realicen dentro de su territorio.
>
> Con este fin las partes podrán:
>
> i) Controlar a todas las personas y empresas que se dediquen a la fabricación o la distribución de tales sustancias;
> ii) Controlar bajo licencia el establecimiento y los locales en que se realicen las mencionadas fabricación o distribución;
> iii) Exigir que los licenciatarios obtengan la autorización para realizar las mencionadas operaciones;
> iv) Impedir la acumulación en posesión de fabricantes y distribuidores de cantidades de esas sustancias que excedan de las que requieran el desempeño normal de las actividades comerciales y las condiciones prevalecientes en el mercado.

18 Saavedra Rojas, Édgar, "La política criminal del narcotráfico como consecuencia de la Convención de Viena de 1988", en Saavedra Rojas, Édgar y Rosa Del Olmo, *La Convención de Viena y el narcotráfico*, Bogotá: Temis, 1991, p. 4.

En la misma lógica, el art. 12, con la rúbrica de "Sustancias que se utilizan con frecuencia en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas", contempla un conjunto importante de medidas administrativas que los Estados parte se comprometen adoptar para evitar el desvío de estos precursores. Así mismo, asevera lo siguiente:

> Las partes adoptarán las medidas que estimen adecuadas para evitar la desviación de las sustancias que figuran en el cuadro I y en el cuadro II, utilizadas en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, y cooperaran entre ellas con este fin.

Y de forma más concreta en este artículo, en su numeral 9, se prescribe:

> Cada una de las partes adoptará, con respecto a las sustancias que figuren en el cuadro I y el cuadro II, las siguientes medidas:
>
> Establecer y mantener un sistema para vigilar el comercio internacional de sustancias que figuran en el cuadro I y el cuadro II a fin de facilitar el descubrimiento de operaciones sospechosas. Esos sistemas de vigilancia deberán aplicarse en estrecha cooperación con los fabricantes, importadores, exportadores, mayoristas y minoristas, que deberán informar a las autoridades competentes sobre los pedidos y operaciones sospechosos;
>
> Disponer la incautación de cualquier sustancia que figure en el cuadro I o el cuadro II si hay pruebas suficientes de que se ha de utilizar para la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas;
>
> Notificar, lo antes posible, a las autoridades y servicios competentes de las partes interesadas si hay razones para presumir que la importación, la exportación o el tránsito de una sustancia que figura en el cuadro I o el cuadro II se destina a la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, facilitando, en particular, información sobre los medios de pago y cualesquiera otros elementos esenciales en los que se funde esa presunción;
>
> Exigir que las importaciones y exportaciones estén correctamente etiquetadas y documentadas. Los documentos comerciales como facturas, manifiestos de carga, documentos aduaneros y de transporte y

> otros documentos relativos al envío, deberán contener los nombres, tal como figuran en el cuadro I o el cuadro II, de las sustancias que se importen o exporten, la cantidad que se importe o exporte y el nombre y la dirección del importador, del exportador y, cuando sea posible, del consignatario;
>
> Velar por que los documentos mencionados en el inciso d) sean conservados durante dos años por lo menos y puedan ser inspeccionados por las autoridades competentes.

Así también, según el art. 12 de la Convención de Viena de 1988, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE)[19] tiene la facultad de realizar modificaciones a los cuadros anexos a la Convención, para introducir o suprimir alguna de las sustancias consignadas. SEQUEROS SAZATORNIL[20] observa que la regulación internacional del tráfico de sustancias precursoras, así como de los medios instrumentales utilizados para la fabricación de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, ha obtenido en la última década una adecuada

19 SEQUEROS SAZATORNIL explica que la JIFE se encuentra compuesta de trece miembros que desempeñan su cargo a título personal y no como representantes gubernamentales, tiene como misión, administrar los sistemas de previsiones de estupefacientes y de evaluación voluntaria de sustancias psicotrópicas, así como vigilar el comercio internacional de productos químicos mediante un sistema de información estadística con miras a ayudar a los gobiernos a lograr, entre otras cosas, un equilibrio entre la oferta y la demanda. Asimismo, vigilar y promover las medidas adoptadas por los gobiernos para prevenir la desviación de las sustancias más frecuentemente utilizadas en la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, evaluándolas en su caso para determinar sus modificaciones en las listas de los cuadros I y II de la Convención. Además, analizar la información proporcionada por los gobiernos, los órganos de Naciones Unidas, los organismos especializados u otras organizaciones internacionales competentes, con miras a garantizar que los gobiernos cumplan adecuadamente las disposiciones de los convenios y recomendar las medidas correctoras necesarias. Y, finalmente, mantener un diálogo permanente con los gobiernos para ayudarles a cumplir las obligaciones que les imponen los convenios y recomendar, cuando proceda, qué asistencia técnica y financiera sea proporcionada con esta finalidad. SEQUEROS SAZATORNIL, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., pp. 268 y 269.

20 *Ibid.*, p. 276.

respuesta normativa en los países de nuestro entorno, contemplándose un nuevo cuño tanto en su aspecto penal como administrativo.

Sinha[21] reflexiona que establecer un sistema internacional de control constituye un instrumento internacional de criminalización, cuyo objeto ulterior es la armonización de las normatividades de todos los países con miras a reducir el tráfico ilegal de estupefacientes, al mismo tiempo que se refuerzan los elementos del prohibicionismo. Bajo la Convención, las partes están obligadas a crear e implementar leyes criminales muy específicas que apunten a suprimir el tráfico ilícito. Estas leyes relacionan aspectos del problema tales como lavado de activos, expropiación de bienes, extradición, asistencia legal mutua, cultivos ilícitos y el comercio de químicos, materiales y equipos usados en la manufactura de sustancias controladas.

En suma, como advierte Suárez López[22], la Convención de Viena obliga a los Estados partes introducir en el ordenamiento jurídico interno las medidas que en ella figuran, conformando el pilar de arranque y apoyo de las normativas nacionales en materia de tráfico de precursores, tanto en lo que se refiere a las normas penales como administrativas.

Conforme al régimen de control internacional de sustancias, la JIFE recibe informes anuales de los Estados parte sobre la comercialización lícita de precursores fiscalizados, así como también realiza un monitoreo de la desviación de estos productos para la fabricación de drogas tóxicas prohibidas en la Convención de Viena. Es importante tener en cuenta el uso industrial de los insumos controlados en el sistema internacional. Así, respecto al cuadro I de la Convención de Viena, tenemos:

---

21 Sinha, *The history and development of the leading international drug control conventions, prepared for the senate special committee on illegal drugs, law and government division*, Canadá, citado por Ortiz Sedano, Andrés Fernando, *El control de los precursores químicos para la producción de cocaína y el Sistema Internacional de Control de Estupefacientes*, tesis para optar el grado de licenciado en Ciencia Política, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 24.

22 Cfr. Suárez, "El tráfico de precursores", art. cit.

Uso industrial de las sustancias controladas en la Convención de 1988, Cuadro I

SUSTANCIA	USO LÍCITO FRECUENTE
Ácido N-acetilantranílico:	Frecuentemente utilizado en la fabricación de productos farmacéuticos, plásticos y productos químicos refinados.
Ácido lisérgico:	Utilizado en síntesis orgánica.
Anhídrido acético:	Agente acetilante y deshidratante utilizado en la industria química y farmacéutica para la fabricación de acetato de celulosa, industria textil, activadores de decoloración en frío; para la limpieza de metales y fabricación de líquidos de frenos, tintas y explosivos y en la industria alimentaria para la modificación de almidones; entre otros usos.
Efedrina:	Utilizado en la fabricación de broncodilatadores.
Ergotamina:	Utilizada en el tratamiento de la migraña y como oxitócico en obstetricia.
1-fenil-2-propanona:	Utilizado en la industria química y farmacéutica para la fabricación de anfetaminas, metanfetamina y algunos derivados y para la síntesis de propilhexedrina.
Isosafrol:	Utilizado en la fabricación de piperonal; para modificar perfumes orientales, para reforzar perfumes de jabones; en pequeñas cantidades junto con silicato de metilo en saborizantes de cerveza y zarzaparrilla; se utiliza también como pesticida.
3,4-metilenedioxifenil-2-propanona (2,3-MDP-2-P):	Utilizada en la fabricación de piperonal y de otros componentes de perfumes.
Norefedrina:	Utilizada en la fabricación de descongestionantes nasales y de inhibidores del apetito.
Permanganato de potasio:	Reactivo importante en química orgánica, analítica y sintética; utilizado en productos decolorantes, agentes desinfectantes, antibacterianos y antifúngicos; y en la purificación de aguas. Como agente oxidante se utiliza en muchas industrias y en la potabilización de aguas.
Piperonal:	Utilizado en perfumería; en saborizantes de cereza y vainilla; en síntesis, orgánica y como componente para repelentes de mosquitos.
Safrol:	Utilizado en perfumería, en la fabricación de piperonal y en grasas desnaturalizantes para la fabricación de jabón.
Seudoefedrina:	Utilizada en la fabricación de broncodilatadores y descongestionantes nasales.

Fuente: COMUNIDAD ANDINA, *Manual de sustancias químicas usadas en el procesamiento de drogas ilícitas.*

Respecto al cuadro II, las sustancias controladas utilizadas frecuentemente en la industria se resumen en el siguiente cuadro elaborado por la COMUNIDAD ANDINA, tomando como referencia la Convención de Viena de 1988.

Uso industrial de las sustancias controladas en la Convención de 1988, Cuadro II

SUSTANCIA	USO LÍCITO FRECUENTE
Acetona:	Disolvente de uso generalizado en las industrias química y farmacéutica; empleado en la fabricación de aceites lubricantes y como intermediario en la fabricación de cloroformo, así como de plásticos, pinturas, barnices y cosméticos.
Ácido antranílico:	Intermediario químico utilizado en la fabricación de tintes, productos farmacéuticos y perfumes, así como en la preparación de repelentes de pájaros e insectos.
Ácido clorhídrico:	Utilizado en la fabricación de cloruros y clorhidratos; para la neutralización de sistemas básicos; y como catalizador y disolvente en síntesis orgánica.
Ácido fenilacético:	Utilizado en las industrias química y farmacéutica en la fabricación de esteres de fenilacetato, anfetaminas y algunos derivados; para la síntesis de penicilinas; en usos de perfumería y en soluciones de limpieza.
Ácido sulfúrico:	Utilizado en la fabricación de sulfatos; como oxidante acídico; como agente deshidratante y purificante; para la neutralización de soluciones alcalinas; como catalizador en síntesis orgánica; en la fabricación de fertilizantes, explosivos, tintes y papel; y compuestos antioxidantes y líquidos para baterías de automóviles.
Éter etílico:	Disolvente de uso generalizado en laboratorios químicos y en la industria química y farmacéutica; empleado principalmente como extractante para grasas, aceites ceras y resinas; en la fabricación de municiones, plásticos y perfumes; y en medicina como anestésico general.
Metiletilcetona:	Disolvente común utilizado en la fabricación de disolventes de revestimientos, agentes desengrasantes, lacas, resinas y pólvora sin humo.
Piperidina:	Disolvente y reactivo de uso generalizado en laboratorios químicos y en la industria química y farmacéutica; empleado también en la fabricación de productos de caucho y plásticos.
Tolueno:	Disolvente industrial; utilizado en la fabricación de explosivos, revestimientos y otras sustancias orgánicas y como aditivo de la gasolina.

Fuente: COMUNIDAD ANDINA, *Manual de sustancias químicas usadas en el procesamiento de drogas ilícitas.*

Las organizaciones criminales tienen acceso a estas sustancias para desviarlas a la fabricación de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, conforme lo reseña la Comunidad Andina, los métodos utilizados para burlar procesos administrativos o interdictitos son cada vez más sofisticados; como es el caso de la utilización de sustancias químicas sustituidas a las controladas; diversificación de los procesos de síntesis, extracción y refinamiento de drogas; fabricación ilícita de sustancias bajo esquemas artesanales difíciles de detectar; utilización de pre-precursores y utilización de procesos de síntesis de sustancias químicas; además de las ya conocidas estrategias de presión contra las autoridades de control, manifestadas en violencia, corrupción, chantaje, falsificación de documentos, alteración de productos, contrabando abierto transfronterizo y técnico, entre otras. Te-

niendo en cuenta que el narcotráfico es un fenómeno que cuenta con todas las características de un negocio global, consecuentemente sus alcances se manifiestan a nivel internacional con tentáculos en la mayoría de países[23].

Este resulta ser un fenómeno global, se observa que, si bien uno de los mayores problemas de los países de la CAN está relacionado con la producción y comercialización de alcaloides de drogas de origen natural, en especial los derivados de la hoja de coca, las autoridades regionales deben iniciar un proceso de concientización y formación de sus equipos de control frente a la amenaza de las drogas de origen sintético; en razón al desconocimiento que se tiene, no solo de los aspectos técnicos relacionados con las sustancias mismas, sino con sus métodos de uso, sus preparaciones en forma de productos farmacológicos o medicamentos (de los cuales pueden ser fácilmente extraídos), los métodos de uso ilícito y demás información útil a la hora de realizar procesos de capacitación tendientes a mejorar la capacidad institucional para llevar a cabo mejores controles[24].

Por esta razón, es importante conocer las sustancias controladas en el sistema internacional y que son utilizados en la producción, fabricación o síntesis de drogas, ya sean drogas sintéticas o naturales.

23 Comunidad Andina, *Manual de sustancias químicas usadas en el procesamiento de drogas ilícitas,* ob. cit., p. 7.

24 Comunidad Andina, *Manual de sustancias químicas usadas en el procesamiento de drogas ilícitas,* ob. cit., p. 7. Se advierte que, sin lugar a dudas, las diferencias en las listas de control que se han establecido en los países de la región andina se constituyen en una seria dificultad para llevar a cabo un control eficiente dentro y entre los países de la Comunidad Andina. Debido a esta disimilitud, los controles que se realizan, especialmente en los puestos fronterizos, se ven limitados y a que algunas sustancias controladas en un país difieren a la de otros y a que en muchos casos los agentes no cuentan con las listas de control de su propio país en el puesto donde se desempeñan.

Drogas ilícitas según su producción

DROGA ILÍCITA	SUSTANCIAS UTILIZADAS
HEROÍNA	Ácido acético Anhídrido acético Acetona Acetilcloruro Cloroformo Eter etílico Diacetato de etilideno Ácido clorhídrico Metiletilcetona Pentacloruro de fósforo Tricloruro de fósforo Ácido sulfúrico Cloruro de tionilo
COCAÍNA	Ácido acético Anhídrido acético Acetona Cloroformo Éter etílico Ácido clorhídrico Metiletilcetona Permanganato de potasio Ácido sulfúrico Tolueno
ANFETAMINA - METANFETAMINA	Ácido acético Anhídrido acético Acetona Cloroformo Efedrina Éter etílico Ácido clorhídrico Ácido fenilacético 1-fenil- 2-propanona Pentacloruro de fósforo Seudoefedrina Ácido sulfúrico Cloruro de tionilo Tolueno

Fuente: COMUNIDAD ANDINA, *Manual de sustancias químicas usadas en el procesamiento de drogas ilícitas.*

En cuanto al funcionamiento del sistema internacional de control de sustancias, se tiene, por ejemplo, en el caso del permanganato potásico, que es una sustancia química fundamental que se utiliza en la fabricación ilícita de cocaína, este insumo químico se comercializa y

se emplea ampliamente como agente desinfectante, así como para la purificación del agua y es un reactivo importante en química orgánica sintética[25]. Anualmente se requieren como mínimo unas 145 toneladas de la sustancia para la fabricación ilícita de cocaína en los países productores de coca[26].

Al respecto, la JIFE reflexiona que "las principales fuentes de abastecimiento de esa sustancia con fines ilícitos siguen siendo su fabricación ilícita, su desviación de los canales de distribución internos, y su posterior contrabando, incluso a través de fronteras internacionales". En cuanto al comercio ilícito, la JIFE advierte que quince de los Estados parte reportaron la incautación de esta sustancia, por un total de 140 toneladas durante el 2015, así precisa que, de los tres países productores de coca (Colombia, Bolivia y Perú), Colombia informó el mayor volumen (casi 58 toneladas). En este país, la mayoría de los 236 laboratorios dedicados a la cristalización de la cocaína (donde se realiza la transformación final en clorhidrato de cocaína) desmantelados en 2015

25 La JIFE informa en cuanto al comercio lícito del permanganato potásico que, "entre el 1 de noviembre del 2015 y el 1 de noviembre del 2016, las autoridades de 29 países exportadores enviaron a las autoridades de 128 países importadores casi 1520 notificaciones previas a la exportación de permanganato potásico, por un total de casi 25 000 toneladas. Al igual que en años anteriores, el volumen notificado por los tres países productores de coca de América del Sur (Bolivia, Colombia y Perú) representó solamente el 1.5 % (poco más de 240 toneladas) del volumen de permanganato potásico notificado mediante el sistema *PEN Online*. Otros países de América del Sur informaron acerca de importaciones de otras 950 toneladas de la sustancia, pero ninguno de ellos exportó ni reexportó ninguna remesa de permanganato potásico". Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, *Precursores y sustancias químicas frecuentemente utilizados para la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas 2016*, Nueva York: Naciones Unidas, 2017, p. 24.

26 Basado en los promedios de las estimaciones más bajas realizadas por la UNODC sobre la posible fabricación de cocaína de 100 % de pureza en el periodo 2011-2014, publicadas en el World Drug Report 2016, y en las cantidades aproximadas de gama baja de permanganato potásico. Cfr. Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, *Precursores y sustancias químicas frecuentemente utilizados para la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas 2016*, ob. cit., p. 24.

se encontraban en tres departamentos: Norte de Santander, cerca de la frontera con la República Bolivariana de Venezuela (58); Cauca (41) y Nariño (38), en el sur. La JIFE reitera su advertencia sobre la posibilidad de fabricación, elaboración y reelaboración ilícitas de cocaína, y el tráfico conexo de precursores, en países que no pertenecen a las regiones productoras tradicionales de cocaína y a lo largo de las rutas de tráfico, y sobre la necesidad de hacer frente a esas situaciones colectivamente a nivel regional e internacional[27].

Según informa la JIFE, al igual que en años anteriores, varios países de América del Sur y otras regiones comunicaron la incautación de diversas sustancias químicas no sometidas a fiscalización internacional que se utilizaban en la elaboración, la refinación (después del tráfico) o la adulteración de la cocaína. Entre esas sustancias químicas figuraban a) disolventes alternativos que se empleaban tanto para la extracción de cocaína base a partir de las hojas de coca como para la transformación de cocaína base en clorhidrato de cocaína, b) sustancias químicas empleadas en la fabricación ilícita de precursores sometidos a fiscalización internacional, y c) sustancias químicas utilizadas para mejorar la eficiencia de la elaboración de cocaína, por ejemplo, mediante la reducción del volumen de sustancias químicas necesarias y/o del tiempo de transformación. Las autoridades de los tres países productores de coca, Bolivia (Estado Plurinacional de), Colombia y el Perú, así como otros países de América del Sur, comunicaron cantidades considerables de esas sustancias químicas en el Formulario D. Colombia comunicó incautaciones de 23 de las 25 sustancias sujetas a fiscalización nacional. El Estado Plurinacional de Bolivia comunicó 28 sustancias químicas no sometidas a fiscalización internacional y el Perú, 22. Sin embargo, con la excepción de la República Bolivariana de Venezuela, las cantidades incautadas fueron en general mucho menores que en 2014. Por ejemplo, en Colombia, el volumen de incautación de manganato potásico, un precursor del permanganato potásico, fue de apenas 785 kg en 2015, en comparación con 4.5 toneladas en el 2014;

27 *Ibid.*, p. 24.

según se ha informado, esas incautaciones se efectuaron en cuatro emplazamientos dedicados a la fabricación ilícita de permanganato potásico. En 2015 no se comunicaron incautaciones de dióxido de manganeso, otro precursor del permanganato potásico[28].

Finalmente, cabe advertir que la JIFE observa que la mayoría de los países, incluyendo a casi todos los productores, exportadores e importadores de sustancias químicas controladas a través de los cuadros I y II, hacen parte de la Convención de 1988, razón por la cual han promulgado normativas tendientes a regular la producción y el manejo de las sustancias, además de establecer estrategias administrativas e interdictivas, para su eficiente fiscalización, controles administrativos utilizados para evitar la desviación desde la industria lícita y el contrabando[29]. Complementando el sistema internacional de control, dando cuenta del cumplimiento de sus obligaciones y el estado del control del tráfico de precursores a nivel internacional, la JIFE emite un informe anual, donde, entre otros aspectos, analiza las deficiencias de la legislación o de los mecanismos de aplicación nacionales, o los retrasos en la armonización de las listas de sustancias sometidas a fiscalización nacional con las listas y cuadros de los tratados de fiscalización internacional de drogas, este es un tema especialmente sensible, porque estas deficiencias en la adopción de sus obligaciones internacionales por parte de los gobiernos tendrán como consecuencia la aplicación de medidas de fiscalización nacional insuficientes a las sustancias sometidas a fiscalización internacional, y podrían conducir a la desviación de sustancias hacia canales ilícitos. Proceso de adecuación nacional de las obligaciones internacionales en la materia de la cual el Perú no es ajeno, como se verá a continuación.

28 *Ibid.*, pp. 25 y 26.

29 Cfr. Comunidad Andina, *Manual de sustancias químicas usadas en el procesamiento de drogas ilícitas,* ob. cit., pp. 11 y 12.

III. NORMATIVA ADMINISTRATIVA SOBRE EL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL DE INSUMOS QUÍMICOS Y BIENES FISCALIZADOS QUE PUEDEN SER UTILIZADOS PARA LA ELABORACIÓN DE DROGAS ILÍCITAS

De acuerdo con lo señalado, no es el CP la única ley que en nuestro Ordenamiento jurídico deba abordar y aborda el tráfico de precursores. Como anota Peña-Cabrera Freyre[30], la comercialización de materias primas o insumos puede manifestarse en cualquiera de las distintas formas que enuncia el inciso 7 del art. 89 del Decreto Legislativo N.° 22095, la posesión de materias primas o insumos con fines de comercialización ha de ser considerada como un acto de plena realización típica, al constituir una figura delictiva de "mera actividad", siempre que tenga la finalidad de destinarlos para su comercio. A efectos de determinar la antijuricidad de los actos de comercialización, resulta pertinente recurrir a las disposiciones sobre control de insumos contenidos en las normas administrativas.

Sproviero hace referencia a la realidad del tráfico de los precursores, donde los productos químicos son desviados de sus fines lícitos y utilizados para la elaboración de drogas tóxicas, lo que hace necesario que el Estado adopte medidas administrativas de control de estas sustancias, así precisa:

> La canalización de productos químicos, sacándolos del comercio legítimo para la elaboración de drogas y ser utilizados con otro destino, se ha convertido en regla; deben instalarse controles eficaces y sancionar severamente y sin eximentes de ninguna índole a los autores de producción y circulación de tales productos. [...] Debe ser vigilado de manera rigurosa el movimiento de substancias precursoras, ya que son elementos dinamizadores del narcotráfico; celosamente debe ser controlada la importación y exportación de precursores para establecer si el movimiento responde a necesidades legítimas o se desvirtúa al ser utilizado para la producción ilícita de droga[31].

30 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 125.

31 Sproviero, *Delito de narcotráfico y lavado de activos*, ob. cit., p. 119.

En los países productores de drogas, como el nuestro, las organizaciones de narcotráfico procuran introducir al país y desviar los insumos químicos lícitos a las zonas de producción —valles cocaleros— para aplicarlas a la elaboración o fabricación de drogas ilegales; es por es, que el control, para un uso legal de estos precursores, se inicia desde el ingreso al país, su transporte y manipulación en el mismo. En ese marco, como se sabe, el Estado cumple un papel importante en la sociedad al delegar a un ente estatal el encargo del control (ingreso y salida) de mercancías, medios de transporte y personas; así como el de ejercer las facultades de administración, recaudación, fiscalización e incluso la de sancionar cuando exista una contravención a las reglas de carácter aduanero. Así, en el tema aduanero, el Estado regula las condiciones para el ingreso, salida o el paso de personas, para lo cual existen normas de carácter aduanero que constituyen la estructura de cumplimiento, y la inobservancia de estas se sancionan en el campo administrativo[32]. De ahí, el ingreso de las mercaderías a los países por los conductos regulares de las Aduanas permite a los distintos Estados en el mundo un control de las mismas, además de poder recaudar los impuestos y aranceles que por la importación de bienes se aplica normalmente en el país de consumo[33]. Y es, justamente, este sistema de control aduanero el más idóneo para la fiscalización de estas sustancias para evitar su desvío a la fabricación o elaboración de drogas ilegales al ingresar o al salir del país.

De esta manera, en consonancia con las obligaciones internacionales sobre la materia, el Estado peruano ha establecido un sistema de control administrativo de sustancias químicas susceptibles de ser desviadas para la elaboración de drogas ilícitas, así como de maquinarias utilizadas para estos fines, insertado en el sistema de control aduanero y tributario del país; la base de esta normativa administrativa se encuentra en el D. Leg. N.° 1126 —Decreto Legislativo que Establece Medidas de Control en

32 Cfr. Huamán Sialer, Marco Antonio, "El delito de contrabando en el Perú y en el contexto internacional", en *Revista Lex*, n.° 18, 2016, pp. 291 y 294.

33 Cfr. Alva Matteucci, Mario, "¿Cuándo se configuran los delitos de contrabando y la defraudación de rentas de aduana?: a raíz de las modificaciones realizadas por el D. Leg. N.° 1111", en *Actualidad Empresarial* n.° 260, 2012, p. I-1.

los Insumos Químicos y Productos Fiscalizados, Maquinarias y Equipos Utilizados Para la Elaboración de Drogas Ilícitas— modificado por el D. Leg. N.° 1339, y su reglamento, Decreto Supremo N.° 044-2013-EF y sus modificaciones. El art. 2 literal 16 del reglamento, define a los "insumos químicos y productos", como aquellos detallados en el art. 1 del Decreto Supremo N.° 024-2013-EF, norma que fue sustituida por el Decreto Supremo N.° 348-2015-EF[34], que establece el listado de sustancias sujetas a control, sustancias que en general se corresponde con las sustancias establecidas en los cuadros I y II de la Convención de Viena de 1988. El reglamento además del uso industrial lícito, en algunos casos, también contempla el uso doméstico[35] y artesanal de los mismos.

---

34 El art. 1 del D. S. N.° 348-2015-EF prescribe lo siguiente: "Apruébese la lista de insumos químicos y productos que están sujetos al registro, control y fiscalización en el territorio nacional, inclusive en las zonas geográficas sujetas al Régimen Especial para el control de Bienes Fiscalizados; de acuerdo con el detalle contenido en el Anexo N.° 1 [...]" En este anexo se detallan los siguientes insumos químicos: 1) acetato de etilo, 2) acetato de n-propilo, 3) acetona, 4) ácido antranílico, 5) ácido clorhídrico y/o múriático, 6) ácido fórmico, 7) ácido nítrico, 8) ácido sulfúrico, 9) amoníaco, 10) anhídrido acético, 11) benceno, 12) carbonato de sodio, 13) carbonato de potasio, 14) cloruro de amonio, 15) éter etílico, 16) hexano, 17) hidróxido de calcio, 18) hipoclorito de sodio, 19) isosafrol, 20) kerosene, 21) metil etil cetona, 22) metil isobutil cetona, 23) oxido de calcio, 24) permangato de potasio, 25) piperonal, 26) safrol, 27) sulfato de sodio, 28) tolueno, y 29) xileno.
Además, el art. 2 del referido decreto supremo prescribe lo siguiente: "Apruébese la lista de insumos químicos y productos que están sujetos al registro, control y fiscalización, únicamente en las zonas geográficas sujetas al Régimen Especial para el Control de Bienes Fiscalizados, cualquiera sea su denominación, forma o presentación, de acuerdo con el detalle contenido en el Anexo N.° 2 [...]". En este anexo se detallan las siguientes sustancias: 1) diesel y sus mezclas con biodiesel, 2) gasolinas y gasoholes, 3) hidrocarburo alifático liviano, 4) hidrocarburo acíclico saturado, 5) kerosene de avión turbo jet A1, 6) kerosene de avión turbo JP5, 7) solvente n.° 1 (bencina), y, 8) solvente n.° 3 (varsol).

35 El reglamento define el "uso doméstico de bienes fiscalizados" como actividad propia del hogar que emplea insumos químicos y productos considerados de uso doméstico de acuerdo con los arts. 27 y 28, así como la utilización de estos en actividades iguales o similares al hogar por persona natural o jurídica, incluyendo su uso o consumo en vehículos automotores de uso doméstico de conformidad a lo previsto por el presente reglamento.

El art. 4 del reglamento precisa que "el control y fiscalización de los bienes fiscalizados tiene por objeto verificar el uso lícito de los bienes fiscalizados, para que no se desvíen a la producción de drogas ilícitas". El control administrativo de estos bienes se encuentra a cargo de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat), a través de tres funciones complementarias: investigación, inspección y control. En ese sentido, el art. 5 del reglamento establece lo siguiente:

> El ejercicio de la función de control y fiscalización de los bienes fiscalizados por la SUNAT comprende la investigación, inspección y el control del cumplimiento de obligaciones establecidas en la ley, el presente reglamento y demás normas sobre la materia, así como la verificación del uso de los mismos. Esta función se ejerce sobre los bienes fiscalizados de Usuarios, que cuenten o no con inscripción vigente en el Registro para el Control de los Bienes Fiscalizados, como sobre la documentación en general que contenga la información sobre la adquisición, empleo, uso, transporte y destino de los mismos. La inspección comprende, entre otros, el proceso de observación metódica para examinar o detectar situaciones críticas de prácticas, comportamientos, condiciones, documentos, equipos, materiales y estructuras.

Se justifica plenamente que el control de estos bienes fiscalizados se encuentra a cargo de la Sunat, pues es el organismo encargado del servicio aduanero[36], que ejerce en tres aspectos de carácter sustancial: i) el control aduanero, ii) la facilitación del comercio exterior y iii) la recaudación fiscal. En esa medida, posee un conocimiento de todos los bienes que ingresan o salen del territorio nacional.

Para hacer efectivo el control de los insumos químicos fiscalizados (la adquisición, empleo, uso, transporte y destino de los mismos), las personas naturales y jurídicas dedicadas a estas actividades deben

36 Se debe entender por "servicio aduanero" como el conjunto de acciones y prestaciones de carácter administrativo que realiza la aduana con la finalidad de facilitar el flujo de ingresos y salidas de mercancías del territorio nacional, cautelando el interés fiscal. Huamán Sialer, Marco Antonio, "El delito de contrabando en el Perú y en el contexto internacional", art. cit., p. 292.

contar con inscripción en el Registro de Usuarios, se pretende contar con un registro de usuarios realizando un seguimiento de los insumos químicos fiscalizados desde su producción o ingreso al país hasta su destino final; según el art. 2 del D. Leg. N.° 1126, modificado por el D. Leg. N.° 1339, se entiende por "usuario" a la persona natural o jurídica, sucesiones indivisas u otros entes colectivos que desarrollan una o más actividades que se realicen sobre bienes fiscalizados, desde su producción o ingreso al país hasta su destino final, incluido los regímenes aduaneros, que cuenten o no con inscripción en el Registro para el Control de los Bienes Fiscalizados.

De esta manera, la anotación en el Registro para el Control de los Bienes Fiscalizados es condición para desarrollar las actividades sujetas a control y fiscalización conforme a la ley y el reglamento. Al respecto, el art. 12 del reglamento establece:

> El Registro contiene una base de datos única a nivel nacional, constituyéndose en el principal instrumento para el control y fiscalización de bienes fiscalizados desde su producción o ingreso al país hasta su destino final. En dicho instrumento se registran los usuarios que cumplan con los requisitos establecidos por la ley, el presente reglamento y la normatividad especial que corresponda.

En dicho registro se recopila la información del mercado lícito de precursores y sustancias químicas esenciales, con la finalidad de ejercer medidas de control de carácter administrativo, y a la vez convertirse en un ente que advierta las situaciones anómalas relacionadas con las sustancias, por medio del estudio, monitoreo y fiscalización.

El control y fiscalización de los bienes fiscalizados tiene por objeto verificar su uso lícito, para que no se desvíen a la producción de drogas ilícitas. De esta manera, se presume la veracidad de los actos de detección comprobados por el personal competente de la Sunat, conforme lo reseña el art. 4 del reglamento. Para tal efecto se ha dotado a esta entidad administrativa de amplias facultades, que se consignan en los arts. 6 y 7 del reglamento. Así, las medidas de control y fisca-

lización puede ejercerlas Sunat en el establecimiento del usuario, en cualquier local que se encuentre ocupado, bajo cualquier título, por el usuario, esté o no registrado; así como en los medios de transporte que transiten por las vías que constituyan o no ruta fiscal, incluso en aquellas vías o zonas habilitadas que no cuenten con reconocimiento oficial. En esa medida, el reglamento señala que los usuarios deben brindar para el ingreso a las instalaciones, acceso a los medios de transporte, acceso a los bienes objeto de control y proporcionarán la documentación relativa al objeto de control o fiscalización, según la forma, plazos y demás condiciones que sean requeridas por la Sunat.

Una de las principales actividades conducentes a educar y a contribuir para el cumplimiento de la normativa aplicable es la efectuada en los procesos de fiscalización que efectúa la Sunat, en los cuales se revisa tanto la información de datos del usuario inscrito como también aquella que tiene directa relación con las sustancias químicas controladas que este posea. Tal labor es llevada a cabo tanto por profesionales químicos como por auditores, abarcando todas las aristas relacionadas. El reglamento específica que la Sunat podrá pesar las unidades de transporte y/o bienes fiscalizados; abrir cajas, sacos, bodegas, contenedores, precintos de seguridad y/o cualquier otro envase, embalaje o mecanismo de seguridad que impida la inspección y conteo de los bienes fiscalizados encontrados en los medios de transporte y/o establecimiento o local intervenido, según corresponda. Asimismo, podrá colocar precintos en los vehículos intervenidos, tomar muestras de los bienes objetos de control y ejecutar toda aquella acción que resulte pertinente para los fines de control y fiscalización.

A efectos de realizar controles o inspecciones en instalaciones cerrados o domicilios de particulares o cuando se imposibilite el acceso a los locales, será necesario solicitar autorización judicial. Como parte de sus facultades investigativas, la Sunat puede tomar declaraciones al usuario, a su representante, a terceros y dependientes que se encuentren en los establecimientos, locales o medios de transporte inspeccionados,

para estos efectos podrá requerir la presencia del representante del Ministerio Público.

Con el objetivo de reforzar las facultades de control e inspección de la Sunat, el art. 7 del reglamento establece que esta entidad podrá realizar visitas programadas y no programadas con la finalidad de verificar el uso de los bienes fiscalizados, sin afectar el normal desarrollo de las actividades de los usuarios. Con ese propósito se dispone que los usuarios están obligados a facilitar el ingreso a sus instalaciones y proporcionar la documentación objeto de control y fiscalización. Las visitas programadas y no programadas deben realizarse en el horario laboral habitual del usuario, quien debe proporcionar la documentación necesaria. Esta visita puede contar con la participación del representante del Ministerio Público. Así, de cada visita se levanta un acta y de detectarse irregularidades, incumplimientos o infracciones administrativas se deberá dejar constancia en la misma, lo que dará inicio al procedimiento que corresponda.

Para ser considerado usuario de insumos químicos fiscalizados y ser incorporado al registro, la persona natural o jurídica que en su actividad económica requiera de estas sustancias debe registrar a tres categorías de personas responsables del manejo de los bienes fiscalizados; a saber, el profesional o técnico que informa sobre la realización de las actividades relacionadas a los bienes fiscalizados, la persona responsable del establecimiento donde se realizan las actividades relacionadas a los bienes fiscalizados, y el conductor de los vehículos que transporta bienes fiscalizados[37]. Así se prescribe en el art. 16 del reglamento:

37 Salvo en los casos de uso doméstico y artesanal, donde no existe obligación de registrar a un conductor, así se establece en el art. 29 del reglamento: "Del transporte de los bienes fiscalizados considerados para uso doméstico o artesanal por parte del comprador el transporte de bienes fiscalizados considerados para uso doméstico o artesanal por parte de los compradores, por las cantidades señaladas en el artículo anterior, que se realice en vehículos no dedicados al transporte de carga, en el ámbito urbano, debe sujetarse a lo siguiente: a) debe siempre estar acompañado del comprador. b) El comprador debe llevar consigo, durante el traslado, el comprobante de pago que demuestre su adquisición".

> Son responsables del manejo de los Bienes Fiscalizados: a) El profesional o técnico que suscribe el informe técnico mediante el cual el usuario sustenta la realización de actividades relacionadas a bienes fiscalizados. De haber más de uno, será el que designe el usuario. b) La persona que se designe como responsable por cada establecimiento donde se ejerzan o realicen actividades con bienes fiscalizados. c) El conductor de los vehículos inscritos en el Registro para el Control de Bienes Fiscalizados, mediante los cuales se transporten los bienes fiscalizados.

Además, el reglamento establece los requisitos para la inscripción y renovación de la autorización en el manejo de bienes fiscalizados, estableciéndose además los supuestos de suspensión y baja definitiva del registro.

Para el ingreso y salida al país de los bienes fiscalizados, en el caso del comercio exterior[38], las personas naturales o jurídicas también deben contar con una autorización administrativa por parte de la Sunat. El art. 30 del reglamento precisa en esa perspectiva lo siguiente:

> La autorización para el ingreso y salida de bienes fiscalizados es única e intransferible. En el caso del ingreso, la autorización debe preexistir a la llegada del medio de transporte. Tratándose del despacho anticipado o urgente (que se destine antes de la llegada del medio de transporte), la autorización debe preexistir a la numeración de la declaración aduanera. La autorización tendrá una vigencia de sesenta (60) días

38 El término "comercio exterior" hace referencia al intercambio comercial de un país con relación a los demás, es decir, si tomamos como referencia al Perú, el comercio exterior del Perú es aquél que este país realiza con las diferentes naciones. El comercio exterior de un país es un importante sector de su actividad económica, donde se regula los intercambios de mercancías, productos y servicios entre proveedores y consumidores residentes en dos o más mercados nacionales y/o distintos países, incluso considerar los intercambios de capital, y los aspectos referentes a la entrada temporal de personas de negocios. Se trata de transacciones físicas entre residentes de dos o más territorios aduaneros que se registran estadísticamente en la balanza comercial de los países implicados. Cfr. Witker Velásquez, Jorge Alberto, *Derecho del comercio exterior*, México: UNAM/CIACI, 2011, p. 3.

> hábiles contados a partir de la fecha de su otorgamiento, debiendo estar vigente, para el ingreso, a la fecha del levante y, para la salida, a la fecha de embarque [...].

Con esta normativa el Estado busca tener control sobre todas las etapas de la comercialización y utilización de los insumos químicos fiscalizados y evitar su desvío a actividades ilícitas[39]. El ingreso de estos bienes fiscalizados es una fase sensible, con estas disposiciones el Estado busca conocer la cantidad y calidad exacta de sustancias químicas fiscalizadas, quiénes los importaron, cómo y quiénes las transportarán, almacenarán y utilizarán.

En esa medida, cualquier irregularidad o insuficiencia de información puede ser considerado un indicio de que los bienes fiscalizados se han desviado para la elaboración o fabricación de drogas ilegales. Así, el art. 34 del reglamento prescribe lo siguiente:

> Son indicios razonables de desvío de Bienes Fiscalizados, entre otros: a) Cuando, como resultado de las notificaciones previas a que se refiere el art. 24 de la Ley[40], exista discrepancia con la información declarada o la documentación presentada por el Usuario. b) Cuando existan diferencias entre los bienes declarados y los físicamente verificados. c) Cuando la información proporcionada por un organismo nacional o internacional confirme el origen o finalidad ilegal de los bienes fiscali-

39 Así lo declara el art. 3 del reglamento: "Las normas del presente reglamento son aplicables a las personas naturales y jurídicas que realizan actividades de producción, fabricación, preparación, envasado, reenvasado, comercialización, transporte, servicio de trasporte, almacenamiento, servicio de almacenamiento, transformación, utilización o prestación de servicios en el territorio nacional, regímenes y operaciones aduaneras para el ingreso y salida del país referidas a los bienes fiscalizados".

40 Esta norma hace referencia a la función de control y fiscalización de la Sunat, en el supuesto en que sea detectado el uso de instrumento falso o presentación de información falsa, la Sunat procederá a la suspensión en el registro dentro del plazo máximo de seis (6) días hábiles de efectuada la detección, la que será por noventa (90) días calendario, debiendo ser notificado el acto administrativo que disponga la suspensión al usuario en el término máximo de cinco (5) días hábiles de emitido.

> zados. d) Presentar comunicaciones y/o denuncias falsas relacionadas a la pérdida, destrucción, robo o desmedro de Bienes Fiscalizados. e) La detección de diferencias de inventario producto de la fiscalización efectuada por la Sunat, así como la detección de inconsistencias en la aplicación del cuadro insumo producto.

La autorización para el ingreso y salida de bienes fiscalizados no será otorgada al usuario o alguno de sus accionistas, representantes legales o directores y responsables del manejo de los bienes fiscalizados que se encuentre sometido por el Ministerio Público a investigación por tráfico ilícito de drogas o delitos conexos. Cuando el caso haya sido archivado, se levantará la suspensión o denegatoria de autorización (art. 35 del reglamento). Se contempla también que no se requiere autorización para el tránsito internacional, transbordo y reembarque de bienes fiscalizados; en el caso del tránsito aduanero, esto es, cuando los bienes fiscalizados tengan como destino una aduana dentro del territorio aduanero, la Sunat autorizará y controlará el ingreso y salida de estos bienes (art. 36 del reglamento).

El traslado y transporte de insumos químicos fiscalizados también se encuentran sometidos a control por parte de la Sunat, el reglamento establece los requisitos y condiciones que deben cumplir las empresas de transporte para su incorporación y permanencia en el registro. Se contempla que el transporte de bienes fiscalizados se realizará por rutas fiscales. Las rutas fiscales son las vías de transporte terrestre de Lima o Callao hacia el resto del país o viceversa, para el de Lima o Callao hacia o desde el resto del país, para el traslado de insumos químicos o bienes fiscalizados que, directa e indirectamente, puedan ser utilizados en la elaboración de drogas ilegales. La Resolución Ministerial N.º 350-2013-MTC/02 del Ministerio de Transportes y Comunicaciones establece las rutas fiscales autorizadas.

De otro lado, según el art. 43 del reglamento, los bienes fiscalizados que sean trasladados en un medio de transporte no autorizado, según el registro, serán incautados por la Sunat o la Policía Nacional del Perú, según sea el caso, conjuntamente con el medio de transporte empleado.

En esa medida, además, si la Sunat detecta irregularidades en el transporte de insumos químicos fiscalizados tiene la facultad de proceder con la incautación administrativa tanto de los bienes fiscalizados, como de los medios de transporte, el reglamento define la incautación como "Acción mediante la cual se retira del dominio del usuario los bienes fiscalizados o los medios de transporte utilizados para su traslado". La incautación debe constar en un acta de incautación que debe indicar el motivo de la misma y encontrarse suscrita por funcionario competente. La Sunat tiene la obligación de comunicar al Ministerio Público, mediante informe detallado, la incautación de estos bienes, poniendo a disposición los mismos que puedan ser útiles para las investigaciones penales del Ministerio Público. Además, cuando la incautación se aplique como sanción, conforme a la tabla de infracciones y sanciones administrativas, se procederá a la devolución de los bienes incautados o la restitución de su valor al propietario, si por resolución firme se deja sin efecto el acto administrativo por el cual se estableció dicha sanción (art. 52 del reglamento). Los bienes que constituyan objetos, instrumentos, efectos o ganancias vinculados a delitos, incluso el comercio clandestino y tráfico ilícito de insumos químicos y productos, a que se refieren los arts. 272 y 296.B del CP respectivamente, y que fueron incautados por la Sunat o la Policía, previa comunicación al Ministerio Público, serán entregados a Comisión Nacional de Bienes Incautados (Conabi)[41].

Las irregularidades detectadas en la constatación del acto de carga y/o descarga de los bienes fiscalizados en el origen y/o destino podrán ser consideradas indicio de la comisión de los delitos previstos en los

41 Mediante D. S. N.° 011-2017-JUS, se creó el Programa Nacional de Bienes Incautados-Pronabi, en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La primera disposición complementaria y final de este decreto supremo, prescribe lo siguiente: "Todas las disposiciones contenidas en el D. Leg. N.° 1104-Decreto Legislativo que Modifica la Legislación sobre Pérdida de Dominio, y en cualquier otra norma legal que hacen referencia a la Comisión Nacional de Bienes Incautados-Conabi, debe entenderse al Programa Nacional de Bienes Incautados-Pronabi, en lo que sea aplicable y no contradiga el presente decreto supremo". En esa medida, la Conabi, que dependía de la Presidencia del Consejo de Ministros, es reemplazada en todas sus funciones por el Pronabi, que ahora se encuentra en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

arts. 272 y 296.B del CP, según el art. 45 del reglamento. De la misma manera, el incumplimiento de las disposiciones sobre control de insumos fiscalizados puede constituir infracciones administrativas por parte de los usuarios y no usuarios, conforme se ha establecido en el Decreto Supremo N.° 010-2015-EF, que aprueba la tabla de infracciones y sanciones por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el D. Leg. N.° 1126 y regula el procedimiento sancionador a cargo de la Sunat.

En la lógica de evitar que los bienes fiscalizados sean desvíos para la producción o fabricación de drogas tóxicas, y atendiendo que se puede identificar en el territorio nacional zonas geográficas de producción de drogas, en especial las drogas cocaínicas, el reglamento considera un régimen especial para el control de bienes fiscalizados en estas zonas de producción de drogas. En estas zonas geográficas identificadas como de producción de drogas se restringe el acceso de bienes fiscalizados, las empresas que se encuentren en estas zonas y necesiten estos insumos para sus actividades industriales serán sometidas a control y supervisión, así como estarán consideradas en un registro. Así, el art. 53 del reglamento precisa lo siguiente:

> A los usuarios que desarrollen cualquiera de las actividades comprendidas dentro de los alcances de la ley en las zonas geográficas de elaboración de drogas ilícitas, incluido el comercio minorista a que se refiere el artículo 16 de la ley, les resultará de aplicación las disposiciones sobre el registro, los mecanismos de control y fiscalización de los bienes fiscalizados previstos en la ley y el presente reglamento, incluyendo las disposiciones referidas al control al servicio de transporte de carga de los bienes fiscalizados.

En esa medida, las empresas que operan fuera de estas zonas geográficas, pero que venden bienes fiscalizados a empresas localizadas dentro de las mismas, deben cerciorarse de que se encuentren comprendidas en el registro, así se trate de comerciantes minoristas. Además, cuando el comerciante minorista expende estos productos, debe solicitar al comprador su DNI, así se expresa en el art. 54 del reglamento:

> El usuario que transfiera a comerciantes minoristas ubicados en las zonas geográficas sujetas al Régimen Especial Bienes Fiscalizados para el uso señalado en el artículo 16 de la ley, deberá verificar que estos últimos tengan inscripción vigente en dicho registro. Cuando los comerciantes minoristas que realizan operaciones en las zonas geográficas bajo el régimen especial vendan directamente al público bienes fiscalizados, deberán exigirles la presentación de su documento de identidad.

Las zonas geográficas para la implementación del Régimen Especial de Control de Insumos Químicos y Bienes Fiscalizados que pueden ser utilizados para la elaboración de drogas ilícitas están determinadas en el Decreto Supremo N.° 009-2013-IN, de 1 de junio del 2013, modificado por el Decreto Supremo N.° 009-2016-EF. Así, se comprenden diversas provincias de los departamentos de Apurímac, Ayacucho, Cusco, Junín, Huancavelica, Huánuco, San Martín, Ucayali, Pasco, Puno y Loreto que corresponde a las cuencas de los valles cocaleros, en especial en la zona del Valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro (Vraem)[42], se identifica

42 El monitoreo de la UNODC, sobre el cultivo de la hoja de coca en el Perú, arrojó las siguientes conclusiones: "Al 31 de diciembre del 2015, la superficie bajo cultivos de coca fue estimada en 40 300 ha 6.1 % menor que la del 2014 (42 900 ha). Este valor consolida la tendencia a la baja observada desde el 2011 (62 500 ha) y coincide con la implementación de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2012-2016, por parte del Estado peruano. Las dos zonas con mayor superficie de cultivos de coca fueron el Vraem con 18 333 ha y La Convención y Lares con 10 454 ha; estas representan en conjunto el 71.4 % del total nacional. Ninguna de estas zonas fue sometida a erradicación. En el Vraem, el Ministerio de Agricultura y Riego (Minagri) viene implementando un modelo de sustitución voluntaria de cultivos de coca, promoviendo la producción de cultivos legales, complementados con acciones de interdicción terrestre y aérea sobre tráfico ilícito de drogas. Este modelo tiene la finalidad de propiciar la baja del precio de la hoja de coca, así como de inducir a la población a otras opciones de desarrollo. Al 31 de diciembre del 2015, la data oficial indicó 2224 ha de coca reconvertidas a cultivos lícitos. En la Convención y Lares, el sustento de no erradicar se basa en que esta es una zona de consumo tradicional ("chacchado o masticado"); sin embargo, la producción actual (15 231TM de hoja seca), supera los niveles de demanda de 9000TM calculadas por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). No se tiene conocimiento o evidencias sobre el destino final del excedente". Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, *Perú. Monitoreo de cultivos*

una zona especialmente sensible de cultivo de hoja de coca y producción de drogas cocaínicas, que requiere mayores niveles de supervisión y control en la introducción de insumos químicos y bienes fiscalizados que pueden ser utilizados para la elaboración de drogas ilícitas, partiendo de la idea de que si se logra reducir la introducción de insumos químicos necesarios para la elaboración o fabricación de drogas, estas medidas tendrán como resultado la reducción de las mismas.

En suma, por el Sistema Nacional de Control de Insumos Químicos y Bienes Fiscalizados que pueden desviarse para la elaboración de drogas ilícitas, las personas naturales y jurídicas dedicadas a la adquisición, empleo, uso, transporte y destino sobre estas sustancias deben contar con inscripción en el registro de usuarios. De esta manera, se pretende contar con un registro que facilita el seguimiento de los insumos químicos fiscalizados desde su producción o ingreso al país hasta su destino final. En esa medida, se otorga a la Sunat amplias facultades de investigación, inspección y control, incluida la facultad de decomiso administrativo de bienes fiscalizados en supuestos de infracción.

IV. DELITO DE SUMINISTRO, PRODUCCIÓN O COMERCIALIZACIÓN DE MATERIAS PRIMAS O INSUMOS DESTINADOS NO FISCALIZADOS A LA ELABORACIÓN DE DROGAS Y ACTOS AFINES DE PROMOCIÓN, FACILITACIÓN O FINANCIACIÓN

El tercer párrafo del art. 296 del CP regula el denominado tráfico de precursores, esto es, el tráfico materias primas o insumos necesarios para la elaboración o fabricación de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Así se prescribe lo siguiente:

> El que introduce al país, produce, acopie, provee, comercialice o transporte materias primas o sustancias químicas controladas o no controladas, para ser destinadas a la elaboración ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, en la maceración o en cualquiera de sus etapas de procesamiento, y/o promueva, facilite o financie dichos actos, será reprimido con pena privativa de libertad

de coca 2015, Lima: UNODC, 2016, p. 11.

no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta o ciento veinte días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1) y 2).[43]

1. Objeto material del delito: distinción con la hipótesis legal del delito contemplado en el artículo 296.B

La primera tarea dogmática al analizar el delito tipificado en el tercer párrafo del art. 296, modificado por el D. Leg. N.° 1237, es diferenciarlo del delito que sanciona el tráfico ilícito de insumos químicos regulado en el art. 296.B del CP, modificado por el mismo D. Leg. N.° 1237. Así, en la primera hipótesis normativa se hace referencia como objeto material del delito a las "sustancias químicas controladas o no controladas", mientras que la hipótesis normativa del 296.B se refiere como objeto material del delito a "insumos químicos, materia prima o productos fiscalizados, contando con las autorizaciones o certificaciones respectivas".

Así, como se ha explicado, el Estado ha establecido un sistema de control administrativo de sustancias químicas susceptibles de ser desviadas para la elaboración de drogas ilícitas, así como de maquinarias utilizadas para estos fines; la base de esta normativa administrativa se encuentra en el D. Leg. N.° 1126 —Decreto Legislativo que Establece Medidas de Control en los Insumos Químicos y Productos Fiscalizados, Maquinarias y Equipos Utilizados para la Elaboración de Drogas Ilícitas— y su reglamento, Decreto Supremo N.º 044-2013-EF. El art. 2 literal 16 del reglamento define a los "insumos químicos y productos" como aquellos detallados en el Decreto Supremo N.º 348-2015-EF; sustancias que en general se corresponden con las sustancias establecidas en los cuadros I y II de la Convención de Viena de 1988. El control y fiscalización de los bienes fiscalizados tiene por objeto verificar el uso lícito de los bienes fiscalizados, para que no se desvíen a la producción de drogas ilícitas. El control administrativo de estos bienes se encuentra a cargo de la Superintendencia

43 Cuya última modificación se produjo por efecto del art. 1 del D. Leg. N.° 1367, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de julio del 2018, que incorpora la pena de inhabilitación conforme a los incs. 1 y 2 del art. 36.

Nacional de Administración Tributaria (Sunat), a través de tres funciones complementarias, investigación, inspección y control. Para hacer efectivo el control de los insumos químicos fiscalizados, (la adquisición, empleo, uso, transporte y destino de los mismos), las personas naturales y jurídicas dedicadas a estas actividades deben contar con inscripción en el registro de usuarios. Se pretende contar con un registro de usuarios, realizando un seguimiento de los insumos químicos fiscalizados desde su producción o ingreso al país hasta su destino final; de esta manera, la anotación en el Registro para el Control de los Bienes Fiscalizados es condición para desarrollar las actividades sujetas a control y fiscalización conforme a la ley y el reglamento.

Además, para ser considerado usuario de insumos químicos fiscalizados y ser incorporado al registro, la persona natural o jurídica que en su actividad económica requiera de estas sustancias debe registrar a tres categorías de personas responsables del manejo de los bienes fiscalizados, el profesional o técnico que informa sobre la realización de las actividades relacionadas a los bienes fiscalizados, la persona responsable del establecimiento donde se realizan las actividades relacionadas a los bienes fiscalizados, y el conductor de los vehículos que transporta bienes fiscalizados.

De esta manera, a través de las normas administrativas se establece un listado de sustancias químicas fiscalizadas susceptibles de ser desviadas para la elaboración de drogas ilícitas; asimismo, se establece un registro para que las personas naturales o jurídicas puedan dedicarse a actividades que requieran el uso lícito de esas sustancias, para lo cual deben ser autorizados por la entidad administrativa, en este caso la Sunat, que emitirá los certificados correspondientes, y las personas físicas que manejen esas sustancias también requieren de autorizaciones especiales.

Entonces, la diferencia entre los tipos penales del párr. 3 del art. 296 y del delito que sanciona el tráfico ilícito de insumos químicos regulado en el art. 296.B del CP, radica en que el objeto material del delito de la primera hipótesis delictiva sobre las materias primas o sustancias químicas no contenidas en el listado de "insumos químicos y produc-

tos", detallados en Decreto Supremo N.º 348-2015-EF, considerados sustancias químicas susceptibles de ser desviadas para la elaboración de drogas ilícitas. Otra diferencia significativas es que el delito del art. 296.B se ejecuta abusando de los certificados o autorizaciones emitidas por la autoridad administrativa, con lo cual las organizaciones criminales logran desviar las sustancias químicas fiscalizadas para la fabricación o elaboración de drogas tóxicas; en cambio, para la manipulación de las sustancias a las que se refiere el tercer párrafo del art. 296, no contenidas en lista alguna, no se requiere ninguna autorización, ni se encuentra sometido necesariamente a control administrativo.

En esa medida, la experiencia criminológica internacional enseña que, debido al relativo éxito de los sistemas de control administrativo, las sustancias y disolventes necesarios para la elaboración de drogas son reemplazados por sustitutos no contenidos ni en los cuadros I y II de la Convención de Viena de 1988, ni en la lista administrativa nacional, pero que son igualmente eficaces para el propósito de elaboración o fabricación de drogas. Así, la JIFE da cuenta de incautación de disolventes no incluidos en los cuadros I y II de la Convención, en especial en países latinoamericanos, al respecto precisa lo siguiente:

> De esos países, Colombia es el que ha registrado de forma más coherente esas incautaciones. En 2015, el país comunicó haber incautado varios disolventes a base de acetato, entre ellos, acetato de butilo (15 255 litros), acetato de etilo (106 614 litros), acetato de isobutilo (127 334 litros), acetato isopropílico (30.745 litros), y acetato de n-propilo (20 305 litros) (véase el gráfico XIII). Todas esas sustancias son sustitutos de los disolventes incluidos en el cuadro II, sobre todo en el último paso de cristalización, cuando la cocaína base se transforma en clorhidrato de cocaína. Otro disolvente que puede utilizarse en ese paso y que según se informó fue incautado en Colombia es la metilisobutilcetona (9476 litros). En los casos en que se disponía de información sobre el origen de los disolventes sustitutos, estos se habían obtenido de fuentes nacionales; todos se encuentran sometidos a fiscalización en Colombia[44].

44 Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, *Precursores y*

Así, en el caso peruano, en una noticia del 2012, se da cuenta del reemplazo de insumos químicos fiscalizados por otras sustancias no sometidas a control utilizadas en pozas de maceración para la fabricación de pasta básica de cocaína. La nota del diario *La República* explica lo siguiente:

> La forma tradicional para "fabricar" cocaína en el Huallaga, que consistía en pisar la coca en pozas de maceración para luego mezclarla con sustancias químicas, va quedando en el pasado. Actualmente, los narcotraficantes que operan en el valle del Monzón aplican cada vez más un método propio, que requiere menos implementos y hojas de coca. "Están elaborando sus propios insumos para producir más pasta básica".

Este nuevo método supone el reemplazo de insumos químicos fiscalizados por otras sustancias no controladas. La nota da cuenta del hallazgo de laboratorios donde se evidencia esta estrategia de las organizaciones criminales:

> Los últimos allanamientos en cinco laboratorios y pozas de maceración descubiertos en la localidad de Tanchi Alto (Huánuco) dejaron en clara evidencia que los narcos vienen creando su propio "sello". Este fenómeno que cada vez se torna más recurrente en el Huallaga se evidenció cuando agentes antidrogas encontraron que el kerosene, combustible fundamental en la elaboración de PBC, es reemplazado con insumos como la kerosina, el hidrocarburo hexano, el solvente Barzol, la gasolina de 84 y el Diésel 2[45].

Existe una amplia gama de insumos químicos sustituidos por productos comunes como la sal de cocina, legía, limón silvestre, cemento o abonos agrícolas que no están sujetos a control y cuyo tráfico es libre, así se expresa en la referida nota periodística:

---

sustancias químicas frecuentemente utilizados para la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias sicotrópicas 2016, ob. cit., p. 32.

45 "Narcos ahora 'fabrican' sus propios insumos para elaborar cocaína", en *La República*, Lima: 2012. Recuperado de <https://bit.ly/2GIDFFS>.

> Los agentes de la Dirandro aseguran que el kerosene es sustituido con cualquiera de las sustancias químicas antes mencionadas, ya que ninguno de estos productos se encuentra en la lista de insumos prohibidos o bajo control de las autoridades. Durante las operaciones que se ejecutan entre el jueves y el viernes de cada semana también se encontró urea (fertilizante agrícola) que es transformado en amoniaco líquido y utilizado en la elaboración de la PBC. Según la policía, los mismos traficantes estarían reemplazando la cal por el cemento y sal, mientras que otros insumos como la acetona, el *thinner* y el ácido clorhídrico, son reemplazados por la lejía, el limón silvestre y otros cítricos, y elementos que se utilizan como abonos en la agricultura. El especialista en insumos químicos, Juan Malca, confirmó que los narcotraficantes ahora emplean en los laboratorios rústicos la sal de cocina, la lejía y otros elementos no fiscalizados para acelerar la producción de la droga[46].

En otra nota periodística del 2016 del diario *El Comercio* también se hace referencia a este fenómeno de sustitución de insumos químicos fiscalizados por otros no sujetos a control de uso común, como la sal de cocina y el cemento, detectado en pozas de maceración en la localidad de Palmapampa[47]; así se deja constancia en la publicación:

---

46 "Narcos ahora 'fabrican' sus propios insumos para elaborar cocaína", en *La República*, 2012, art. cit., también se precisa que, a través del método tradicional, con 300 kilogramos de hojas de coca se producía un kilo de pasta básica de cocaína. Actualmente eso se ha reducido. Parece mentira, pero este método es más sofisticado y permite que el rendimiento sea mayor con menos cantidad de coca. Así, los traficantes ahora necesitan unos 250 kilogramos o menos para obtener la misma cantidad de la droga. Los narcotraficantes también aplican "nuevas estrategias colombianas" para purificar y cristalizar la PBC. Con el método foráneo los narcotraficantes han podido aprovechar más la pasta base. De acuerdo con un jefe policial, especializado en temas de narcotráfico, antes con tres kilogramos de PBC se obtenía uno de clorhidrato de cocaína. "En cambio ahora es a la par. De un kilo de pasta básica se obtiene un kilo de cocaína pura", afirma con preocupación el agente de la Dirandro. Y no es para menos, los narcos planean nuevas estrategias para seguir con su ilegal negocio.

47 Palmapampa es un pequeño pueblo del distrito de Samugari (provincia de La Mar, Ayacucho), en la zona del Vraem, la población vive básicamente de la siembra de hoja de coca.

> El Comercio acompañó la semana pasada a un contingente de la División de Operaciones Especiales Antidrogas de la policía, con sede en Palmapampa, a varias operaciones de interdicción de laboratorios de droga en el centro poblado de Vistoso. En estas incursiones se confirmó que en lugar de cal (un IQF básico, que ayuda a extraer y concentrar el alcaloide de cocaína) se viene utilizando cemento común. Además, en lugar de mezclar ácido muriático, ácido sulfúrico y lejía (los tres son IQF para macerar la hoja de coca), se utiliza sal yodada común, que —como el cemento— se vende y se compra en cualquier tienda. También se halló gasolina, que hace años se aplica como sustituto del kerosene (también fiscalizado)[48].

Bajo esas circunstancias, resulta difícil conocer qué porcentaje de estos bienes sustitutos lícitos, que pueden encontrarse en cualquier mercado, son desviados a la producción o fabricación de drogas ilegales.

> "Es como un ajedrez: lo prohibimos, pero ellos [los narcos] inventan algo y lo reemplazan. Es imposible detectar cuánto cemento se destina a usos legales y cuánto termina en los laboratorios clandestinos", dijo uno de los policías que dirigió las operaciones. Es esto lo que hace larga y difícil la lucha contra el narcotráfico: su versatilidad para adaptarse a las presiones. Mientras haya demanda, seguirá habiendo oferta[49].

En consecuencia, el objeto material del delito descrito en el párr. 3 del art. 296 del CP serán las materias primas y sustancias químicas susceptibles de ser utilizadas para la elaboración de drogas ilícitas, no contenidas en los listados del Decreto Supremo N.º 348-2015-EF, no controladas por las autoridades administrativas; de esta manera, para evitar lagunas de punibilidad se comprende en el término "materias primas o sustancias químicas controladas o no controladas" a sustancias como la sal de cocina, la legía, el limón silvestre, el cemento o abonos agrícolas que no están sujetos a control y cuyo tráfico es libre, pero que son utilizados por las organizaciones criminales para la elaboración de

48 "Así el narcotráfico burla el control de los insumos químicos", en *El Comercio*, 2016. Recuperado de <https://bit.ly/2Ak3pCH>.

49 "Así el narcotráfico burla el control de los insumos químicos", art. cit.

drogas tóxicas, como sustitutos de los insumos químicos fiscalizados, o algún otro compuesto no incluido en los listados administrativos. Sobre este tema, Prado Saldarriaga explica lo siguiente:

> Surge, pues, como necesidad dogmática, esclarecer la relación existente entre ambas disposiciones legales [párr. 3 del art. 296 y el art. 296.B del CP]. Al respecto, cabe distinguir que la hipótesis del artículo antes citado [art. 296.B] está vinculado con el tráfico de insumos químicos de circulación oficialmente controlada. En cambio, el art. 296, tercer párrafo, que estamos comentando tiene por objeto la acción sustancias distintas pero que son también requeridas para la producción y elaboración de drogas[50].

Cabe anotar que en los últimos años el legislador a través del D. Leg. N.° 1241, Decreto Legislativo que Fortalece la Lucha Contra el Tráfico Ilícito de Drogas, ha introducido normas para fortalecer a lucha contra el tráfico ilícito de drogas -(TID) en sus diversas manifestaciones, mediante la prevención, investigación y combate de dicho delito, como el control de insumos químicos, habilitando a la Policía Nacional realizar labores de prevención, investigación e incautación. Para tal efecto, el reglamento del D. Leg. N.° 1241 ha introducido un listado de sustancias sujetas a este tipo acciones policiales, este listado excede las sustancias introducidas en los cuadros I y II de la Convención de Viena y las sustancias fiscalizadas administrativamente a las que se hace referencia en los listados del Decreto Supremo N.° 348-2015-EF, comprendiendo insumos como cloruro de sodio (sal de mesa /cocina) y el cemento. Con lo cual se busca comprender a los sustitutos utilizados por las organizaciones criminales en el sistema de control, pero este control es solo para efectos policiales, pues no existe obligación de las personas naturales o jurídicas que manipulen bienes como la sal de cocina o el cemento de incorporarse al registro de usuarios de insumos químicos y sustancias fiscalizadas administrado por Sunat.

---

50 Prado Saldarriaga, Víctor, *Criminalidad organizada. Parte especial.* Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 150.

En suma, el objeto material del delito del tercer párrafo del art. 296 del CP cuando hace referencia al término "materias primas" se refiere a los precursores y productos químicos necesarios para la elaboración de estupefacientes[51] no comprendidos en los listados del Decreto Supremo N.º 348-2015-EF, no controladas o fiscalizadas por las autoridades administrativas.

2. Tipicidad objetiva

Analizando la estructura típica de este delito Prado Saldarriaga señala lo siguiente:

> El tercer párrafo del art. 296 ha sido modificado por el Decreto Legislativo N.° 1237, de setiembre del 2015. En él se regula una compleja estructura normativa que comprende dos conductas delictivas las que tienen en común el estar vinculadas con la introducción al país, la producción, el almacenamiento o acopio, el suministro y la comercialización de materias primas o sustancias químicas controladas o no con dos finalidades ilícitas: a) El ser destinadas a la elaboración de drogas; y, b) Su aplicación en las etapas de maceración y procesamiento de materias primas para la obtención de sustancias adictivas fiscalizadas[52].

El párrafo 3 del art. 296 contiene dos figuras delictivas autónomas, la primera referida a supuestos de actos preparatorios, es decir, a diversos comportamientos a realizarse en relación con el objeto material del delito "materias primas o sustancias químicas controladas o no controladas". Estas son las siguientes: introducir en el país, producir, acopiar, proveer, comercializar o transportar, siempre que estas sustancias sean destinadas a la elaboración de drogas o sean destinadas a su aplicación en las etapas de maceración y procesamiento de materias. El segundo tipo penal, que comprende formas de participación criminal que por razones político-criminales han sido elevados a la categoría de autoría,

51 Cornejo, Abel, *Estupefacientes*, 2.ª ed., Buenos Aires: Rubinzal, 2009, p. 62.

52 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada*, ob. cit., p. 150.

como son el promover, facilitar o financiar los comportamiento antes mencionados.

2.1. Supuestos de actos preparatorios considerados como delito consumado

Este primer grupo de conductas —introducir en el país, producir, acopiar, proveer, comercializar o transportar— son actos usuales de comercio que, de no ser por los bienes sobre los que se ejecutan, serían conductas lícitas e inocuas para el derecho penal, lo que las torna delictivas es justamente el destinar o desviar estos bienes a la producción, fabricación o elaboración de drogas ilegales.

Además, por consideraciones político criminales, con el objeto de resguardar el bien jurídico salud pública se ha procedido a un adelantamiento de barreras de punición, estas conductas de introducir en el país, producir, acopiar, proveer, comercializar o transportar insumos químicos son, en estricto, actos preparatorios para el tipo penal de elaboración o fabricación de drogas; sin embargo, el legislador ampliando la protección del bien jurídica adelanta la persecución penal, elevando estas conductas a la condición de delito autónomo.

Como se sabe, según lo corrobora Moreno Torres[53], los actos preparatorios constituyen un momento intermedio entre la fase interna y la fase de ejecución del delito, donde existe una lesión efectiva al bien jurídico, el CP parte del principio general de impunidad de los actos preparatorios, pues aún no ha comenzado la lesión de los bienes jurídicos protegidos; solamente cuando los actos preparatorios se consideran lo suficientemente expresivos de una resolución criminal firme, esto es, lo suficientemente peligrosos, está legitimado el derecho penal para adelantar hasta ese punto las barreras de protección de bienes jurídicos. Así, García Cavero explica que "el adelantamiento de la barrera de punición, [supone] autorizar la imposición de una sanción penal, aunque

53 Moreno Torres, María Rosa, "La tentativa de delito en la legislación penal española", en Pariona Arana, Raúl y Esteban Pérez Alonso, (coords.), *Teoría del delito. Problemas fundamentales*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 280

no se haya producido aún la afectación de un bien jurídico [...]"[54]. Como plantea FUENTES[55], las manifestaciones del fenómeno de la anticipación de la tutela penal se pueden organizar, mediante dos criterios: el emplazamiento dentro del *iter criminis* (delitos preparatorios y de tentativas de participación) y el juicio de peligro (delitos de peligro abstracto). Ambos criterios están necesariamente vinculados: los delitos del *iter criminis* serán siempre una clase de delitos de peligro; las conductas sancionadas como delitos de peligro ocupan obligatoriamente una posición dentro del proceso delictivo.

Así, por ejemplo, se adelantan barreras de punición cuando se elevan actos preparatorias a la condición de delitos autónomos, como es el caso del art. 317-A del CP peruano[56], en el caso del delito de marcaje y reglaje, como advierte PÁUCAR:

> No cabe duda que las modalidades del nuevo delito de marcaje constituyen actos preparatorios criminalizados autónomamente, pues si bien es cierto, al ser estos actos equívocos o ineficaces para obtener por sí mismos la consumación delictiva, sí tienen el sentido de estar claramente dirigidos a una finalidad delictiva, y podrían sancionarse en casos excepcionales en los que se cuestiona abiertamente la vigencia de la norma, como en el supuesto del art. 317.A[57].

54 GARCÍA CAVERO, Percy, "¿Existe y debe existir un derecho penal del enemigo?". Recuperado de <https://bit.ly/1HG7e0r>.

55 FUENTES OSORIO, Juan, "Formas de anticipación de la tutela penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.° 8, 2006. Recuperado de <https://bit.ly/1HG7e0r>.

56 "Artículo 317.A.- Marcaje o reglaje. [E]l que para cometer o facilitar la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los arts. 106, 107, 108, 108.A, 121, 152, 153, 170, 171, 172, 173, 173-A, 175, 176, 176.A, 177, 185, 186, 188, 189 o 200 del Código Penal, acopia o entrega información, realiza vigilancia o seguimiento, o colabora en la ejecución de tales conductas mediante el uso de armas, vehículos, teléfonos u otros instrumentos idóneos".

57 PÁUCAR CHAPPA, Marcial, "El delito de reglaje y marcaje: un análisis dogmático sobre sus notas esenciales". Recuperado de <https://bit.ly/1HG7e0r>.

En suma, actos preparatorios que usualmente son considerados impunes, con el propósito de potenciar la protección del bien jurídico salud pública, el legislador, utilizando la técnica legislativa de delitos de peligro, ha procedido al adelantamiento de barreras de punición, castigando como delito autónomo los actos preparatorios de fabricación o elaboración de drogas ilegales, al tráfico de precursores, en este caso, aquellos que no se encuentran fiscalizados, pero que de la misma manera son utilizados por las organizaciones de narcotráfico justamente en la fabricación o elaboración de drogas ilegales, cumpliendo de esta manera con tender a reprimir todo el ciclo de la droga, desde la conspiración, siembra y cultivo, tráfico de precursores, tráfico, tenencia y comercialización de drogas tóxicas, incluyendo actos posconsumativos como el lavado de activos; que responde a los propósitos político-criminales establecidos en los convenios internacionales sobre la represión del tráfico ilícito de drogas. Se entiende en esa medida que debido a la gravedad de la forma de delincuencia organizada y las consecuencias catastróficas de la misma en la sociedad y en las instituciones del Estado constitucional de derecho no se puede esperar a que se ponga en peligro real e inminente la salud pública, sino que el Estado debe responder antes, incluso, en supuestos de conspiración para la comisión de estos delitos.

Respecto al primer comportamiento "introducir en el país" se debe entender, como explica Prado Saldarriaga, como, "actos de contrabando o importación clandestina. Las materias primas o sustancias químicas son ingresadas al territorio nacional desde el extranjero por el agente de cualquier manera y en cualquier ocasión o lugar que opere como punto de frontera formal o informal"[58]. Así, el término "introducir en el país" se relaciona con el concepto de contrabando, entendido de la siguiente manera:

> El acto de introducir al territorio nacional mercancías de otro país en forma ilícita o venderlas o consumirlas cuando los productos se encuentran fuera de comercio por la carencia de requisitos especiales

58 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada*, ob. cit., p. 151.

> atinentes a su nacionalización, como el pago de los derechos y gravámenes arancelarios y el cumplimiento de otras exigencias, como aquellas que gobiernan la permanencia y venta de bienes importados al amparo de un régimen de excepción o en forma temporal[59].

MEDINA, analizando la regulación argentina sobre la materia, comenta que el ingreso al país de estas sustancias puede suponer el cumplimiento con las exigencias aduaneras, la conducta típica estaría comprendida con el acto material de la introducción regular de las mercaderías al país. De esta manera, el autor del delito tramita el ingreso de las cosas en forma correcta, pero, ya dentro del país, modifica unilateralmente el destino y lo desvía a la producción o elaboración de drogas ilegales[60].

En lo que respecto al término "producir", SEQUEROS SAZATORNIL plantea que por este término habrá que entender producir objetos en serie, generalmente por medios mecánicos.[61] "Fabricar", término equivalente, es transformar materias primas en productos semielaborados o estos en productos acabados, en el tipo penal bajo análisis empleando la técnica que corresponda a cada precursor objeto del delito[62]. Para PRADO SALDARRIAGA, por producción se alude a todo procedimiento inicial, intermedio o final que corresponda a la producción u obtención de las materias primas o sustancias químicas, así se comprende toda actividad idónea, sea técnica o empírica, capaz de generar, fabricar o elaborar las materias primas o los insumos que se requieren para la elaboración de drogas[63]. En conclusión, la "producción" supone la elaboración de un determinado producto, la creación de un determinado bien de consumo,

59 LIZARAZO FIGUEROA, José Alejandro, *Aspectos esenciales del derecho penal aduanero*, Bogotá: PUJ, 1972.

60 MEDINA, Miguel Antonio, *Estupefacientes. La ley y el derecho comparado*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 79.

61 SEQUEROS SAZATORNIL, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, ob. cit., ob. cit., p. 289.

62 MEDINA, *Estupefacientes*, ob. cit., p. 55.

63 PRADO SALDARRIAGA, *Criminalidad organizada*, ob. cit., p. 151.

para luego ser colocado en el mercado[64] en este caso *sustancias químicas controladas o no controladas* idóneas para la elaboración o fabricación de drogas ilegales.

En cuanto al término acopiar, según la RAE, significa "juntar, reunir en cantidad algo, y más comúnmente granos, provisiones, etc."; según Peña-Cabrera Freyre, el "acopio" toma lugar con la recolección de la materia prima, su aprehensión en determinada cantidad para poder ser distribuida a través de los proveedores[65]. En sentido similar, Prado Saldarriaga sostiene que en el acopio la conducta del agente equivale a la recolección y/o concentración física de las materias primas o insumos en un lugar o ante una persona determinada para su posterior desplazamiento hacia las zonas de elaboración de drogas o de comercialización con terceros[66]. En la legislación argentina se hace referencia al verbo rector "almacenar", que se entiende, según Medina, tener en la propia esfera de custodia, los objetos mencionados en el tipo. De esta manera, el delito es permanente, pues la descripción típica no es susceptible de agotarse en un solo momento[67].

Por "proveer" se entiende proporcionar lo necesario o conveniente para un fin determinado. Prado Saldarriga plantea que provisión es la acción típica, en este supuesto equivale al suministro o cesión de materias primas o insumos a terceros para su almacenamiento o acopio, así como para la aplicación de los mismos en los procesos y etapas de producción de drogas[68]. Para Cornejo, el suministro o distribución de estupefacientes o materias o de plantas o semillas utilizables para su producción es, al igual que el delito de transporte, una de las figuras paradigmáticas del tráfico ilegal de drogas. Resulta, anota el autor argentino, inconcebible que pueda llegar droga, o materias primas o las plantas y semillas a los centros de elaboración o a los lugares de

64 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos,* ob. cit., p. 123.

65 *Ibid.*, p. 123.

66 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 151.

67 Medina, *Estupefacientes,* ob. cit., p. 62.

68 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 152.

consumo si no son convenientemente distribuidas. Precisa, además, acertadamente que obviamente quien distribuye materias primas tales como precursores o productos químicos no se presentará al público en tal carácter, sino que simulará su negocio con otras actividades, a fin de que la provisión de dichos productos y precursores a los fabricantes de droga aparezca totalmente desapercibida. En dichos casos, las facturas y documentación de venta al menudeo o en grandes escalas a destinos sospechosos serán un claro indicio del fin del autor[69].

En cuanto al verbo rector "comercializar", Peña-Cabrera Freyre, indica que la "comercialización", implica un acto posterior al acopio, es decir, cuando el agente coloca el producto ilegal en el mercado, cuando oferta los insumos a quienes elaboran la droga prohibida[70]. En el mismo sentido, Sequeros Sazatornil precisa que comerciar es equivalente al acto de negociar, comprando, vendiendo, permutando géneros[71]. Al respecto, Cornejo destaca que en toda actividad de tráfico ilegal de estupefacientes, materias primas, plantas y semillas utilizables para su producción subyace el propósito de lucrar de sus personeros; por dicha razón es que puede afirmarse sin ambages que cada delito cometido en el tráfico de droga trae aparejada la intención de comerciar. El referido autor argentino plantea que "las distintas acepciones del término indican que el comercio es la negociación que se hace comprando y vendiendo o permutando géneros y mercancías [...]". Asimismo, refiriéndose a los delitos de tráfico ilícito de precursores, sostiene que bajo la expresión comercio se quiso tipificar la compra, venta u oferta materias primas necesarias para la fabricación, extracción, preparación o producción de drogas ilegal, mediante estas acciones se adquieren y venden los productos y precursores químicos necesarios para su elaboración[72]. Medina explica que comerciar no es otra cosa que la intervención de

69 Cornejo, *Estupefacientes*, ob. cit., p. 75.

70 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 123.

71 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, ob. cit., p. 290.

72 Cornejo, *Estupefacientes*, ob. cit., pp. 59, 60 y 61.

quien ejerce actos de comercio, con fines de lucro, en la intermediación, compra o venta[73] de justamente sustancias químicas, controladas, o no controladas idóneas para la elaboración o fabricación de drogas ilegales. El tipo de comercio es un delito instantáneo que se consuma cuando culmina la compra y venta de precursores, razón por la cual admite la tentativa. Prado Saldarriga plantea que comercialización es una forma de enajenación que hace el agente de las materias primas e insumos. Sin embargo, agrega el maestro sanmarquino, es importante destacar que en estos casos la cesión de tales especies, que compromete o hace el sujeto activo, deberá pactarse, necesariamente, en términos lucrativos que le reporten siempre una ganancia o un beneficio económico. En esa medida, la comercialización de materias primas o insumos puede manifestarse en cualquiera de las distintas formas que enuncia el art. 89.7 del D. L. N.° 22095[74]; esto es, "el acto de depositar, retener, ofrecer, expender, vender, distribuir, despachar, transportar, importar, exportar, expedir en tránsito o que bajo cualquier otra modalidad se dedique a actividades ilícitas con drogas".

Por transportar, según Sequeros Sazatornil, debe entenderse el trasladar personas o cosas —en este supuesto— de un paraje o lugar a otro[75]. Para Medina, el concepto de transporte es muy amplio, desde que cubre la traslación del objeto material del delito desde fuera del país, desde nuestro país a otro, dentro de nuestro país y aun dentro de una misma provincia, ciudad o localidad[76]. Desde la perspectiva de Prado Saldarriaga, transportar comprende todo desplazamiento de las materias primas o sustancias químicas que se desarrolle con la finalidad de trasladar las mismas de un determinado lugar a otro, la norma no específica el medio de locomoción que se utilice, ni la oportunidad o distancia del transporte, tampoco interesa el volumen de lo transpor-

73 Medina, *Estupefacientes,* ob. cit., p. 56.

74 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 152.

75 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 289.

76 Medina, *Estupefacientes,* ob. cit., p. 63.

tado o la naturaleza o calidad de las rutas a seguir, en todos los casos la conducta practicada del desplazamiento hará tipicidad[77].

2.2. Supuestos de formas de participación considerados autoría

Como hemos señalado, el segundo grupo de tipos delictivos que comprenden formas de participación criminal que por razones político-criminales han sido elevados a la categoría de autoría, como son el promover, facilitar o financiar los comportamientos antes descritos sobre materias primas o sustancias químicas controladas o no controladas que sean desviados a la elaboración o producción de drogas ilegales.

En el marco de la teoría del dominio del hecho, que supone una teoría diferenciadora de la autoría y participación criminal, Salinas Siccha explica lo siguiente:

> [E]s autor aquel que realiza por propia mano o por medio de otro todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo penal, es decir, aquel que tiene el dominio del hecho. En tanto que se consideran coautores a aquellos que cometen conjuntamente el delito. La coautoría exige tres requisitos: "Decisión común orientada al logro exitoso del resultado, aporte esencial realizado por cada agente, y el tomar parte en la fase de ejecución desplegando un dominio parcial del acontecer"[78].

Por eso se suele decir que el autor o coautores del delito son dueños del hecho, mientras que los partícipes contribuyen a un hecho ajeno, por lo que la participación criminal se ubica en un nivel accesorio y dependiente en relación con el autor. Salinas Siccha lo precisa dela siguiente manera:La participación se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores. La participación, según el aporte del partícipe, se divide en primaria y secundaria. La primera se configura cuando el partícipe dolosamente presta auxilio para la realización del

77 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 152.

78 Salinas Siccha, Ramiro, "Delitos contra la Administración pública: la teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana", p. 1. Recuperado de <https://bit.ly/1HG7e0r>.

hecho punible por parte del autor, sin el cual no se hubiese realizado. Mientras que la participación secundaria se configura cuando el partícipe de cualquier otro modo, sin ser sustancial, hubiese dolosamente prestado asistencia al autor del delito[79].

Por último, también se considera la participación delictiva de quien determina a otra para la comisión de un hecho punible. "La participación también está prevista en el art. 24 del CP que prevé la instigación, y que se configura cuando el agente dolosamente determina a otro a realizar un delito"[80].

En esa línea Pérez Alonso, comentando la regulación sobre autoría y participación de nuestra norma punitiva:

> [E]l art. 23 constituye el eje del modelo de autoría establecido en el CP peruano, teniendo, además, un significado teórico y una función sistémica de importancia. Este precepto, en contraposición con los dos siguientes, distingue clara y expresamente la autoría en sentido estricto, y sus formas, al declarar como autor propiamente dicho al "que realiza por sí solo o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente". Cualquiera de estos sujetos es el responsable directo, principal e independiente de la infracción penal. Por el contrario, los arts. 24 y 25 CP, en relación opositiva al precepto anterior, castigan con la misma pena del autor, pero sin serlo, al "que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado" (cómplice primario), mientras que castiga con una pena inferior "a los que, de cualquier otro modo, hubiera dolosamente prestado asistencia" (cómplice secundario). Los inductores y los cooperadores primarios son partícipes en un hecho ajeno, sometidos al principio de accesoriedad, aunque castigados con igual pena que el autor. Estos sujetos son los responsables indirectos, accesorios y dependientes de la infracción realizada por el verdadero autor[81].

---

79 Salinas Siccha, Ramiro, "Delitos contra la Administración pública: la teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana", art. cit., p. 1.

80 *Ibid.*, p. 2.

81 Pérez Alonso, Esteban J., "La regulación de la autoría en el Código Penal peruano. Especial consideración de la coautoría (comentario al art. 23 CP peruano)", en Pariona Arana, Raúl y Esteban Pérez Alonso (coords.), *Teoría del*

En el delito de tráfico de precursores, por decisión político-criminal se han considerado formas de participación criminal como autoría. Prado Saldarriaga señala que los actos de promoción son aquellos que predisponen o favorecen la realización de cualquiera de los actos anteriormente descritos, se trata obviamente de formas de inducción o instigación. Además, explica que el agente, el agente promueve mediante halagos o promesas, comúnmente pecuniarias, que procuran determinar las voluntades y actitudes de terceros hacia la provisión, acopio, producción o comercialización de materias primas o insumos; o, también, hacia la expansión estratégica u operativa de tales actividades[82]. Magaldi Paternostro entiende "promover" como "quella actividad que crea las bases o condiciones necesarias para el inicio de la acción u operación o que posibilita una mejor puesta en marcha y desarrollo de la misma sin llevar a cabo directa o mediatamente el desarrollo de la misma [...]"[83].

En el mismo sentido, Peña-Cabrera sostiene que los actos de promoción son aquellos que se destinan a impulsar que se cometan los actos de producción, acopio y/o comercialización; quien promueve, generalmente, es alguien que se encuentra detrás de los miembros de la organización, incentivando, mediante una gama de conductas, que se concreticen las acciones que el legislador castiga con pena[84].

La financiación, o financiamiento, es el acto de dotar de dinero y de crédito a una empresa, organización o individuo, es decir, esta es la contribución de dinero que se requiere para comenzar o concretar un proyecto, negocio o actividad[85]. En el supuesto que nos ocupa con el objeto delictivo de producir, acopiar o comercializar materias primas

delito. Problemas fundamentales, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 343.

82 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada*, ob. cit., p. 152.

83 Magaldi Paternostro, María José, "Libro II. Tít. XVII: De los delitos contra la seguridad colectiva. Cap. III: De los delitos contra la salud pública", en Córdova Roda, Juan y Mercedes García Arán, (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, t. II, Madrid: 2004, p. 1575.

84 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 123.

85 Cfr. Plaza Chávez, Ignacio Javier, "Análisis dogmático-penal del delito de financiamiento del terrorismo", *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 20, p. 172.

o sustancias químicas controladas o no controladas que sean desviados a la elaboración o producción de drogas ilegales, se puede sostener que se trata de un acto de complicidad primaria, proveer los recursos necesarios para la comisión del delito, pero no se participa materialmente en la fase ejecutiva del mismo. Peña-Cabrera Freyre plantea que la "financiación" importa proveer de fondos económicos suficientes a quienes tienen la labor de producir, acopiar y/o comercializar los insumos y materias primas; se manifiesta un acto de colaboración cuya naturaleza jurídica se ajusta a los términos de una complicidad.[86] Prado Saldarriaga sostiene sobre los actos de financiación: "Están integradas en esta hipótesis normativa las diferentes formas de suministro o facilitación de recursos económicos, que deben aplicarse para la iniciación o permanencia de acciones de provisión, acopio, producción o comercialización de materias primas o insumos". El citado autor indica que un financista "es aquel que apoya pecuniariamente dichas actividades, su intervención es relevante en la medida en que aporta el capital requerido para la operatividad de los actos mencionados"[87].

Comentando el delito de financiamiento a la minería ilegal, de estructura similar al tipo penal que aquí analizamos, Kabsther plantea lo siguiente:

> [R]especto al momento del aporte de dinero, este necesariamente debe ser realizado con anterioridad a la ejecución del delito de minería ilegal, no importando la cercanía del aporte con el momento de la comisión del delito. El aspecto temporal del aporte de dinero es importante puesto que en definitiva cualquier suma de dinero entregada con posterioridad a la comisión del delito de minería ilegal no deberá ser entendida como un acto de financiamiento, pudiendo tratarse, dependiendo de la naturaleza de la conducta, en un acto de instigación (si el aporte sirve como recompensa prometida por la comisión del delito), receptación (si el aporte responde como pago por los minerales ilegalmente extraídos). El hecho de que el dinero por la compra de minerales

86 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos,* ob. cit., p. 123.

87 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 153.

> sea reinvertido en la comisión futura del delito de Minería Ilegal no significa que estemos frente a un acto de financiamiento, puesto que el dinero es entregado netamente como pago por bienes ilegales, mas no como aporte dirigido a la realización de la actividad[88].

En lo que respecta al término "facilitación", Joshi Jubert señala que es hacer fácil o más fácil cierta cosa, proporcionar a alguien una cosa o intervenir para que la tenga[89]; en el tipo penal en comentario, facilitar que un tercero produzca, acopie o comercialice materias primas o sustancias químicas controladas o no controladas que sean desviados a la elaboración o producción de drogas ilegales. Peña-Cabrera Freyre sostiene que por "facilitación" debe entenderse a todo aquel acto, que con intrínseca y/o aptitud, puede permitir que el agente logre elaborar, acopiar y/o comercializar, esto es, este sujeto proporciona condiciones positivas para que pueda materializarse los comportamientos reglados en el enunciado penal normativo. Por consiguiente, él puede otorgar recursos logísticos, buscar intermediarios, ceder locales o incluso puede proveer recursos humanos[90]. Al respecto, Prado Saldarriaga plantea que los actos de facilitación involucran cualquier forma de colaboración, sea esta material o intelectual, que brinda el agente a un tercero que está por realizar o que está realizando actividades de provisión, acopio, producción o comercialización de materias primas o insumos[91].

3. Tipicidad subjetiva

Según Sequeros Sazatornil, para incurrir en este tipo de delitos sobre tráfico de precursores, aquellos que además de manipular los precursores lo hagan con el fin de producir o fabricar la droga ellos

88 Kabsther Berríos, Bryan, "Análisis dogmático del delito de financiamiento de la minería ilegal". Recuperado de <https://bit.ly/2VeQWcD>.

89 Joshi Jubert, Ujala, *Los delitos de tráfico de drogas. Un estudio analítico del art. 368 del Código Penal (grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales)*, t. I, Barcelona: Bosch, 1999, p. 176.

90 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 124.

91 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada*, ob. cit., p. 153.

mismos[92]. Es de advertir que no todas las transgresiones van a configurar el delito de tráfico de precursores, sino solo aquellas que además objetivamente integren el elemento subjetivo del injusto, lo que permite la exclusión del círculo de relevancia penal de los simples incumplimientos de la normativa reglamentaria sobre el transporte, distribución, etc., tales como caducidad de licencias, la ausencia de declaración del material comercializado, entre otros cuando la aludida finalidad no consiga inferirse del conjunto de circunstancias que rodean el hecho[93].

El tipo subjetivo exige la concurrencia del dolo, conciencia y voluntad de realización típica. El legislador ha determinado normativamente que el agente debe actuar a sabiendas que los insumos o materias primas serán empleados en la elaboración de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; exterioriza una ulterior intencionalidad del autor, que debe ser conceptuado como un elemento subjetivo del injusto de "naturaleza trascendente"[94]. Conforme lo señala Prado Saldarriaga, en este delito la tipicidad subjetiva es dolosa, dado que desde la reforma que introdujo el D. Leg. N.° 982 se eliminó el término "a sabiendas" que contenía el texto original del párrafo tercero del art. 296, consideramos que cabe también el dolo eventual, la ley señala en su actual redacción que el agente debe conocer o inferir que los actos que realiza o auspicia recaen sobre materias primas o insumos para ser destinados a la elaboración ilegal de drogas en la maceración o en cualquiera de sus etapas de procesamiento. Por esa razón, el error, la ignorancia o la acción negligente en estos aspectos harán atípica la acción que ejecute el agente[95].

Asimismo, Rodríguez Ramos precisa que a nivel de la jurisprudencia española:

---

92 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 292.

93 Cfr. Valle Muñiz y Morales García, *Comentarios a la parte especial del derecho penal,* Aranzadi, 1996, p. 1023.

94 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos,* ob. cit., p. 126.

95 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., pp. 153 y 154.

> [S]e trata de un tipo delictivo de mera actividad, puesto que su elemento objetivo se realiza por el mero hecho de tener en propio poder los equipos, materiales o sustancias referidos, en el que el dolo no solo debe cubrir la acción típica sino otras a las que esta sirve de antesala o presupuesto. A esto se refiere el precepto cuando exige, para su integración al tipo, que el poseedor actúe «a sabiendas» de que [...] las sustancias van a ser utilizadas en [...] la producción o la fabricación de tóxicos, estupefacientes o psicotrópicos[96].

Sproviero explica lo siguiente:

> [E]l delito es reprimido a título de dolo, el agente sabe cabalmente que está incurso en alguna o todas las fases del delito; conoce que produce, importa, vende o transforma productos, con la finalidad de destinarlos a la elaboración de drogas prohibidas[97].

Con lo cual, como destaca Expósito López, estos tipos penales se introducen para dar cumplimiento a los tratados internacionales, la tipificación autónoma del tráfico de determinadas sustancias, siempre que, obviamente, sea a sabiendas de su utilización para la fabricación de las drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas, lo que plantea especiales dificultades probatorias, ya que la tenencia o elaboración en sí de esas sustancias carece de trascendencia penal[98].

En resumen, son considerados delictivos los actos de introducir en el país, producir, acopiar, proveer, comercializar o transportar materias primas o sustancias químicas controladas o no controladas, siempre que el sujeto activo conozca o infiriera que estas sustancias serán destinadas a la elaboración de drogas o serán destinadas a su aplicación en las etapas de maceración y procesamiento de materias. Asimismo, las conductas de promover, facilitar o financiar los comportamientos antes mencionados son considerados delictivos cuando de la misma manera el sujeto

96 Rodríguez Ramos, *Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia,* ob. cit., p. 1163.

97 Sproviero, *Delito de narcotráfico y lavado de activos,* ob. cit., p. 120.

98 Expósito López, "El delito de tráfico de drogas", art. cit., p. 110.

activo conozca o infiriera que las materias primas o sustancias químicas controladas o no controladas sobre las que recae serán destinadas a la elaboración de drogas o serán destinadas a su aplicación en las etapas de maceración y procesamiento de materias.

V. DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE INSUMOS QUÍMICOS Y PRODUCTOS FISCALIZADOS

Bajo la misma lógica que reprimir todo el ciclo de la droga, y en el marco del Sistema Internacional y Nacional de Control e Insumos Químicos y Bienes Fiscalizados que pueden ser utilizados para la elaboración de drogas ilícitas, en el art. 296.B del CP se consideran dos tipos penales[99]: a) cuando el sujeto que cuenta con autorizaciones o certificaciones para el uso y manejo de bienes fiscalizados hace uso indebido de las mismas, importa, exporta, fabrica, produce, prepara, elabora, transforma, almacena, posee, transporta, adquiere, vende o de cualquier modo transfiere insumos químicos, materia prima o productos fiscalizados, para ser destinadas a la elaboración ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, en cualquier etapa de su procesamiento; y b) cuando el sujeto que cuenta con autorizaciones o certificaciones para el uso y manejo de bienes fiscalizados, en la zona de producción cocalera, emite reportes, declaraciones, informes de obligatorio cumplimiento u otros similares, que contienen datos datos de identidad falsos o simulados del destinatario. Así prescribe la mencionada norma, modificada por el D. Leg. N.° 1237:

> Art. 296-B.- Tráfico Ilícito de Insumos Químicos y Productos Fiscalizados.
> El que importa, exporta, fabrica, produce, prepara, elabora, transforma, almacena, posee, transporta, adquiere, vende o de cualquier modo

99 Así lo advierte también Prado Saldarriaga, cuando comenta, refiriéndose al art. 296.B del Código Penal, lo siguiente: "En su estructura interna la norma que comentamos permite distinguir la coexistencia de dos conductas criminalizadas de compleja redacción, pero con evidentes diferencias típicas". Cfr. Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 156.

> transfiere insumos químicos, materia prima o productos fiscalizados, contando con las autorizaciones o certificaciones respectivas, hace uso indebido de las mismas, para ser destinadas a la elaboración ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, en cualquier etapa de su procesamiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de siete ni mayor de doce años y con ciento veinte a ciento ochenta días multa e inhabilitación conforme al art. 36, incisos 1, 2 y 4.
>
> El que, contando con las autorizaciones o certificaciones respectivas para realizar actividades con Insumos Químicos y Productos Fiscalizados en zona de producción cocalera, emite reportes, declaraciones, informes de obligatorio cumplimiento u otros similares, conteniendo datos de identidad falsos o simulados del destinatario, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento veinte a ciento ochenta días-multa e inhabilitación conforme al art. 36, incisos 1, 2 y 4.

1. Objeto material del delito

A diferencia del delito descrito en el tercer párrafo del art. 296 del CP, que, como hemos analizado, se circunscribe a las materias primas e insumos químicos que son desviados para la elaboración o fabricación de drogas tóxicas, pero que se encuentran fuera de los sistemas nacionales de fiscalización; el ilícito penal referido al art. 296.B del CP tiene por objeto material del delito a los insumos químicos, materia prima o productos fiscalizados, siempre que sean destinadas a la elaboración de drogas por quienes cuenten con autorizaciones y certificados administrativos, haciendo un uso indebido de los mismos; este supuesto es lo que doctrina, en estricto, se conoce como delito de tráfico ilícito de precursores. En la misma línea, Rodríguez Núñez, haciendo referencia al tipo penal español, señala lo siguiente: "El art. 371 CP castiga lo que la doctrina denomina 'el tráfico de precursores' en el que se incluye [...] ciertas sustancias susceptibles de ser empleadas en la elaboración de las drogas". Además, la referida autora precisa que "técnicamente el concepto estricto de 'precursores' quedaría reducido a las sustancias químicas, susceptibles de empleo en la elaboración de drogas ilegales, que

se encuentran en los cuadros I y II de la Convención de 1988"[100]. Según Sequeros Sazatornil, este tipo de delitos sobre tráfico de precursores castiga a los que con las conductas descritas —importar, exportar, fabricar, producir, preparar, elaborar, transformar, almacenar, poseer, transportar, adquirir o cualquier otra forma de transferencia— agotan los preliminares al tráfico como ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas; siendo así, incurren en estos delitos aquellos que además de manipular los precursores lo hagan con el fin de producir o fabricar la droga ellos mismos, normalmente el supuesto más común corresponde a las drogas más gravemente dañosas que necesitan de procesos químicos o sintéticos para su fabricación, como así lo patentiza la relación de sustancias catalogadas introducidas en los cuadros I y II de la Convención de Viena (acetona, eter, tolueno)[101].

Esto es así, porque como sostiene Medina:

> Los elementos destinados a la producción de estupefacientes son más sofisticados y, como regla, están en poder de las cabezas de las organizaciones ilegales que de ello se ocupan. En el caso de la cocaína, son los que permiten la obtención del producto final. Es una figura dolosa, que se satisface si el autor conoce que, mediante cualquiera de las acciones típicas, y de los elementos descriptivos, es posible producir o fabricar estupefacientes[102].

En nuestro caso, como hemos precisado anteriormente, los bienes fiscalizados que son objeto del Sistema Nacional de Control de Insumos Químicos para evitar que sean desviados a la elaboración o fabricación de drogas ilegales se encuentran descritos en el art. 1 del Decreto Supremo N.º 348-2015-EF, que prescribe:

100 Rodríguez Núñez, Alicia, "Delitos contra la salud pública", art. cit., p. 642.

101 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 292.

102 Medina, *Estupefacientes,* ob. cit., p. 53.

> Apruébese la lista de insumos químicos y productos que están sujetos al registro, control y fiscalización en el territorio nacional, inclusive en las zonas geográficas sujetas al Régimen Especial Para el Control de Bienes Fiscalizados; de acuerdo con el detalle contenido en el anexo N.° 1 [...].

En el anexo n.º 1 se detallan los siguientes insumos químicos: 1) acetato de etilo, 2) acetato de n-propilo, 3) acetona, 4) ácido antranílico, 5) ácido clorhídrico y/o muriatico, 6) ácido fórmico, 7) ácido nítrico, 8) ácido sulfúrico, 9) amoníaco, 10) anhídrido acético, 11) benceno, 12) carbonato de sodio, 13) carbonato de potasio, 14) cloruro de amonio, 15) éter etílico, 16) hexano, 17) hidróxido de calcio, 18) hipoclorito de sodio, 19) isosafrol, 20) kerosene, 21) metil etil cetona, 22) metil isobutil cetona, 23) oxido de calcio, 24) permangato de potasio, 25) piperonal, 26) safrol, 27) sulfato de sodio, 28) tolueno, y 29) xileno. Además, el art. 2 del referido decreto supremo prescribe lo siguiente:

> Apruébese la lista de insumos químicos y productos que están sujetos al registro, control y fiscalización, únicamente en las zonas geográficas sujetas al Régimen Especial Para el Control de Bienes Fiscalizados, cualquiera sea su denominación, forma o presentación, de acuerdo con el detalle contenido en el anexo N.° 2 [...].

En el anexo n.º 2 se detallan las siguientes sustancias: 1) diesel y sus mezclas con biodiesel, 2) gasolinas y gasoholes, 3) hidrocarburo alifático liviano, 4) hidrocarburo acíclico saturado, 5) kerosene de avión turbo jet A1, 6) kerosene de avión turbo JP5, 7) solvente n.° 1 (bencina), y 8) solvente n.° 3 (varsol).

Como se advierte de la lectura de los arts. 1 y 2 del Decreto Supremo N.º 348-2015-EF, se establecen dos grupos de bienes fiscalizados, el primero aplicable a todo el territorio nacional, incluyendo las zonas geográficas sujetas al Régimen Especial Para el Control de Bienes Fiscalizados; y el segundo grupo referido únicamente a las zonas geográficas sujetas al Régimen Especial Para el Control de Bienes Fiscalizados.

Ya que, como se ha precisado, en el sistema nacional de control de bienes fiscalizados se identifican zonas geográficas especialmente sensible de cultivo de hoja de coca y producción de drogas cocaínicas, que requiere mayores niveles de supervisión y control en la introducción de insumos químicos y bienes fiscalizados que pueden ser utilizados para la elaboración de drogas ilícitas, partiendo de la idea de que si se logra reducir la introducción de insumos químicos necesarios para la elaboración o fabricación de drogas, estas medidas tendrán como resultado la reducción de las mismas. La Sunat define estas zonas geográficas de la siguiente manera:

> [A]quellos lugares del interior del país donde se han implementado medidas complementarias de control sobre bienes fiscalizados. A los usuarios que desarrollen cualesquiera de las actividades comprendidas dentro de los alcances de la ley en las zonas geográficas consideradas bajo régimen especial incluido el comercio minorista, les resultará de aplicación las disposiciones sobre el registro, los mecanismos de control y fiscalización de los bienes fiscalizados, incluyendo las disposiciones referidas al servicio de transporte de carga de los bienes fiscalizados. Los comerciantes minoristas que realicen operaciones en las zonas geográficas bajo este régimen y que venden directamente al público bienes fiscalizados deben inscribirse en el registro y sujetarse a las disposiciones de control y fiscalización previstas[103].

Se establece una zona especial de control de bienes fiscalizados, en atención a la identificación de las zonas de cultivo de hojas de coca, donde también se concentran las actividades de producción de pasta básica de cocaína y clorhidrato de cocaína, zonas que constituyen de riesgo para el desvío de materias primas e insumos químicos fiscalizados. Según UNODC, y conforme se puede apreciar del cuadro, son cinco los departamentos que en el año 2016 concentran el 89 % de la superficie

103 Cfr. Sunat, "03. Zona geográfica bajo régimen especial". Recuperado de <https://bit.ly/2TfjBwj>.

cultivada con coca: Cuzco (39 %), Ayacucho (26 %), Puno (10 %), Junín (8 %) y Loreto (6 %)[104].

Existe una relación directa entre la cantidad de cultivos de hoja de coca, producción potencial de hoja seca y la elaboración o fabricación de drogas ilegales, si bien un poca más de un 10 % de esta hoja seca se destina a la comercialización lícita para la industria farmacéutica y el consumo tradicional (según ENACO), casi el 90 % de la misma son utilizadas justamente a la elaboración o fabricación de drogas cocaínicas, actividad que se realiza principalmente en las mismas zonas de cultivos. Así lo explica la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito- UNODC:

> Al 2016, la producción potencial de hoja de coca alcanzó 105 960 TM de hoja seca, volumen superior en 10 % respecto del 2015 (96 304 TM). De acuerdo con el INEI, 10 728 TM son destinadas al consumo tradicional y 163TM al uso industrial según Enaco. Es decir, al menos 95 069 TM estarían articuladas al tráfico ilícito de drogas para su transformación en derivados[105].

104 *Ibid.*, p. 27.

105 *Ibid.*, p. 59. En este documento se explica lo siguiente: "El volumen total de hoja de coca secada al sol, se calculó con base en los datos de rendimiento por hectárea de UNODC-SIMCI dispone para las principales zonas cocaleras (Vraem, Alto Huallaga, La Convención y Lares). Esta información fue obtenida entre 2003 y 2004, bajo una metodología establecida por ICMP, validad entre 2005 y 2006. Asimismo, ha calculado el valor de la producción potencial en parcela de hoja de coca seca al sol en USD 358 millones, cálculo realizado con base a la producción potencial de hoja de coca y el precio promedio aritmético de hoja [...] se observa, como resultado de este proceso, que el mayor volumen de producción da en el Vraem, con 73 643 (70 % del total nacional). La elevada oferta de hoja de coca en esta zona, no solo es consecuencia del incremento de la superficie cocalera, sino también de la productividad promedio que llega a 3627 kg de hoja seca por hectárea. Según lo observado en los estudios de UNODC-SIMCI en 2003 y 2004, esto podría ser producto de la alta densidad de plantas por unidad de área (más de 100 000) y el intenso uso de agroquímicos que permitiría cuatro o cinco cosechas al año".

En la zona del Vraem, el precio promedio en el mercado ilícito del kilo de hoja de coca seca es aproximadamente de USD 3.1, mientras que en esta zona el precio del kilo de pasta básica de cocaína es de USD 847, y el kilo de clorhidrato de cocaína es de USD 1289, lo que acarrea que esta zona sea utilizada no solo como zona de cultivo, sino también de producción de estas drogas.

Dentro de la estrategia de represión de todo el ciclo del tráfico ilícito de drogas resulta relevante este mecanismo administrativo para el control y fiscalización de insumos químicos, precursores y materias primas susceptibles de ser destinadas a la elaboración o fabricación de drogas ilegales, cuyo listado se encuentra anexo al Decreto Supremo N.º 348-2015-EF. En su art. 1 establece la lista de sustancias aplicable a todo el territorio nacional, incluyendo las zonas geográficas sujetas al Régimen Especial Para el Control de Bienes Fiscalizados; y en su art. 2 establece la lista de estos bienes solo en las zonas geográficas sujetas al régimen especial, dependiendo el lugar de comisión de la infracción administrativa.

De otro lado, el legislador a través del D. Leg. N.° 1241, Decreto Legislativo que Fortalece la Lucha Contra el Tráfico Ilícito de Drogas, ha introducido normas para fortalecer a lucha contra el tráfico ilícito de drogas (TID) en sus diversas manifestaciones, mediante la prevención, investigación y combate de dicho delito; así como el apoyo a la reducción de los cultivos ilegales de hoja de coca. Normas que incluyen acciones policiales de prevención del desvío de sustancias químicas o el tráfico ilícito de Insumos Químicos y Productos Fiscalizados (IQPF) hacia el TID, en apoyo a la Sunat, para el cumplimiento de las normas administrativas antes descritas, así como regulaciones sobre incautación, decomiso y destrucción de medios bienes y medios de transporte utilizados en la comisión de estos delitos; además de mecanismos de investigación de delitos relacionados al desvío de insumos químicos en coordinación con el Ministerio Público, disposiciones que han sido desarrolladas por el Decreto Supremo N.° 006-2016-IN, Reglamento del D. Leg. N.° 1241.

A los efectos de la aplicación de estas normas, el art. 14 del D. Leg. N.° 1241 precisa que "la lista de sustancias químicas se especifica en el

reglamento del presente decreto legislativo". En esa medida, el art. 20 del reglamento del D. Leg. N.° 1241 prescribe lo siguiente:

> Lista de sustancias químicas.
> 20.1 Las sustancias químicas susceptibles de utilización en los procesos de elaboración ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, conforme a normas internacionales, nacionales y estudios e investigaciones del tráfico ilícito de drogas, se especifican en el anexo 2 del presente reglamento. Esta relación comprende una lista de precursores químicos, así como de sustancias químicas esenciales y productos derivados de estas.
> 20.2 Mediante Decreto Supremo, a propuesta del Ministro del Interior, quien lo refrenda, se pueden incorporar o retirar otras sustancias químicas de los citados listados con base al informe sustentado por la Dirección Ejecutiva Antidrogas, con observancia a los procedimientos establecidos por los convenios internacionales en la materia.

El art. 20.1 del reglamento del D. Leg. N.° 1241 precisa que la relación de sustancias comprende una lista de precursores químicos, así como de sustancias químicas esenciales y productos derivados de estas, que son susceptibles de ser utilizados en los procesos de elaboración ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. El reglamento, entiende como *precursor químico* a la sustancia química que proporciona la estructura química molecular como base para la elaboración de la droga tóxica de tipo sintético, sea estupefaciente o sustancia psicotrópica, aportando la propiedad psicoactiva; se encuentra especificada en el reglamento de la Ley General de Salud. En lo que respecta a lo que se entiende por *sustancia química esencial*, el reglamento señala lo siguiente:

> [Es] todo tipo de compuesto químico o producto empleado para el tratamiento de los precursores químicos o materias primas, con el objeto de fabricar o preparar estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Se indican en el anexo N.° 2 del presente decreto supremo, el cual

incluye los insumos químicos y productos fiscalizados con excepción de los precursores químicos.

Se advierte entonces una mayor especificación de todo precursor químico, sustancia química esencial o productos derivados de estas, que sean susceptibles de ser utilizados en los procesos de elaboración ilegal de drogas tóxicas. La lista de estas sustancias, según el anexo 2 del Reglamento del D. Leg. N.° 1241, son las siguientes:

PRECURSORES: 1) 1-FENIL-2-PROPANONA, 2) 3,4-METILENDIOXIFENIL-2-PROPANONA, 3) ÁCIDO FENILACÉTICO, 4) ÁCIDO LISÉRGICO, 5) ÁCIDO N-ACETILANTRANÍLICO, 6) EFEDRINA, 7) ERGOMETRINA, 8) ERGOTAMINA, 9) ISOSAFROL, 10) PIPERIDINA, 11) PIPERONAL, 12) PSEUDOEFEDRINA, 13) SAFROL.

SUSTANCIAS QUÍMICAS ESENCIALES: 1) ACETATO DE ETILO, 2) ACETATO DE ISOBUTILO, 3) ACETATO DE N PROPILO, 4) ACETONA / PROPANONA, 5) ÁCIDO ACÉTICO, 6) ÁCIDO ANTRANILICO, 7) ACIDO CITRICO, 8) ÁCIDO CLORHIDRICO Y/O MURIÁTICO, 9) ACIDO FÓRMICO, 10) ÁCIDO NÍTRICO, 11) ÁCIDO SULFURICO Y OLEUM, 12) ALCOHOL ETILICO/ETANOL, 13) AMONIACO / HIDROXIDO DE AMONIO / SOLUCION AMONIACAL, 14) ANHIDRIDO ACETICO, 15) BENCENO, 16) BICARBONATO DE SODIO/POTASIO, 17) CARBON ACTIVADO, 18) CARBONATO DE CALCIO, 19) CARBONATO DE POTASIO, 20) CARBONATO DE SODIO, 21) CLORURO DE AMONIO, 22) CLORURO DE CALCIO, 23) CLORURO DE SODIO (SAL DE MESA/COCINA), 24) DIESEL Y SUS MEZCLAS CON BIODIESEL, 25) DIÓXIDO DE MANGANESO, 26) ETER ETÍLICO Y SULFURICO, 27) GASOLINAS Y GASOHOLES, 28) HEXANO, 29) HIDROCARBURO ACÍCLICO SATURADO (HAS), 30) HIDROCARBURO ALIFÁTICO LIVIANO (HAL), 31) HIDRÓXIDO DE CALCIO O CAL AGRICOLA (IGUAL O INFERIOR AL 70 %), 32) HIDRÓXIDO DE CALCIO / CAL APAGADA, 33) HIDRÓXIDO DE SODIO (SODA CÁUSTICA), 34) HIPOCLORITO DE SODIO (SUPERIOR AL 8 %), 35) KEROSENE, 36) KEROSENE DE AVIACIÓN TURBO JET A1, 37) KEROSENE DE AVIACIÓN TURBO JP5, 38) LEJIA (HIPOCLORITO DE SODIO IGUAL O INFERIOR AL 8 %), 39) MANGANATO DE POTASIO, 40) METABISULFITO DE SODIO/POTASIO, 41) METIL ETIL CETONA–MEK, 42) METIL ISOBUTIL

CETONA – MIBK, 43) OXIDO DE CALCIO / CAL / CAL VIVA, 44) PERMANGANATO DE CALCIO, 45) PERMANGANATO DE PLATA, 46) PERMANGANATO DE POTASIO, 47) PEROXIDO DE HIDROGENO (AGUA OXIGENADA), 48) SOLVENTE N.° 1 (BENCINA, etc.), 49) SOLVENTE N.° 3 ("VARSOL", etc.), 50) SULFATO DE SODIO 51) TOLUENO – TOLUOL, 52) TRICLOROMETANO (CLOROFORMO), 53) UREA, 54) XILENO / XILOL.

PRODUCTOS QUÍMICOS: 1) AGUARRAS MINERAL, 2) CEMENTO.

Del listado de sustancias comprendidas en el Reglamento del D. Leg. N.° 1241, se advierte que excede las introducidas en los cuadros I y II de la Convención de Viena, y las sustancias fiscalizadas administrativamente a las que se hace referencia en los listados del Decreto Supremo N.° 348-2015-EF, comprendiendo insumos como cloruro de sodio (sal de mesa /cocina) y el cemento, que en realidad son, como hemos analizado precedentemente, sustitutos de bienes fiscalizados utilizados por las organizaciones criminales para la elaboración o fabricación de drogas ilegales.

En ese marco, a diferencia del Decreto Supremo N.° 348-2015-EF cuyos listados hacen referencia a los bienes objeto de control y fiscalización por las autoridades administrativas, el Reglamento del D. Leg. N.° 1241 se refiere de manera expresa a las sustancias químicas susceptibles de utilización en los procesos de elaboración ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Reglamento además que desarrolla una norma que tiene por objeto fortalece la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, habilitando a la Policía Nacional acciones policiales de prevención del desvío de sustancias químicas o el tráfico ilícito de Insumos Químicos y Productos Fiscalizados (IQPF) hacia el TID, en apoyo a la Sunat, para el cumplimiento de las normas administrativas antes descritas, así como regulaciones sobre incautación, decomiso y destrucción de medios bienes y medios de transporte utilizados en la comisión de estos delitos; además de mecanismos de investigación de delitos relacionados al desvío de insumos químicos en coordinación con el Ministerio Público.

Sin embargo, a efectos de determinar el objeto material del delito del art. 296.B del CP, interpretando los términos "insumos químicos, materia prima o productos fiscalizados" debemos remitirnos al listado anexo al Decreto Supremo N.º 348-2015-EF, ya que la norma penal condiciona para la configuración del delito que en la importación, exportación, fabricación, producción, preparación, elaboración, transformación, almacenamiento, posesión, transporte, adquisición, venta o de cualquier modo transferencia, el sujeto activo cuente con las autorizaciones o certificaciones respectivas expedida por las autoridades administrativas competentes, haciendo uso indebido de los mismos, refiriéndose esta norma penal de manera tacita a las normas administrativas del sistema nacional de control de bienes fiscalizados del D. Leg. 1126 y su reglamento el Decreto Supremo N.º 348-2015-EF; estas normas administrativas fijan el régimen de autorizaciones y certificaciones para el uso, transporte y manipulación de bienes fiscalizados y fija las sustancias precursoras sometidas a supervisión y control. Por lo que, para efectos de la determinación del objeto material del delito "insumos químicos, materia prima o productos fiscalizados", debe recurrirse al listado comprendido en el referido Decreto Supremo N.º 348-2015-EF. Situándonos en un supuesto de norma penal en blanco.

Como se sabe a través de la técnica legislativa de norma penal en blanco, el legislador remite a otras normas de igual o inferior jerarquía algunos componentes de la tipicidad objetiva, pero elementos básicos como la descripción de la conducta delictiva o las consecuencias jurídicas de las mismas siempre deben estar contenidas en el tipo penal[106]. En el caso del art. 296.B del CP, el elemento "insumos químicos, materia prima o productos fiscalizados", que describe el objeto material del delito, es una norma penal en blanco que para comprender sus alcances debemos remitirnos al listado de bienes fiscalizados del Decreto Supremo N.º 348-2015-EF, mientras que sus componentes básicos, la descripción de las conductas prohibidas (*importar, exportar, fabricar, producir, prepa-*

106 Cfr. Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2013, pp. 136-138.

rar, elaborar, transformar, almacenar, poseer, transportar, adquirir, vender o transferir de cualquier modo) y las consecuencias jurídicas de estas (*pena privativa de libertad no menor de siete ni mayor de doce años y con ciento veinte a ciento ochenta días multa e inhabilitación conforme al art. 36, incs. 1, 2 y 4*) se encuentran en el tipo penal.

2. Delito de tráfico ilícito de insumos químicos fiscalizados

Sobre la tipicidad objetiva del delito, comprendido en el primer párrafo del art. 296.B del CP, Prado Saldarriaga precisa lo siguiente:

> En el *primer párrafo* del artículo 296.B, el legislador reúne un amplio conjunto que tienen en común el desvío de insumos químicos y productos fiscalizados, por quienes tienen autorización formal para aplicar a los mismos un uso determinado y ajeno a la producción de drogas. El agente del delito puede *alternativamente importar, exportar, fabricar, producir, preparar, elaborar, transformar, almacenar, poseer, transportar, adquirir, vender o transferir* aquellos de modo lícito y formal. Sin embargo, abusando de esa autorización legal con la cual cuenta, opta por hacer un uso ilegal de su facultad con la finalidad de destinar los insumos químicos y los productos fiscalizados "a la elaboración ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, en cualquier etapa de su procesamiento"[107].

En este delito el sujeto activo es una persona que cuenta con autorizaciones o certificaciones respectivas para el manejo, uso y transporte de insumos químicos y productos fiscalizados, y que haciendo uso indebido de estas autorizaciones desvía estas sustancias a la elaboración ilegal de drogas tóxicas. Así, conforme se ha hecho referencia al establecer un Sistema Nacional de Control de Insumos Químicos y Bienes Fiscalizados que pueden ser utilizados para la elaboración de drogas ilícitas, las personas naturales y jurídicas que realizan actividades lícitas sobre estos bienes requieren de una autorización expresa por la Sunat, incorporándolas en un registro de usuarios de bienes fiscalizados, conforme lo ordenado por el D. Leg. N.° 1126.

107 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada*, ob. cit., p. 156.

La Sunat, respecto del registro para el control de los bienes fiscalizados (D. Leg. N.° 1126), precisa que este registro incorpora a los usuarios que desarrollan las actividades fiscalizadas. Se entiende por actividades fiscalizadas a las actividades de producción, fabricación, preparación, envasado, reenvasado, comercialización, transporte, servicio de transporte, almacenamiento, servicio de almacenamiento, transformación, utilización o prestación de servicios en el territorio nacional, regímenes y operaciones aduaneras para el ingreso y salida del país, referido a los bienes fiscalizados, en el que se incluye los insumos relacionados a la minería ilegal (cianuro de sodio, cianuro de potasio y mercurio), bajo el amparo de la Resolución de Superintendencia N.° 173-2013/SUNAT que tiene por objeto establecer los procedimientos, plazos y demás condiciones, así como los requisitos que deben cumplir[108].

Así, según el art. 2 del D. Leg. N.° 1126, modificado por el D. Leg. N.° 1339, se entiende por "usuario" a la persona natural o jurídica, sucesiones indivisas u otros entes colectivos que desarrollan una o más actividades que se realicen sobre bienes fiscalizados, desde su producción o ingreso al país hasta su destino final, incluido los regímenes aduaneros, que cuenten o no con inscripción en el registro para el control de los bienes fiscalizados.

Ahora bien, además, para ser considerado usuario de insumos químicos fiscalizados y ser incorporado al registro, la persona natural o jurídica que en su actividad económica requiera de estas sustancias debe registrar a tres categorías de personas responsables del manejo de los bienes fiscalizados: el profesional o técnico que informa sobre la realización de las actividades relacionadas a los bienes fiscalizados, la persona responsable del establecimiento donde se realizan las actividades relacionadas a los bienes fiscalizados, y el conductor de los vehículos que transporta bienes fiscalizados; así se prescribe en el art. 16 del reglamento del D. Leg. N.° 1126:

108 Sunat. Recuperado de <https://bit.ly/2rY0OKh>.

> Son responsables del manejo de los bienes fiscalizados: a) El profesional o técnico que suscribe el informe técnico mediante el cual el usuario sustenta la realización de actividades relacionadas a bienes fiscalizados. De haber más de uno, será el que designe el usuario. b) La persona que se designe como responsable por cada establecimiento donde se ejerzan o realicen actividades con bienes fiscalizados. c) El conductor de los vehículos inscritos en el registro para el control de bienes fiscalizados, mediante los cuales se transporten los bienes fiscalizados.

Así, el reglamento establece los requisitos para la inscripción y renovación de la autorización en el manejo de bienes fiscalizados, estableciéndose además los supuestos de suspensión y baja definitiva del registro.

Otra autorización que expide la autoridad administrativa en este campo es el requerido para el ingreso y salida al país de los bienes fiscalizados. En el caso del comercio exterior las personas naturales o jurídicas deben acceder a una autorización conforme al art. 30 del reglamento del D. Leg. N.° 1126, que prescribe:

> La Autorización para el ingreso y salida de bienes fiscalizados es única e intransferible. En el caso del ingreso, la autorización debe preexistir a la llegada del medio de transporte. Tratándose del despacho anticipado o urgente (que se destine antes de la llegada del medio de transporte), la autorización debe preexistir a la numeración de la declaración aduanera. La autorización para la salida deberá preexistir a la numeración de la declaración aduanera. La autorización tendrá una vigencia de sesenta (60) días hábiles contados a partir de la fecha de su otorgamiento, debiendo estar vigente, para el ingreso, a la fecha del levante y, para la salida, a la fecha de embarque [...].

Finalmente, en la lógica de evitar que los bienes fiscalizados sean desvíos para la producción o fabricación de drogas tóxicas, y atendiendo que se puede identificar en el territorio nacional, zonas geográficas de producción de drogas, en especial las drogas cocaínicas, el reglamento considera un régimen especial para el control de bienes fiscalizados en estas zonas de producción de drogas. En estas zonas geográficas identificadas como de producción de drogas se restringe el acceso de bienes

fiscalizados, las empresas que se encuentren en estas zonas y necesiten estos insumos para sus actividades industriales serán sometidas a control y supervisión, así como estarán consideradas en un registro. Así, el art. 53 del reglamento precisa lo siguiente:

> A los usuarios que desarrollen cualquiera de las actividades comprendidas dentro de los alcances de la Ley en las zonas geográficas de elaboración de drogas ilícitas, incluido el comercio minorista a que se refiere el art. 16 de la Ley, les resultará de aplicación las disposiciones sobre el registro, los mecanismos de control y fiscalización de los bienes fiscalizados previstos en la Ley y el presente reglamento, incluyendo las disposiciones referidas al control al servicio de transporte de carga de los bienes fiscalizados.

En esa medida, las empresas que operan fuera de estas zonas geográficas, pero que venden bienes fiscalizados a empresas localizadas dentro de las mismas, deben cerciorarse de que se encuentren comprendidas en el registro, así se trate de comerciantes minoristas, además, cuando el comerciante minorista expende estos productos, debe solicitar al comprador su DNI, así se expresa en el art. 54 del reglamento:

> El usuario que transfiera a comerciantes minoristas ubicados en las zonas geográficas sujetas al Régimen Especial Bienes Fiscalizados para el uso señalado en el art. 16 de la Ley, deberá verificar que estos últimos tengan inscripción vigente en dicho registro. Cuando los comerciantes minoristas que realizan operaciones en las zonas geográficas bajo el régimen especial vendan directamente al público bienes fiscalizados, deberán exigirles la presentación de su documento de identidad.

Son estas certificaciones y autorizaciones a las que hace referencia el tipo penal, que se derivan de las normas administrativas citadas: a) la condición de usuario registrado; b) las certificaciones y registro de tres categorías de personas responsables del manejo de los bienes fiscalizados, el profesional o técnico que informa sobre la realización de las actividades relacionadas a los bienes fiscalizados, la persona responsable del establecimiento donde se realizan las actividades relacionadas

a los bienes fiscalizados, y el conductor de los vehículos que transporta bienes fiscalizados; c) la certificación para el comercio exterior, para el ingreso y salida del país de bienes fiscalizados; y d) la certificación especial de operaciones en zonas geográficas de producción de drogas comprendidas en el régimen especial de control.

Entonces, respecto de esas certificaciones y autorizaciones, abusando de las mismas es que el sujeto activo, a través de actos de importación, exportación, fabricación, producción, preparación, elaboración, transformación, almacenamiento, posesión, transporte, adquisición, venta o de cualquier modo transferencia sobre insumos y bienes fiscalizados destinándolos a la elaboración de drogas ilegales, incurre en el delito comprendido en el art. 296.B del CP.

En cuanto a las modalidades típicas, las conductas prohibidas descritas en el tipo penal guardan concordancia con lo regulado en el art. 3.1.a.iv) de la Convención de Viena de 1988, que prescribe lo siguiente:

> Cada una de las partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente: a) [...] iv) La fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en el cuadro I y el cuadro II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para dichos fines.

Cabe destacar que el legislador nacional no ha incorporado a nuestra legislación interna la gama de supuestos sobre los que pueden recaer los comportamientos fabricación, transporte o distribución, nuestra norma interna solo se refiere a las sustancias enumeradas en los cuadros I y II anexos a la Convención de Viena, que con dolo sean utilizadas la producción o la fabricación ilícitos de estupefacientes o sustancias sicotrópicas o para dichos fines, que como hemos visto, se encuentran comprendidos en el listado de la norma administrativa, Decreto Supremo N.º 348-2015-EF, pero excluye los "equipos" y "materiales" utilizados en estas labores, circunscribiéndose la norma nacional a insumos y bienes fiscalizados destinados a la elaboración de drogas ilegales.

En el marco de la normativa nacional, los equipos o materiales utilizados en la comisión de un ilícito penal son considerados instrumentos del delito y como tales son incautados y posteriormente decomisados, según las reglas del art. 102 del CP y conforme a las facultades policiales y de la Sunat referidos en el D. Leg. N.° 1241, Decreto Legislativo que Fortalece la Lucha Contra el Tráfico Ilícito de Drogas, y el D. Leg. N.° 1126, referido al sistema nacional de control de bienes fiscalizados.

En lo que respecta a los actos de "importación" y "exportación", el art. 3 de la Decisión Andina N.° 602-Norma Andina para el Control de Sustancias Químicas que se Utilizan en la Fabricación Ilícita de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas[109] define: "En sus respectivos sentidos, la entrada o salida legal de mercancías hacia o desde un recinto aduanero, incluyendo los regímenes aduaneros especiales y las zonas francas". Por su parte, el art. 4 del Reglamento Modelo para el Control de Sustancias Químicas que se Utilizan en la Fabricación Ilícita de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de la Cicad-OEA define: "Importación y exportación: En sus respectivos sentidos, la entrada o salida hacia o desde un país o territorio a otro, incluyendo los regímenes aduaneros temporales".

En lo que toca a los términos "fabricación", "producción", "preparación", "elaboración" y "transformación", el art. 2 del reglamento del D. Leg. N.° 1126, Decreto Legislativo que Establece Medidas de Control en los Insumos Químicos y Productos Fiscalizados, Maquinarias y Equipos Utilizados para la Elaboración de Drogas Ilícitas, define, en su numeral 26) el término:

109 El art. 6 de la Decisión N.° 602 de la Comunidad Andina prescribe lo siguiente: "Quienes importen o exporten sustancias químicas controladas deberán acreditar, sin perjuicio de cumplir con los requisitos de registro, calificación, licencia e inscripción de acuerdo con la normativa interna de cada país miembro (así como del respectivo régimen de comercio exterior), las autorizaciones o permisos correspondientes expedidos por las autoridades administrativas competentes para importar o exportar y para el tránsito internacional amparado en la Declaración de Tránsito Aduanero Internacional definida en la decisión 477".

> Producción o fabricación de insumos químicos y productos.- Obtención de insumos químicos y productos, mediante una o más reacciones químicas o por la extracción, separación o purificación de un producto natural o de desecho (reciclaje). Asimismo, comprende la obtención de derivados como son los disolventes fiscalizados (similares al *thinner*) y la obtención de mezclas fiscalizadas.

Así también precisa, en su numeral 24) el significado de Preparación de insumos químicos y productos: "Proceso en el que se diluyen en agua los insumos químicos y productos, y se obtiene un producto que puede ser una solución acuosa líquida o no, rebajada o alterada en su concentración porcentual".

Mientras que en su numeral 33 define transformación de insumos químicos, productos y subproductos o derivados: "Actividad mediante la cual se utilizan directa o indirectamente insumos químicos, productos y subproductos o derivados para obtener productos o insumos no fiscalizados".

Por su parte, el numeral 15) del art. 89 del D. L. N.° 22095 define como "'fabricación', el acto de preparar, elaborar, manufacturar, componer, convertir o procesar cualquier sustancia fiscalizada ya sea por extracción de sustancias de origen natural o mediante síntesis químicas".

Por su parte, el Reglamento Modelo de la Cicad-OEA, en su art. 4 entiende por "fabricación: "Todos los procesos que permitan obtener sustancias estupefacientes o psicotrópicas, incluidas la refinación y la transformación de unos estupefacientes en otros o de unas sustancias psicotrópicas en otras", también define:

> Preparación: Realizar las operaciones necesarias para obtener una mezcla en cualquier estado físico, ya sea en una forma dosificada o a granel, que contenga uno o más estupefacientes, una o más sustancias psicotrópicas o sustancias químicas, mezcladas o no con otros componentes no fiscalizados.

Asimismo, define transformación como "el conjunto de procedimientos aplicados a una sustancia que den como resultado cambios

químicos para convertirla en un nuevo compuesto". Esta norma, si bien no es vinculante, nos sirve como criterio interpretativo para dilucidar el alcance de los términos utilizados en la legislación nacional.

Respecto a los términos "almacenamiento" y "posesión", el art. 2 del Reglamento del D. Leg. N.° 1126, se define almacenamiento de bienes fiscalizados: como la "actividad de recibir, guardar y custodiar bienes fiscalizados propios". Asimismo, introduce el término servicio de almacenamiento, como "actividad de recibir, guardar y custodiar bienes fiscalizados de terceros. No están comprendidos los usuarios que almacenan sus bienes fiscalizados en sus propias instalaciones o en aquellas cedidas por terceros a cualquier título". Mientras que el Reglamento Modelo de la Cicad-OEA, en su art. 4 define, "almacenamiento como: "Mantener sustancias químicas en un recinto delimitado ya sea cerrado o abierto, a granel o en recipientes individuales bajo dominio de un individuo o entidad", y posesión como: "tenencia de sustancias químicas, instrumentos, materiales o equipos que pueden ser empleados en la producción de estupefacientes o sustancias psicotrópicas".

En cuanto al término "transporte", el art. 2 del reglamento del D. Leg. N.° 1126, en su numeral 31, define como: "**Transporte de Bienes Fiscalizados**.- Actividad mediante la cual se traslada o transporta Bienes Fiscalizados propios, en unidades propias o en aquellas cedidas por terceros a cualquier título". También se define lo que se debe entender como servicio de transporte, como la "actividad mediante la cual se efectúa el transporte de carga de bienes fiscalizados para terceros, en unidades propias o cedidas por terceros a cualquier título". De otro lado, el Reglamento Modelo de la Cicad-OEA, en su art. 4 define como "**Transporte**: Traslado de sustancias químicas de un lugar a otro empleando cualquier medio y ya sea que el traslado se dé dentro de un mismo país o territorio o entre distintos países o territorios"[110].

110 El reglamento modelo de la Cicad-OEA, en su art. 4 también define supuestos en los que se ve involucrado el acto de transporte en la entrada y salida del territorio de un Estado de sustancias químicas que se utilizan en la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, como son: "Transbordo: régimen que

Finalmente, en lo que corresponde a los términos "adquisición", "venta" o "cualquier modo transferencia", el art. 89 del D. L. N.° 22095, incorpora estos términos en su definición de comerciar, entiendo por tal "el acto de depositar, retener, ofrecer, expender, vender, distribuir, despachar, transportar, importar, exportar, expedir en tránsito o que bajo cualquier otra modalidad se dedique a actividades ilícitas con drogas"; por su parte, el art. 2 del reglamento del D. Leg. N.° 1126, también utiliza un término omnicomprensivo que incluye la "adquisición", "venta" o "cualquier modo de transferencia", así, se entiende por "**Comercialización de bienes fiscalizados**.- Actividad que comprende la venta, transferencia o cualquier clase de transacción directa o indirecta de bienes fiscalizados", también se emplea el siguiente término: "**Transferencia de bienes fiscalizados**.- Traslado de propiedad de los bienes fiscalizados bajo cualquier título". Lo mismo se advierte en el art. 4 del Reglamento Modelo de la Cicad-OEA, donde se define como:

> **Comercialización**: Cualquier clase de transacción, directa o indirecta, entre individuos o entidades que implique el traslado de la propiedad de sustancias químicas, instrumentos, materiales o equipos que pueden ser empleados en la fabricación de otras sustancias químicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Así también se utiliza el término "distribución" para comprender las siguientes actividades: "**Distribución**: El proceso de proporcionar, vender, transferir o hacer disponibles sustancias químicas a través de una o más partes que intervienen en las distintas etapas para que las sustancias lleguen al usuario o consumidor final".

En el plano subjetivo, al igual que el delito contenido en el párr. 3 del art. 296 del CP, el tipo penal bajo comentario también se configura cuando el sujeto activo realiza alguno de los comportamientos prohi-

---

ampara, bajo control de la aduana, el traslado de mercancías desde un medio de transporte a otro, en un recinto aduanero"; y "Tránsito: régimen que ampara, bajo control de la aduana, el transporte de mercancías desde un recinto aduanero a otro, en el mismo país o a otro".

bidos con conocimiento y voluntad de que los bienes fiscalizados serán destinados a la elaboración o fabricación de drogas ilegales, como plantea Sequeros Sazatornil, para incurrir en este tipo de delitos sobre tráfico de precursores, aquellos que además de manipular los precursores lo hagan con el fin de producir o fabricar drogas ilícitas[111].

3. Delito de emisión indebida de documentos para el tráfico ilegal de insumos químicos fiscalizados

Como sostiene Prado Saldarriaga, el párr. 2 del art. 296.B incluye un delito inédito en nuestra legislación precedente. El legislador criminaliza la conducta de quien, estando autorizado para maniobrar o desplazarse con insumos químicos y productos fiscalizados, emite o emplea reportes, declaraciones, informes u otros documentos similares, de confección y circulación obligatoria, incorporado en ellos datos falsos o simulados sobre la identidad de los destinatarios de tales especies. Se trata de una modalidad especial de falsedad documental que se construye como una ley penal en blanco, ya que exige para la concreción del injusto de su integración normativa con disposiciones administrativas pertinentes que precisen la naturaleza de la documentación objetivo del delito, así como la ubicación y extensión de las zonas geográficas de producción cocalera controlada[112].

Respecto de estos informes o reportes, la Sunat explica que los usuarios tienen la obligación de llevar y mantener diariamente el registro de sus operaciones con bienes fiscalizados, por cada uno de los establecimientos que hayan inscrito en el registro y de acuerdo con las actividades fiscalizadas declaradas en aquel. Los usuarios deberán conservar los libros, registros y documentación sustentatoria que contenga la información de las operaciones realizadas con bienes fiscalizados por un periodo no menor de 4 años; dicho plazo se computa a partir del primer día calendario del año siguiente a aquel en que se anotó la

111 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 292.

112 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 156.

operación en el registro diario de operaciones. El registro diario de operaciones se deberá conservar en cada establecimiento al que correspondan las operaciones registradas, debiendo estar a disposición de la Sunat cada vez que esta lo requiera, brindándose para ello las facilidades y el equipo técnico de recuperación de la información, de ser el caso[113]. En el siguiente cuadro se plasman los registros y reportes a los que están obligados los usuarios de bienes fiscalizados.

Tipos de registros de operaciones

Actividades por usuario en el registro de bienes fiscalizados	Ingreso	Egreso	Producción	Uso	Almacén	Transporte
Producción			X			
Consumo				X		
Manipulación				X		
Compra local	X					
Venta local		X				
Importación	X					
Exportación		X				
Almacén					X	
Transporte						X
Servicio de almacenamiento					X	
Servicio de transporte						X

Fuente: Sunat

Cabe anotar, a modo ejemplificador, que, según el Reglamento Modelo de la Cicad-OEA, las personas naturales o jurídicas que fabriquen, preparen, distribuyan, transformen, almacenen, comercialicen, importen, exporten, transporten, posean, utilicen, recuperen, reciclen o efectúen cualquier otro tipo de actividades con las sustancias químicas incluidas en los cuadros I y II de la Convención de Viena de 1988 tienen la obligación de llevar los siguientes registros: 1) inventario inicial; 2) cantidades recibidas, incluyendo cualquier diferencia con la cantidad facturada; 3) cantidades producidas, fabricadas, empacadas, preparadas

113 Esta regulación se encuentra indicada en los arts. 12 y 13 del D. Leg. N.° 1126, Cfr. Sunat. Recuperado de <https://bit.ly/2rY0OKh>.

o extraídas; 4) cantidades importadas y su procedencia; 5) cantidades utilizadas en cualquier actividad o proceso; 6) cantidades distribuidas internamente y su destino; 7) cantidades exportadas y su destino; 8) cantidades en existencia, y en el caso de sustancias activas su estatus (cuarentena, almacenamiento, vencidos, rechazados, desechos u otro); 9) cantidades perdidas durante el proceso productivo, almacenaje o manejo, cantidades destruidas trasladadas, diferencias por excedentes o disminución; 10) cantidades perdidas por hurto u otras causas; 11) cantidades recicladas; 12) cualquier otro movimiento que experimenten las sustancias químicas, con su debida documentación de respaldo.

En suma, a efectos de la configuración del tipo penal bajo análisis, incurre en el mismo quien contando con autorización para manipular, usar o transportar insumos químicos y productos fiscalizados, emite o emplea reportes, declaraciones, informes u otros documentos similares, de confección y circulación obligatoria, incorporado en ellos datos falsos o simulados sobre la identidad de los destinatarios de tales especies.

VI. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

1.- Siguiendo con la lógica de represión de todo el ciclo de la droga, en el tercer párrafo del art. 296 y en el art. 296.B del CP se regula el denominado tráfico de precursores, esto es, el tráfico de materias primas o sustancias químicas necesarias para la fabricación o elaboración de drogas, que se encuentren fiscalizadas o no, así se reprimen diversos actos de tráfico: introducción al país, producción, acopio, provisión, comercialización o transporte de estas sustancias, siempre que destinen a la elaboración de drogas o se apliquen a las etapas de maceración y procesamiento de materias primas para la obtención de drogas, elevando de esta manera actos preparatorios a la categoría de delito autónomo.

2.- Estos delitos de tráfico de precursores no podrían entenderse sin la regulación internacional que ha establecido un sistema de control internacional de sustancias químicas susceptibles de

ser utilizadas por fabricación o elaboración de drogas; la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 - Convención de Viena, busca reprimir el tráfico ilícito de drogas no solo desde la fase de comercialización de las mismas, sino incluso desde algún acto de tráfico sobre insumos o sustancias químicas necesarias para la elaboración o fabricación de drogas, para tal efecto, en principio, la Convención de Viena establece una lista de sustancias químicas que son consideradas como precursores para la elaboración o fabricación de drogas tóxicas (cuadro I y II), sustancias sobre las que se realiza una supervisión y control especiales para evitar sean desviados a fines ilícitos. Este control internacional resulta indispensable porque la comunidad internacional tiene en cuenta que las sustancias fiscalizadas también cuentan con usos industriales lícitos, y son parte del comercio internacional que no puede ser interrumpido; sin embargo, es innegable que, a pesar de los controles, las organizaciones criminales internacionales logran en gran parte destinar estas sustancias para usos ilegales.

3.- Como parte del sistema internacional de control ha establecido una entidad encargada de monitorear el tráfico de precursores a nivel mundial, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE), que recibe información periódica de los Estados parte, tiene la función de sugerir, en coordinación con los gobiernos, medidas preventivas para evitar el desvío de precursores y sustancias químicas esenciales para la fabricación ilícita de drogas; esta entidad también tiene la facultad, tras un periodo de consultas con los Estados parte, a modificar el listado de sustancias precursores de drogas, pero es un proceso complejo y largo.

4.- A la par de estas medidas de carácter internacional, la Convención de Viena ha establecido obligaciones de control administrativo de estas sustancias a ser introducidas y ejecutadas en el ordenamiento interno de los Estados parte. Se dice en la Con-

vención que las actividades de fabricación, transporte, comercialización, importación, exportación de estas sustancias fiscalizadas internacionalmente deben de ser realizadas solo por empresas y personas debidamente autorizadas y con el control y monitoreo de autoridades administrativas nacionales, para evitar que las mismas sean desviadas a la fabricación de drogas. De la misma manera, además del control administrativo, y ante el fracaso de estos controles, la Convención de Viena de 1988 prescribe que los Estados parte deben establecer normas penales que repriman el tráfico ilícito de precursores; esto es, la importación, exportación, fabricación, producción, preparación, elaboración, posesión, transporte, venta o cualquier otro modo de transferencia sobre insumos químicos o productos fiscalizados.

5.- Complementando el sistema internacional de control, dando cuenta del cumplimiento de sus obligaciones y el estado del control del tráfico de precursores a nivel internacional, la JIFE emite un informe anual, donde, entre otros aspectos, analiza las deficiencias de la legislación o de los mecanismos de aplicación nacionales, o los retrasos en la armonización de las listas de sustancias sometidas a fiscalización nacional con las listas y cuadros de los tratados de fiscalización internacional de drogas, este es un tema especialmente sensible, porque estas deficiencias en la adopción de sus obligaciones internacionales por parte de los gobiernos tendrán como consecuencia la aplicación de medidas de fiscalización nacional insuficientes a las sustancias sometidas a fiscalización internacional, y podrían conducir a la desviación de sustancias hacia canales ilícitos.

6.- En consonancia con las obligaciones internacionales sobre la materia, el Estado peruano ha establecidos un sistema de control administrativo de sustancias químicas susceptibles de ser desviadas para la elaboración de drogas ilícitas, así como de maquinarias utilizadas para estos fines; la base de esta normativa administrativa se encuentra en el D. Leg. N.° 1126 y su reglamento, Decreto Supremo N.º 044-2013-EF, aquí se contempla

que todas las actividades de adquisición, empleo, uso, transporte y destino sobre estas sustancias son sometidas a un estricto control, para lo cual, las personas naturales y jurídicas dedicadas a estas actividades deben contar con inscripción en el registro de usuarios. De esta manera, se pretende contar con un registro de usuarios realizando un seguimiento de los insumos químicos fiscalizados desde su producción o ingreso al país hasta su destino final. En esa medida, se otorga a la Sunat amplias facultades de investigación, inspección y control, incluida la facultad de decomiso administrativo de bienes fiscalizados en supuestos de infracción. Asimismo, el art. 2 literal 16 del reglamento define a los "insumos químicos y productos" como aquellos detallados en el Decreto Supremo N.º 348-2015-EF, sustancias que, en general, se corresponden con las sustancias establecidas en los cuadros I y II de la Convención de Viena de 1988.

7.- El párrafo 3 del art. 296 contiene dos figuras delictivas autónomas, la primera referida a supuestos de actos preparatorios, es decir, a diversos comportamientos a realizarse en relación con el objeto material del delito "materias primas o sustancias químicas controladas o no controladas". Estas son los siguientes: introducir en el país, producir, acopiar, proveer, comercializar o transportar, siempre que estas sustancias sean destinadas a la elaboración de drogas o sean destinadas a su aplicación en las etapas de maceración y procesamiento de materias. El segundo tipo penal, que comprende formas de participación criminal que por razones político-criminales han sido elevados a la categoría de autoría, como son el promover, facilitar o financiar los comportamiento antes mencionados. Además, en el caso del tercer párrafo del art. 296, se estructura como un tipo penal complejo y alternativo, bastando que el sujeto activo realice alguna de los actos de tráfico o de colaboración al tráfico para configurar el delito.

8.- El objeto material del delito descrito en el párr. 3 del art. 296 del CP será las materias primas y sustancias químicas susceptibles

de ser utilizadas para la elaboración de drogas ilícitas, no contenidas en los listados del Decreto Supremo N.º 348-2015-EF, no controladas por las autoridades administrativas; de esta manera, para evitar lagunas de punibilidad se comprende en el término "materias primas o sustancias químicas controladas o no controladas", a sustancias como la sal de cocina, la legía, el limón silvestre, el cemento o abonos agrícolas que no están sujetos a control y cuyo tráfico es libre, pero que son utilizados por las organizaciones criminales para la elaboración de drogas tóxicas, como sustitutos de los insumos químicos fiscalizados, o algún otro compuesto no incluido en los listados administrativos.

9.- El delito regulado en el art. 296.B, responde un tipo penal alternativo y complejo, donde se adelantan las barreras de punición, reprimiendo conductas de importación, exportación, fabricación, producción, preparación, elaboración, posesión, transporte, venta o cualquier otro modo de transferencia sobre insumos químicos o productos fiscalizados, contando con autorizaciones o certificados respectivos, que haciendo uso indebido de las mismas, estas sustancias sean destinadas a la elaboración ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

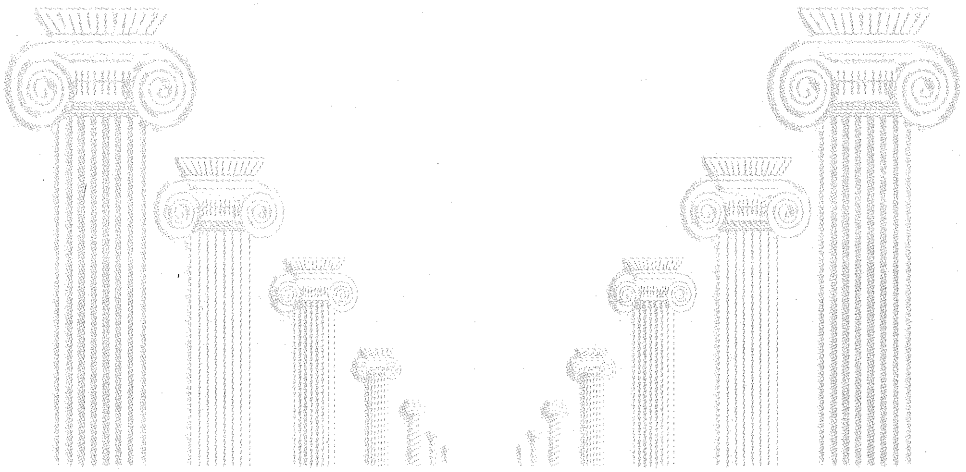
10.-A diferencia del Decreto Supremo N.º 348-2015-EF, cuyos listados hacen referencia a los bienes objeto de control y fiscalización por las autoridades administrativas, el Reglamento del D. Leg. N.° 1241 se refiere de manera expresa a las sustancias químicas susceptibles de utilización en los procesos de elaboración ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Reglamento además que desarrolla una norma que tiene por objeto fortalece la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, habilitando a la Policía Nacional acciones policiales de prevención del desvío de sustancias químicas o el tráfico ilícito de Insumos Químicos y Productos Fiscalizados (IQPF) hacia el TID, en apoyo a la Sunat, para el cumplimiento de las normas administrativas antes descritas, así como regulaciones sobre incautación, decomiso y destrucción de medios bienes y

medios de transporte utilizados en la comisión de estos delitos; además de mecanismos de investigación de delitos relacionados al desvío de insumos químicos en coordinación con el Ministerio Público.

11.- A efectos de determinar el objeto material del delito del art. 296.B del CP, interpretando los términos "insumos químicos, materia prima o productos fiscalizados" debemos remitirnos al listado anexo al Decreto Supremo N.º 348-2015-EF, ya que la norma penal condiciona para la configuración del delito que en la importación, exportación, fabricación, producción, preparación, elaboración, transformación, almacenamiento, posesión, transporte, adquisición, venta o de cualquier modo transferencia, el sujeto activo cuente con las autorizaciones o certificaciones respectivas expedida por las autoridades administrativas competentes, haciendo uso indebido de los mismos, refiriéndose esta norma penal de manera tacita a las normas administrativas del sistema nacional de control de bienes fiscalizados del D. Leg. N.° 1126 y su reglamento el Decreto Supremo N.º 348-2015-EF; estas normas administrativas fijan el régimen de autorizaciones y certificaciones para el uso, transporte y manipulación de bienes fiscalizados y fija las sustancias precursoras sometidas a supervisión y control. Por lo que, para efectos de la determinación del objeto material del delito "insumos químicos, materia prima o productos fiscalizados", debe recurrirse al listado comprendido en el referido D. S. N.º 348-2015-EF. Situándonos en un supuesto de norma penal en blanco.

CAPÍTULO VI

CONSPIRACIÓN PARA DELINQUIR EN LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS: ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL CUARTO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 296 DEL CÓDIGO PENAL



En el marco de la política-criminal internacional de represión del tráfico ilícito de drogas, contenida en la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena de 1988), el legislador peruano considera en el cuarto párrafo del art. 296 del CP, el delito de conspiración para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas, como una forma de coautoría anticipada, donde se penaliza el acuerdo entre dos o más personas para esos fines.

Como se sabe, en términos generales, nuestro derecho penal no sanciona ni las ideas, ni los actos preparatorios, por eso, en principio, es extraño considerar un acuerdo para delinquir como punible; sin embargo, en el caso del tráfico de drogas, el legislador ha adelantado las barreras de punición a un supuesto de coautoría anticipada. Esta excepción a la regla de no punir actos preparatorios solo se justifica en la medida en que se protejan bienes jurídicos de particular importancia, vinculados sobre todo con cuestiones de orden público, lo que provoca que supuestos propios de actos preparatorios sean considerados delitos autónomos. En el caso de la conspiración para el tráfico ilícito de drogas, precisamente las razones de orden público están dadas por la naturaleza propia de los delitos vinculados con el tráfico ilegal internacional de estupefacientes, respaldados en ese sentido por el artículo 3 de la Convención de Viena de 1988, y su impacto negativo en las sociedades democráticas.

Resulta importante resaltar, además, que solo se legitima el delito de conspiración para promover, favorecer y facilitar el tráfico ilícito de drogas, en la medida que para su acreditación deben aparecer en alguno de los conspiradores actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que habían concertado, pues no se

castigan las meras intenciones o deseos, en ese sentido se afirma que la conspiración no es un delito de pura intención.

En la jurisprudencia peruana se ha hecho uso de la prueba indiciaria para acreditar la conspiración al tráfico ilícito de drogas; así, por ejemplo, en el denominado "caso yeso", la Sala Penal Nacional emitió una interesante sentencia condenatoria por conspiración para el favorecimiento del tráfico ilícito de drogas, donde se acreditaron, justamente, "actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que habían concertado" Ello, a través de escuchas telefónicas autorizadas e informes de inteligencia de observación y seguimiento, los acusados realizaron coordinaciones telefónicas y contactos personales para el transporte de droga, acuerdo que se exteriorizó con el efectivo traslado de algunos de los acusados de una localidad a otra, el alquiler de un inmueble para acopiar la supuesta droga, y el acopio en el referido inmueble por un lapso de tiempo de paquetes tipo ladrillo aparentemente conteniendo droga; pero, al momento de la intervención policial a los sujetos que sustrajeron del inmueble los referidos paquetes, estos resultaron ser "yeso" y no droga. El Tribunal entendió que los acusados realizaron actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que habían concertado, delito que no se logró ejecutar, pues la droga habría sido sustituida por "yeso", que finalmente fue encontrada por las autoridades.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que de manera paralela a la conspiración, y con una estructura similar en su esencia, surge la figura delictiva de la asociación ilícita, hoy regulada en nuestra legislación como "banda criminal" y "delito de pertenencia a una organización criminal". Sin embargo, la conspiración se diferencia de estas figuras en que en ella no aparece las características de relativa organización y permanencia. La conspiración se estructura como una coautoría anticipada, donde dos o más sujetos acuerdan cometer un delito determinado, en el caso de la legislación peruana para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas, mientras que "banda criminal" y "delito de pertenencia a una organización criminal" se encuentran destinas a la comisión de

una serie indeterminada de delitos y como tal adquieren como rasgo característico la permanencia.

I. LA CONSPIRACIÓN COMO SUPUESTO DE COAUTORÍA ANTICIPADA Y SU LEGITIMIDAD EN LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

El art. 3, párr. 1, inc. c, apartado IV, de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena de 1988) dispone que cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente y a reserva de sus principios constitucionales y a los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico la confabulación para cometer algunos de los delitos tipificados[1].

En los *Comentarios a la Convención de 1988 se* explica lo siguiente

> [T]rata de las diversas formas de participación en el tráfico ilícito, que van desde la confabulación hasta la facilitación. Si bien se determinó que los ordenamientos jurídicos nacionales diferían tan considerablemente respecto de estas cuestiones que fue necesario someter la obligación de tipificar estos delitos a una "cláusula de salvaguardia" la práctica de la aplicación de la ley ha demostrado la utilidad particular de esos delitos para penetrar en las complejas redes de tráfico de drogas. Esto ayuda a enjuiciar a los cerebros de las organizaciones de traficantes de drogas

1 En los comentarios a la Convención de 1988, se hace hincapié en lo siguiente: "El art. 3 es fundamental para promover los objetivos de la Convención establecidos en el preámbulo y para realizar su propósito principal, establecido en el párr.1 del art. 2, de 'promover la cooperación entre las partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas que tengan una dimensión internacional'. A tal fin, requiere que las partes adopten las medidas legislativas que sean necesarias para establecer un código moderno de delitos penales relacionados con los diversos aspectos del tráfico ilícito y asegurar que esas actividades ilícitas sean tratados como delitos graves por las autoridades judiciales y los ministerios públicos de cada Estado". NACIONES UNIDAS, *Comentarios a la Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas 1988,* Nueva York: ONU, 1999, p. 43.

> que rara vez entran en contacto con los estupefacientes o las sustancias sicotrópicas. El inciso c), por lo tanto, complementa el apartado v) del inciso a) y el inciso b), que también centran su atención en los esfuerzos por desbaratar las organizaciones de traficantes[2].

Se sostiene en los Comentarios que, dentro de la política-criminal diseñada en la Convención de Viena de 1988, resulta necesario comprender como conductas delictivas a los actos preparatorios. Así, los países poco familiarizados con instituciones como la "conspiración" pueden aprender de la experiencia de países cuyos sistemas jurídicos permiten la respuesta penal anticipada.

En ese marco, otro de los casos de adelantamientos de barreras de punición en nuestra legislación penal, en el esquema político-criminal de reprimir todo el ciclo de la droga, lo constituye el delito de conspiración para cometer delitos de tráfico ilícito de drogas, aquí el adelantamiento de la protección penal se extiende desde el acuerdo entre dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas, configurándose como un delito de *iter criminis*. Sobre este punto, Medina observa que se busca:

> [A]delantar la intervención del sistema penal a momentos del *iter criminis* anteriores a la tentativa. [...] en cuanto a su naturaleza, se trata de un tipo autónomo creado para ampliar aún más el espectro represivo del tráfico ilegal de estupefacientes, previendo la conducta de quienes concertan algún delito previsto en esta ley[3].

Bajo esa lógica, el párr. 4 del art. 296 del CP prescribe:

> El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de

2 Naciones Unidas, *Comentarios a la Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas 1988*, ob. cit., p. 66.

3 Medina, Miguel Antonio, *Estupefacientes. La ley y el derecho comparado*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, pp. 236 y 237.

> diez años y con sesenta a ciento veinte días-multa, e inhabilitación conforme al art. 36, incs. 1 y 2[4].

Es así que el legislador estimó permitido, dentro de su marco discrecional en orden a la política criminal a adoptar en materia de delitos vinculados con el tráfico ilícito de drogas, adelantar la barrera de punibilidad a los actos preparatorios anteriores al comienzo de ejecución del delito respectivo cuando tales actos evidenciaren una manifiesta revelación de la decisión común adoptada. Si bien, en principio, los actos preparatorios son impunes, nada impide que legislador, en supuestos de excepción vinculados sobre todo con cuestiones de orden público, los considere como delitos autónomos. En el caso de la conspiración, precisamente las razones de orden público están dadas por la naturaleza propia de los delitos vinculados con el tráfico ilegal internacional de estupefacientes respaldados en ese sentido por el art. 3 de la Convención de Viena de 1988[5].

El TC ha precisado que la conspiración es un supuesto de adelantamientos de barreras de punición cuya criminalización, en el Estado constitucional y democrático de derecho, resulta justificada en función de la protección de bienes jurídicos de particular entidad. Así, su sentencia de Pleno Jurisdiccional en el Exp. N.° 00022-2011-PI/TC ha sostenido lo siguiente:

> No escapa a este Tribunal que cuando se habla de conspiración de lo que se trata es de un concierto de voluntades y de la resolución conjunta de cometer un delito concreto, siendo indispensable que no se llegue a dar comienzo a la ejecución del delito, pues en ese caso estaríamos ante una tentativa. Así, todo delito de conspiración supone

4 Norma modificada por el art. 1 del D. Leg. N.° 1367, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de julio del 2018, que introduce la pena de inhabilitación conforme a los incs. 1 y 2 del art. 36.

5 Cfr. Tribunal Oral Penal Económico N.° 1 de Argentina, caso *Faubel, Matías; Larre, Maximiliano; Cornejo Miranda, César; Curatola, Carmelo; Gerola, Alcides Alberto; Llera, Alejandro Andrés*, 11 de noviembre del 2016, p. 222. Recuperado de <https://bit.ly/2QU4vzu>.

> el adelantamiento de las barreras de punibilidad hasta estadios previos a la lesión del bien jurídico. La conspiración resulta, pues, un delito de peligro, cuya criminalización, en el Estado constitucional y democrático de derecho, resulta justificada en función de la protección de bienes jurídicos de particular entidad[6].

El tráfico ilícito de drogas justifica plenamente el adelantamiento de barreras de punición por el impacto que las actividades delictivas ocasionan en las sociedades nacionales:

> El tráfico ilícito [de drogas] no solo viola la legislación nacional y los tratados internacionales sobre drogas sino que en muchos casos comporta además otras actividades antisociales como la delincuencia organizada, asociación para delinquir, sobornos, cohecho e intimidación de funcionarios públicos, evasión fiscal, violaciones de la legislación bancaria, transferencias monetarias ilegales, delitos de violación de normas de importación o de exportación, delitos relacionados con armas de fuego y delitos de violencia. Por lo tanto, la eficacia del sistema de justicia penal puede tener mucha importancia respecto de la eficacia de las actividades de aplicación de las leyes sobre drogas[7].

Analizando la estructura de la criminalidad organizada relacionada al tráfico ilícito de drogas y los bienes jurídicos que afecta, Luciani ha señalado lo siguiente:

> Las características intrínsecas de la criminalidad organizada, concebida como una estructura cuyo fin es delinquir y obtener de ese modo beneficios patrimoniales o materiales, provoca una conmoción en la tranquilidad pública que se acrecienta por la gravedad de los crímenes que lleva adelante —por ejemplo, el tráfico de drogas [...]— y por la utilización de medios violentos dirigidos tanto al interior del grupo como hacia el conjunto de la sociedad[8].

---

6 Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 00022-2011-PI/TC*, f. j. n.° 168, Lima: 8 de julio del 2015,

7 Naciones Unidas, *Comentarios a la Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas 1988*, ob. cit., p. 44.

8 Luciani, Diego Sebastián, *Criminalidad organizada y trata de personas*, Santa Fe:

Así, también el TC ha reflexionado que tráfico ilícito de drogas asociado con el fenómeno de la criminalidad organizada, por la fuerte cantidad de dinero que genera, expande su influencia corruptora a todas las instancias del aparato estatal para garantizar la impunidad de sus actividades, veamos:

> [S]e trata de una actividad ilícita en la que sus miembros, haciendo gala de su poder corruptor, influencias y suficientes recursos económicos, impiden que sus organizaciones sean descubiertas y sus integrantes identificados. Es pues el poder económico de estas organizaciones lo que les permite corromper a las fuerzas del orden y a la administración de justicia, a los miembros del sistema policial y judicial y a la policía, y atentando contras las personas y los bienes públicos y privados; este poder les permite también a través de artilugios, alterar el orden legal, a fin de evitar sanciones [los miembros de estas organizaciones, especialmente quienes las dirigen y controlan permanecen en la clandestinidad, pues ocultan sus verdaderas identidades], y cooptar los órganos del poder político con el propósito de manipular las decisiones o de orientarlas hacia rumbos que favorecen su accionar delictivo[9].

Prado Saldarriga[10] considera conveniente la incorporación de la conspiración en nuestra legislación, ya que responde a la influencia

---

Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 31. La criminalidad organizada vinculado al tráfico ilícito de drogas genera otras actividades delictivas mucho más complejas como el lavado de activos, ante el manejo de inmensas cantidades de dinero, así lo advierte Mill, "la magnitud de las operaciones que se realizan y el despliegue de medios materiales que ellas traen aparejadas hace necesario que las mismas adquieran viso de legitimidad, y de ser posible, paulatinamente, legalidad efectiva, lo que no resulta tarea fácil. Esa necesidad, cada vez mayor, de blanquear capitales ha dado origen a otro tipo de delincuencia organizada, en cuyo entramado de relaciones convergen necesariamente una multifacética gama de personajes pertenecientes a los más altos estratos sociales, financieros y gubernamentales". (Mill, Rita, "Criminalidad organizada. Dificultades probatorias", en *Revista de Derecho Procesal Penal,* n.° 2, 2009, p. 45).

9 Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 04750-2007-PHC/TC,* f. j. n.° 7, 9 de marzo del 2008; Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 03154-2011-PHC/TC,* f. j. n.° 5, 23 de octubre del 2012.

10 Prado Saldarriaga, Víctor, *Criminalidad organizada. Parte especial,* Lima: Instituto

contemporánea de las estrategias de la política criminal internacional contra la delincuencia organizada, las cuales se desarrollaron plenamente en la Convención de Palermo.

En el derecho comparado se han adoptado idénticas soluciones, todas referidas a cuestiones de orden público, por ejemplo, el art. 30.2 del CP alemán, el art. 24 de la Ley N.° 19366 de Chile, el art. 17.1 del CP español y el art. 19 de la Ley N.° 23.737 de Argentina; así, como sostiene Wessels, hay en todos los actos preparatorios alguna forma de peligrosidad, por lo que solo se justifica la incriminación de la conspiración y demás hipótesis del art. 30 del CP alemán si añade a la peligrosidad inherente a tales actos una situación perfectamente definida y significativa que haga, desde el punto de vista del derecho público, justificada esa anticipación en la incriminación[11]. En suma, cuando se criminaliza la conspiración, no se trata de la punición de cualquier acto preparatorio —lo que sí podría suscitar objeciones constitucionales, sino de aquellos actos que guardaren una relación directa, reveladora del plan común previo—. En otras palabras, mientras no se manifiesten esos actos calificados, los actos preparatorios permanecerán impunes conforme la regla general[12].

Así, Falcone, Conti y Simaz explican que la confabulación requiere la existencia de un concierto previo entre dos o más personas; con una finalidad delictiva, es decir, que el concurso de delincuentes acuerda la ejecución de delitos de tráfico o contrabando de estupefacientes, poniéndose de resalto que la resolución debe trascender al exterior mediante la materialización

> [D]e una expresión decidida de llevar a cabo la empresa delictiva [...], porque la conspiración española al igual que la confabulación argentina

---

Pacífico, 2016, p. 154.

11 Wessels, Johannes, *Derecho penal parte general*, Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 172.

12 Cfr. Tribunal Oral Penal Económico N.° 1 de Argentina, caso *Faubel, Matías; Larre, Maximiliano*, ob. cit.

> se castigan con la realización de actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito previamente concertado, no se castigan las meras intenciones o deseos[13].

Laje Anaya explica la confabulación prescrita en la legislación argentina en los siguientes términos:

> La confabulación es un contrato con miras delictivas, porque tiene que ser formado para delinquir. Es por ello, que dos o más personas se han puesto de acuerdo para cometer, dentro del régimen de la participación, alguno, esto es, uno, de los delitos que la ley enumera. Por lo tanto, se caracteriza como un acuerdo de voluntades que representa un peligro abstracto, permanente, y que tiene sus efectos jurídicos desde el mismo instante en que se ha convenido la delincuencia a ocurrir en el futuro. En una palabra, cuando el proyecto delictivo, como plan, y como resultado de ese acuerdo, ha quedado concluido[14].

Con lo cual, el delito de conspiración supone una concertación entre dos o más personas para la promoción, el favorecimiento o la facilitación del tráfico ilícito de drogas, supone un plan delictivo, que refleja una decisión común de ejecutar el delito previamente concertado, no se castigan las meras intenciones o deseos; donde se adelanta la protección penal a fases anteriores a la tentativa, fases del *iter criminis* que usualmente son impunes, que se justifica por la importación de los bienes jurídicos que protege y por razones de orden público, por el tráfico ilícito de drogas y la criminalidad de la que va acompañado no solo vulnera la salud pública sino que lleva aparejada otras actividades antisociales como la delincuencia organizada, asociación para delinquir, sobornos, cohecho e intimidación de funcionarios públicos, evasión fiscal, violaciones de la legislación bancaria, transferencias monetarias ilegales, delitos de violación de normas de importación o de exportación, delitos relacionados con armas de fuego y delitos de violencia. La

13 Falcone, Roberto, Néstor Conti y Alexis Simaz, *Derecho penal y tráfico de drogas*, Buenos Aires: Ad. Hoc, 2011, p.461.

14 Laje Anaya, Justo, *Narcotráfico y derecho penal argentino*, 3.ª ed., Córdoba: Marcos Lerner, 1998, pp. 279 y 280.

represión del delito de conspiración se inscribe además en el marco de la política criminal internacional de represión del tráfico ilícito de drogas que se refleja en la Convención de Viena de 1988 y que el legislador nacional ha recogido.

Ahora bien, como explica Sequeros Sazatornil, la conspiración se sitúa a medio camino entre la fase interna de la gestión intelectiva del delito y los actos preparatorios, ya que más que actos preparatorios de ejecución nos encontramos ante la presencia de verdaderas formas de participación anticipada, este autor español plantea la dificultad en la construcción de esta figura en el caso de los delitos de tráfico ilícito de droga que, en general, se refieren a formas de peligro abstracto y de consumación anticipada:

> Desde su consideración de infracciones de peligro inconcreta y general, así como de consumación anticipada, si resulta difícil la construcción de formas imperfectas de ejecución, más difícil si cabe podrán concebirse aquellas que se encuentran en los umbrales de la ejecución y que ni siquiera pueden ubicarse en la antesala de la misma. En concreto aquellos actos en los que además de no haberse accedido a ninguna forma de disponibilidad sobre la droga, careciéndose de cualquier modalidad de dominio sobre ella, sitúen al infractor en el comportamiento terreno de la expresión resuelta de llevar a cabo la culminación de la fase interna del delito, tras la ideación y la deliberación efectuada sobre el mismo[15].

En el art. 17 CP español, ya citado, se criminalizan tres formas de participación anticipada: la conspiración, la proposición y la provocación. Asimismo, se hace la precisión de que en el caso de la conspiración y la proposición para delinquir solo se castigan en los casos previstos en la ley. En la lógica de la legislación española, habrá conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de uno de los delitos referido al tráfico ilícito de drogas, la proposición se da cuando quien ha resuelto cometer uno de dichos delitos invita a otra persona

15 Sequeros Sazatornil, Fernando, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*, Madrid: La Ley, 2000, p. 318.

a ejecutarlo, y se da la provocación cuando directamente se incite por medio de la prensa, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante que facilite la publicidad a la comisión de aquellos delitos. En la provocación si el delito provocado llega a producirse esta se castigará como inducción. En suma, las figuras jurídicas aludidas se sitúan en un estadio intermedio entre la fase interna y los actos preparatorios propiamente dichos[16].

Comentando el art. 17.1 del CP español, el Tribunal Supremo español en su Sentencia N.° 1994/2002, de 29 de noviembre, ha precisado lo siguiente:

> Nos hallamos ante la denominada coautoría anticipada, en la que se contempla la intervención de todos los conspiradores en la realización material del hecho delictivo, sea cual fuere el cometido o la parte del plan acordado que les haya tocado ejecutar a cada uno de los concertados[17].

Desarrollando más este planteamiento, en la Sentencia del Tribunal Supremo español N.° 321/2007, de 20 de abril, sostiene el alto tribunal que la conspiración se ubica entre la ideación impune y las formas imperfectas de ejecución, y constituye una especie de *"coautoría anticipada"*. En esa línea, la jurisprudencia española exige dos requisitos para que existe la conspiración para delinquir: en primer lugar, debe existir un *pactum scaeleris* o concierto previo; y, por otra parte, debe concurrir la resolución firme de cometer un delito o decisión seria de ejecución[18].

---

16 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 320.

17 *STS español N.° 1994/2002,* f. j. n.° 1, de fecha 29 de noviembre del 2002,

18 *STS español N.° 321/2007,* f. j. n.° 12, de fecha 20 de abril del 2007. Así se expresa el alto tribunal: "La conspiración, recogida en el párrafo primero del art. 17 del CP, pertenece a una fase del *iter criminis* anterior a la ejecución, por lo que tiene —hasta cierto punto— naturaleza de acto preparatorio, y se ubica entre la ideación impune y las formas imperfectas de ejecución, como una especie de coautoría anticipada que determinados autores desplazan hacia el área de la incriminación excepcional de algunas resoluciones manifestadas, pero que, en todo caso, se caracteriza por la conjunción del *pactum scaeleris* o concierto previo,

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo español en su Sentencia N.° 120/2009, de 9 de febrero, precisa que la estructura de la conspiración se expresa en lo siguiente:

> En el plano objetivo, la conspiración supone un concierto de voluntades —no basta con un mero intercambio de pareceres— y la resolución conjunta de cometer un delito concreto, siendo indispensable que no llegue a dar comienzo la ejecución, pues de lo contrario hablaríamos de tentativa. En el plano subjetivo, el dolo conspirador es único y se identifica con la realización de un delito concreto cuyos elementos han de ser captados por aquel[19].

Sobre estas formas de participación anticipada o inacabada, Landecho precisa que estos actos conforman:

> [L]a manifestación externa de un propósito, la decisión conjunta de realizar un hecho o la incitación a realizarlo. Son, en suma, actos, conductas humanas, configurados como un estadio previo a la participación criminal, bien en la forma de coautoría anticipada (conspiración o proposición) bien en la modalidad de inducción frustrada (provocación)[20].

El referido autor sostiene que estas figuras se emparentan más con las modalidades de participación que con los actos de ejecución, en especial en los delitos de tráfico ilícito de drogas por su naturaleza singular. De ahí que, siguiendo a Sequeros Sazatornil, en el orden de la consumación no puede olvidarse que esta modalidad delictiva tiene una naturaleza especial inscribible dentro de los delitos de riesgo, de imprecisión tangible, de peligro generalizado y difuso, en los que basta para aquella la posibilidad de producir el resultado dañoso para la co-

---

y la resolución firme o decisión sería de ejecución".

19 Rodríguez Ramos, *Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias,* ob. cit., p. 112.

20 Landecho, Carlos María, *Derecho penal español. Parte general,* t. II, Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, 1992, p. 611 y ss.

lectividad, aunque esta no se produzca de facto, por lo cual se les viene denominando sin paliativos como delitos de consumación anticipada[21].

En esa medida, Álvarez *et al.* sostienen que la conspiración es una institución perteneciente a la categoría de las resoluciones manifestadas, que ya se trate de fase del *iter criminis* anterior a la ejecución entre la mera ideación impune y las formas de ejecución imperfectas, ya se considere una especie de coautoría anticipada, es incompatible con la iniciación ejecutiva material del delito que supondría ya la presencia de coautores o partícipes de un delito intentado o consumado[22].

II. ANTECEDENTES DEL DELITO DE CONSPIRACIÓN

Cornejo refiere que la confabulación (conspiración) en el derecho comparado se asemeja al *comploter* de los franceses, al *conertarsi* del derecho italiano, o al *ein komplott machen* de los juristas alemanes. Significa, entonces, el acuerdo, "complot" o entendimiento que realizan dos o más personas sobre el desarrollo de una actividad o negocio que tiende al perjuicio de terceros, también interesados, con frustración de la ley o de los derechos que ella tutela. De esta manera, hay confabulación criminal en todos los delitos con sujeto activo múltiple y la colaboración de cada uno de los cuales integra todo el obrar ilícito que conduce al fin delictuoso. Solo es preciso que el acuerdo sea previo a este, pues de lo contrario el ilícito penal caería en el encubrimiento, que es acuerdo posterior al acuerdo[23].

El concepto de *criminal conspiracy* es una figura delictiva propia del derecho del *common law*, que tiene su aparición en el derecho inglés medieval. En los Estados Unidos la *criminal conspiracy* es una forma de

21 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, ob. cit., p. 319.

22 Álvarez García, F. Javier *et al.*, *El delito de tráfico de drogas*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, p. 269.

23 Cornejo, Abel, *Estupefacientes*, 2.ª ed., Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2009, pp. 181 y 182.

delito anticipado, que consiste en una acción o conducta que representa un paso hacia la comisión de otro delito que se tiene en vista, existe el acuerdo de voluntades, que generalmente tendrá lugar en secreto, un acto ulterior de exteriorización (*over act*) del propósito delictivo, el cual, sin embargo, no necesita ser en sí un acto criminal, puede tratarse de una conversación telefónica, la entrega de dinero, el envío de un carta, etc. Asimismo, se ha resuelto en diversos fallos de la justicia de los Estados Unidos, recaídos en procesos sobre drogas, que la conspiración para efectuar el tráfico ilícito y el tráfico mismo constituyen dos delitos. Además, el hecho que se haya llegado un acuerdo sobre venta de estupefacientes con un agente estatal encubierto es penado como conspiración. Finalmente, un rasgo común al sistema anglosajón, a diferencia de los países del sistema europeo continental, es que el desistimiento de los que tomaron parte en la conspiración no exime de responsabilidad penal[24].

Rasgos característicos del *criminal conspiracy* que no se verifican en la figura de conspiración en los países del sistema europeo continental. En principio, en estos sistemas jurídicos la conspiración se ha utilizado básicamente para reprimir adelantadamente delitos graves relacionados a la propia seguridad del Estado, como la conspiración en los delitos de sedición, rebelión y motín[25]; y cuando han adoptado su legislación interna para cumplir con sus obligaciones internacionales a efectos de reprimir la conspiración en los delitos de tráfico ilícito de drogas, o han regulado la conspiración para diversos delitos comunes graves como España, han dejado claro que, como las ideas no delinquen, deben existir manifestaciones inequívocas del acuerdo criminal, además, en estos ordenamientos jurídicos, si el delito principal para el que se conspiró llegó a consumarse, los actos de conspiración son subsumidos al hecho principal.

24 Cfr. Politoff, Sergio, "La conspiración para cometer delitos previstos en la Ley sobre tráfico de estupefacientes", *Revista Chilena de Derecho*, n.° 3, vol. 24, 1997, pp. 449 y 450.

25 Cfr. Politoff, "La conspiración para cometer delitos previstos en la ley sobre tráfico de estupefacientes", art. cit., p. 451 y ss.

Otro debate que se ha suscitado en el sistema europeo continental es la legitimidad de la conspiración, en cuanto criminalización de actos preparatorios, que según esta familia jurídica usualmente son impones; así en Alemania, a propósito del § 30 del CP alemán, que regula una figura amplia de conspiración, la doctrina ha esgrimido lo siguiente:

> Hay en todos los actos preparatorios alguna forma de peligrosidad, por lo que solo se justificaría la incriminación de la conspiración [...] si se añade a tal peligrosidad "inherente" a tales actos, "una situación perfectamente definida y significativa que haga, desde el punto de vista del derecho público, justificada esa anticipación de la incriminación[26].

Politoff plantea que la verdadera razón por la que los países del sistema europeo continental han introducido la conspiración en los delitos de tráfico ilícito de drogas es para cumplir el principio de doble incriminación y facilitar así la extradición de los implicados en conspiración de los países del *common law*, en cumplimiento de los dispuesto en la Convención de Viena de 1988; en esa medida, plantea que en los países de nuestro entorno cuando apliquemos la figura de la conspiración no introduzcamos los desarrollos legislativos y jurisprudenciales de la experiencia de los países del *common law*, sino que sigamos los criterios desarrollados por los países del sistema europeo continental. Así, por ejemplo, se expresa el referido autor chileno, en una importante reflexión:

> [A] diferencia de lo que acontece con la figura de *conspiracy* en el derecho anglosajón, en el que —como antes se observó— su incriminación como tal subsiste, aunque se ejecute y sancione penalmente el hecho consumado, en nuestro sistema la pena de la conspiración es subsidiaria de la que corresponde al hecho principal desde que haya principio de ejecución. Ello es consecuencia de que la conspiración pertenece a los actos preparatorios que, en cuanto etapas menos avanzadas del *iter criminis*, quedan consumidos por los actos de ejecución[27].

26 *Ibid.*, p. 453.

27 *Ibid.*, p. 454.

En nuestra legislación, PRADO SALDARRIAGA[28] anota como antecedentes de este delito, que el CP de 1991 solo consideró la conspiración para los casos de delitos políticos objetivos como la rebelión, sedición y motín; así el art. 349 del CP prescribe lo siguiente:

> El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mista del máximo de la señalada para el delito que se trataba de perpetrar.

Con lo cual se prescribe un delito de conspiración, bajo el esquema clásico de represión adelantada de delitos graves contra la seguridad del Estado, en atención a la importancia del bien jurídico colectivo protegido, que, en este caso, son los poderes del Estado y el orden Constitucional. En esa medida, REÁTEGUI plantea lo siguiente:

> El derecho peruano a través del CP sanciona los actos en contra del Estado constitucional de derecho. Lo que hace el derecho penal es proteger lo que en el derecho constitucional y en la teoría del Estado se venía gestando como un apotegma universal en cuanto a la forma de gobierno: "Estado constitucional de derecho" a través de los delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional se busca en definitiva tutelar el interés del Estado con el fin de preservar la defensa de su personalidad interna contra los actos que tiendan a subvertir el orden jurídico e institucional vigente[29].

Es de tal importancia el bien jurídico tutelado en estos tipos penales que el legislador, por ejemplo, en el delito de rebelión[30] ha construido un tipo penal de resultado cortado:

---

28 PRADO SALDARRIAGA, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 154.

29 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, "Los límites de la conducta típica en la rebelión ¿Es un delito de los 'derrotados' o de los 'triunfadores'?", en *Revista de Estudiantes Ita Ius Esto,* n.° 1, 2008, p. 78.

30 El artículo 346 del CP prescribe: "El que se alza en armas para variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor

> Es decir, la consumación de la rebelión se anticipa en un momento anterior al logro de la finalidad de la rebelión, pues esta se consuma con el solo alzamiento en armas. "El delito de rebelión se consuma por medio del alzamiento, siendo indiferente el logro de sus objetivos"[31].

Y en el caso del *delito de conspiración para la rebelión, sedición o motín,* basta que el sujeto se ponga de acuerdo con otros para cometer uno de estos delitos, sin que sea necesario que los conspiradores tomen parte en la ejecución del hecho principal. Así lo ha precisado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en su sentencia en el Recurso de Nulidad N.° 1600-2007 Lima:

> [S]e advierte que el delito de conspiración es de mera actividad que se configura con la sola puesta en peligro del bien jurídico tutelado, dado que solamente bastará que se produzca el acuerdo ilícito para se consume y perfeccione instantáneamente el hecho punible (conspirar), sin que se requiera necesariamente, que los conspiradores tomen parte en la ejecución material del hecho principal —para el presente caso, la rebelión—, pues como se trata de un delito de peligro abstracto, su consumación se produce cuando dos o más personas conciertan voluntades para la ejecución de un delito, siendo irrelevante la no consumación del delito que motiva la conspiración[32].

De otro lado, el art. 1 del D. Leg. N.° 1181, publicado el 27 de julio del 2015, introduce a nuestra legislación otra figura de delito de conspiración, *la conspiración para el delito de sicariato,* es el art. 108.D, inc. 1 del CP señala lo siguiente: "Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho [...] quien participa en una conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de sicariato".

---

de diez ni mayor de veinte años".

31 Reátegui, "Los límites de la conducta típica en la rebelión", art. cit., p. 79.

32 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 1600-2007- Lima,* f. j. n.° 5.

El sicariato es una figura nueva que se deriva del homicidio calificado por lucro[33], que aparece según los proyectos de ley en que se sustentó su incorporación al CP, en el incremento de asesinatos por encargo en diversas ciudades del país, en especial en Trujillo. En ese contexto, los jóvenes sicarios utilizan las redes sociales para ofrecer sus servicios, los sicarios y sus mandantes actúan impunemente por la escasa pena, y los asesinatos no son esclarecidos; sin embargo, autores como Salinas Siccha han criticado la incorporación de esta figura penal por considerarla innecesaria, en principio porque el fenómeno de sicariato ya está considerado en la hipótesis del homicidio por lucro, y porque la impunidad con que actúan los sicarios y sus mandates no se debe a una deficiencia de la ley, sino del sistema de persecución del delito,

> [E]s la ineficacia del sistema policial de ubicar a los sicarios y a los que contrataron o encargaron cometer el homicidio, una vez que han cometido su grave delito. Existen muchos homicidios cometidos mediante sicarios, hasta la fecha no esclarecidos y, por tanto, no han sido plenamente identificados los sicarios o sus contratantes, y otros casos, estando identificados los sicarios no son ubicados y puestos a disposición de la justicia para someterlos al debido proceso. [...] El potencial sicario evalúa las consecuencias de su conducta y como concluye que es difícil que las agencias policiales lo descubran, ofrece sus servicios haciendo uso, incluso, del sistema informático.

En suma, explica el profesor sanmarquino, "El problema no es de leyes ni de penas altas, eso ya lo tenemos, el problema es el sistema

33 El homicidio por lucro, regulado en el art. 108.1 del CP, se configura cuando el agente produce la muerte de su víctima con el firme propósito y objetivo de obtener un provecho o ganancia patrimonial. Esto es, el sujeto activo actúa porque recibió o recibirá en un futuro dinero de un tercero para poner fin a la vida de su víctima, o porque espera obtener una ganancia o provecho económico con su actuar ilícito al heredar los bienes del sujeto pasivo o cobrar un seguro de vida, por ejemplo. Cfr. Salinas Siccha, Ramiro, *Derecho penal. Parte especial*, 5.ª ed., Lima: Grijley, 2013, pp. 59-61.

policial que a la fecha es ineficaz en cuanto al esclarecimiento de los hechos de homicidios cometidos por sicarios"[34].

En suma, el sicariato puede conceptualizarse como todo delito de homicidio cometido por una persona en contra de otra por orden, disposición o acuerdo de un tercero, todo a cambio de un dinero o bienes de carácter patrimonial[35]. En el sicariato aparecen cuatro sujetos, el sicario, que es el ejecutor directo del homicidio por encargo a cambio de un pago o beneficio económico; el mandante, quien encarga el homicidio de la víctima, por un pago o beneficio económico a favor del sicario; el intermediario, un tercero que aparece intermediando entre el mandante y el sicario; y, la víctima, persona sobre la que recae la acción delictiva. Por cuestionables consideraciones político-criminales, el delito de sicariato se escinde del homicidio por lucro y adquiere autonomía. Así, Rodríguez Hurtado explica lo siguiente:

> El D. Leg. 1181, según se ve, desconoce la ubicación del homicidio inter sicarios dentro del asesinato y autonomiza el "sicariato" como si se tratase de una figura distinta o independiente, pese a que este hecho punible reprime la conducta tanto del ejecutor, aquel que mata por móvil patrimonial o semejante, como de su instigador, del que paga o promete pago u otra ventaja y así determina a otro a cometer el crimen[36].

Más allá de los cuestionamientos de la doctrina, el legislador ha incorporado el art. 108.D a efectos de sancionar hechos previos al homicidio por lucro o sueldo. Para Salinas Siccha:

> [E] el sicariato es un delito que se realiza como consecuencia de un hecho anterior, esto es, el acuerdo entre sicario y contratante para dar

34 Salinas Siccha, Ramiro, "El innecesario delito de asesinato por sueldo: sicariato", en *Actualidad Penal*, vol. 15, Lima: septiembre del 2015, pp. 47 y 48.

35 Salinas Siccha, "El innecesario delito de asesinato por sueldo: sicariato", art. cit., p. 51.

36 Rodríguez Hurtado, Mario, "El incipiente crimen organizado nacional y sus verdugos, los improvisados sicarios", en *Themis*, n.° 68, 2016, p. 105.

> muerte a determinadas personas, o también el ofrecimiento privado o público que se realiza para cometer homicidio a cambio de dinero u otra ventaja indebida. [...] Estos actos siguiendo el *iter criminis* de los supuestos delictivos de sicariato son conocidos por la doctrina, como actos preparatorios del delito y, por tanto, no serían objeto de sanción penal[37].

El autor considera que si bien en la doctrina no hubo cuestionamiento respecto a que el acuerdo mediante precio para dar muerte a una persona sea considerado impune, lo cierto es que estas conductas no pueden ser toleradas; pues el mero acuerdo para matar por encargo ya supone una puesta en peligro del derecho a la vida individual, de esta manera se justifica la incorporación de esta figura delictiva, pues, si bien en la doctrina se parte de la impunidad de los actos preparatorios, esta regla cede cuando tales actos revisten una peligrosidad objetiva, ya que son actos dirigidos a consumar un delito grave posterior, como sucede con los actos de conspiración para el sicariato[38]. Peña Cabrera nos recuerda que, si los conspiradores logran su cometido y el sicario mata a la víctima o inicia los actos ejecutivos, ya no se penaliza la conspiración que queda absorbida por el delito principal:

> La conspiración se consuma cuando quien o quienes proponen la comisión del delito logran la aceptación de aquel o aquellos quienes se dirigen acordando todos ejecutarlo; por lo que, si ya de la idea convergente se pasa a la ejecución de actos, ya no estamos ante un acto de conspiración de sicariato, sea que el agente logra matar a su víctima (consumación) o desfunda el arma de fuego, pero no logra dar en el blanco (tentativa). Esto conforme el principio de consumación[39].

---

37 Salinas Siccha, "El innecesario delito de asesinato por sueldo: sicariato", art. cit., p. 57.

38 Sobre la punición de los actos preparatorios ante la constatación de peligrosidad objetiva, Cfr. hurtado pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte general I*, 3.ª ed., Lima: Grijley, 2005, p. 799; Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2006, p. 418.

39 Peña-Cabrera Freyre, Alonso, "Conspiración y ofrecimiento al delito de sicariato", *Actualidad Penal*, vol. 15, Lima setiembre del 2015, p. 82.

La conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de terrorismo, regulado en el art. 6.B de la Ley N.° 25475, introducido por D. Leg. N.° 1233, de fecha 26 de setiembre del 2015, es otra de las figuras de conspiración reguladas en el derecho penal peruano. Norma que precisa: "Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de 15 años ni mayor de 20 años, quien participa en una conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de terrorismo, en cualquiera de sus modalidades". En la doctrina penal se ha suscitado un amplio debate sobre una adecuada definición de terrorismo. Para Barbero Santos, los delitos de terrorismo se caracterizan "por la utilización de medios que pueden causar estragos con el propósito de aterrorizar a un sector de la población con la finalidad de cambiar el sistema socioeconómico imperante"[40], mientras que Rodríguez-Villasante y Prieto lo entiende de la siguiente manera:

> [Es] un fenómeno de desviación social violento, que altera la paz pública de un sistema institucionalizado, utilizando medios comisivos capaces de infundir terror y causar un riesgo injusto a la comunidad social [...] una forma de cometer delitos cualificados por el empleo de la violencia grave, sistemática y organizada, que busca —a través del temor y la alarma en la sociedad— un fin político fuera de los cauces institucionales[41].

Así también, en una definición que resalta el carácter permanente o aislado del terrorismo, para García-Calvo y Montiel supone:

> [U]na actividad planificada que, individualmente o con la cobertura de una organización, con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una

40 Barbero Santos, Marino, "Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo regulados por el Decreto de 21 de septiembre de 1960", en *Estudios de criminología y derecho penal*, Valladolid: 1972, p. 277.

41 Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis, "Colaboración con banda armada, terroristas o rebeldes, en La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión, Comentarios a la legislación penal", en *Revista de Derecho Público*, t. xi, Madrid: 1990, pp. 138 y 156.

> situación de grave inseguridad, temor social o de alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido[42].

Sobre el delito de conspiración para el terrorismo, CAPITA REMEZAL parte de que la conspiración es un supuesto en que dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo, por lo que estamos ante una preparación del delito o una coautoría anticipada; en los tipos de terrorismo que exigen una determinada cualidad o característica en el autor, como es la pertenencia, actuación al servicio o colaboración, se deba dar también en los conspiradores, no bastando un simple cambio de impresiones o comentarios intranscendentes, sino una pluralidad de manifestaciones de voluntad coordinadas y orientadas en una misma dirección delictiva, siendo preciso un acuerdo serio de los sujetos que realizan la conspiración terrorista para ejecutar un delito determinado y concreto. El referido autor español precisa además que la conspiración se diferencia de la asociación ilícita terrorista en que esta precisa de un carácter estable o permanente, además de una estructura jerarquizada, elementos que no son necesarios en la conspiración; y con la premeditación, en que esta tiene carácter interno y

42 GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, Roberto, "Terrorismo y tipificación penal", en *Actualidad Penal* N.°. 48, La Ley, 2000, p. 1021. En sentido similar, el Tribunal Supremo español en la Sentencia N.° 2/1997, de 29 de noviembre, contra los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, por los delitos de colaboración con banda armada, pertenencia a banda armada y apología del terrorismo, define al terrorismo en los siguientes términos: "La fórmula definidora del mismo es la de ser una actividad planificada que individualmente o con la cobertura de una organización, con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o de alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido". Citado por CAPITA REMEZAL, Mario, *El concepto jurídico de terrorismo. Los delitos de terrorismo en el Cógido Penal de 1995. Un análisis doctrinal y jurisprudencial. Especial referencia al terrorismo individual*, tesis para optar el grado académico de doctor, Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2007, p. 29.

afecta a un solo sujeto individualmente considerado, lo que no sucede en la conspiración[43].

En suma, la figura de la conspiración es propia del *common law*, con características peculiares como considerar dos delitos independientes, el hecho de conspirar y el hecho de perpetrar el delito para el que se conspiró; mientras que en los países del sistema europeo continental que han recepcionado esta figura delictiva, una vez que el delito principal se consumó, los actos de conspiración están subsumidos en el delito principal. Además, en los países de nuestro entorno la conspiración, en cuanto coautoría anticipada, solo se justifica por razones de derecho público en delitos graves. En nuestra legislación, además de la conspiración para promover, favorecer y facilitar el tráfico ilícito de drogas, se ha incorporado la conspiración para los delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional, y en el caso de la conspiración del sicariato; en ambos supuestos, la peligrosidad concreta que amenaza al bien jurídico justifica su represión.

III. CARACTERÍSTICAS DEL DELITO DE CONSPIRACIÓN

Una vez examinados los criterios político criminales y legitimidad de la conspiración en la promoción, favorecimiento y facilitación del tráfico ilícito de drogas, así como los antecedentes y desarrollos de la figura en el derecho comparado y en nuestra legislación, resulta necesario precisar las características de la figura; ya que, en cuanto excepción a la impunidad de los actos preparatorios y afirmación del principio de que las ideas no delinquen, para criminalizar la conspiración se hace necesario que el acuerdo o pacto entre dos o más personas para la comisión de un delito se exteriorice en manifestaciones concretas de esa voluntad.

Al respecto, para Sequeros Sazatornil[44], la conspiración tiene como características generales las siguientes: 1) la existencia de un con-

43 Capita, *El concepto jurídico de terrorismo*, ob. cit., p. 202.

44 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, ob. cit., pp. 322 y 323.

cierto previo entre dos o más personas, lo que excluye la participación singular y se conecta con el concurso de delincuentes; 2) su finalidad esencialmente delictiva en la medida en que la constitución del colectivo se concierta para la ejecución de un delito determinado; y 3) su carácter decisivo y resolutorio que trasciende al exterior materializándose con la expresión decidida de llevar a cabo la empresa delictiva. Y en dicha medida mientras no se adopta la decisión de cometer el delito no puede existir conspiración y a lo sumo habrá un acto preparatorio impune.

Bajo esa perspectiva, Falcone y Capparelli explican que para la confabulación se requiere: 1) la existencia de un concierto previo entre dos o más personas, lo que excluye la participación singular y se conecta con el concurso de delincuentes. 2) Su finalidad es esencialmente delictiva en la medida en que la constitución del colectivo se concierta para la ejecución de delitos de tráfico de estupefacientes o contrabando de estupefacientes. 3) Su carácter decisivo y resolutorio que trasciende al exterior materializándose en la expresión decidida de llevar a cabo la empresa delictiva. Y en dicha medida mientras no se adopta la decisión de cometer el delito —mediante actos manifiestamente reveladores— no puede existir conspiración y nos encontramos frente a un acto preparatorio impune[45].

Joshi Jubert, teniendo en cuenta la jurisprudencia española, considera que la conspiración ha sido configurada como una forma de coautoría anticipada exigiendo la concurrencia de los siguientes requisitos: a) acuerdo de voluntades o *pactum scaeleris* entre dos o más personas, b) junto con la firme resolución de llevar a cabo la decisión adoptada, c) sin que sea preciso que se llegue a la ejecución material (aunque mínima), d) ha de venir unida necesariamente a alguna de las infracciones penales referidas al tráfico ilícito de drogas, a pesar de tener sustantivamente una evidente autonomía penal (si bien, ciertamente relativa); e) no se ha de haber dado inicio al delito de tráfico de drogas, pues en este caso lo más probable es que estemos ya frente a un delito consumado y ex-

45 Falcone, Conti y Simaz, *Derecho penal y tráfico de drogas,* ob. cit., pp. 346 y 347.

cepcionalmente frente a alguna forma de imperfecta ejecución; f) no poder imputar en forma alguna la posesión o tenencia de droga, pues en este caso el delito estaría ya consumado (según la jurisprudencia, consumación anticipada)[46].

El Tribunal Supremo español, en la Sentencia N.° 1129/2002, de 18 de junio, ha caracterizado el delito de conspiración para comisión de delito de tráfico ilícito de drogas en los siguientes términos: 1) se trata de un delito de características híbridas, pues si bien se le ha considerado en muchas ocasiones como un delito de *dinámica propia*, no es fácil olvidar que al mismo tiempo y de una forma indefectible es subsidiario o *dependiente* de otro que podemos llamar *principal*, o, lo que es lo mismo, podríamos decir que se trata de un delito simplemente *mediato* y no *inmediato*, de características parecidas, según una parte de la doctrina, a lo que se ha dado en llamar una tentativa de peligro. 2) Por tanto, la independencia tipológica de estos delitos es más aparente que real porque, de un lado, el art. 17.1 nos indica que la conspiración siempre habrá de ir dirigida a la *ejecución del delito* y, de otro, porque el módulo cuantitativo de la pena que puede corresponder se hace depender de la que haya de aplicarse al delito pretendido (delito *matriz*), en este caso concreto, al tratarse de tráfico de drogas, con la pena inferior en uno o dos grados a los previstos para aquel (art. 373). 3) Es necesario que este delito de pura intención no se haya iniciado en su ejecución, pues (obvio es decirlo) de así ocurrir entraríamos en el campo de la tentativa, figura jurídica distinta a la conspiración, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de ejecución. 4) Se requiere el concierto de dos o más personas para la ejecución delictiva de que se trate y que todas ellas tengan el ánimo de llevar a cabo esta coautoría anticipada que ha de inferirse de *condicionamientos eminentemente psicológicos para su vivencia*, los cuales son no solo

46 Joshi Jubert, Ujala, *Los delitos de tráfico de drogas. Un estudio analítico del artículo 368 del Código Penal (grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales)*, t. I, Barcelona: Bosch, 1999, p. 230.

el carácter previo o *pactum scaeleris* entre esas formas, sino también la decisión de su efectividad o *resolutio finis*[47].

Con lo cual, como anotan Alvarez *et al.*, la conspiración supone un concierto entre dos o más sujetos para ejecutar un delito, así como la resolución de ejecutarlo. Requiere, por tanto, el concurso de dos o más personas que reúnan las condiciones necesarias para poder ser autor del delito proyectado; concierto de voluntades entre ellas o *pactum scaleris*; la resolución ejecutiva de todas y cada una de ellas, o decisión sobre la efectividad de lo proyectado (*resolutio finis*); que dicha resolución tenga por objeto la ejecución de un concreto delito, siempre que sea de aquellos que el legislador ha considerado especialmente merecedores del adelantamiento de las barreras de protección penal, sancionando expresamente estos actos de conspiración; que exista un lapso de tiempo relevante entre el proyecto y la acción directa que permita apreciar una mínima firmeza de la resolución, ya que no puede calificarse de conspiración el mutuo acuerdo surgido espontáneamente y de repente, cuando se aprecia la posibilidad inmediata de realización de un hecho sin reflexión alguna; y que no se haya dado comienzo a la ejecución delictiva, pero sí que los conspiradores decidan el desarrollo de una actividad precisa y concreta que ponga de relieve su voluntad de delinquir no soportada por meras conjeturas o suposiciones[48].

IV. SU RELACIÓN CON LA ANTIGUA ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR

De manera paralela a la conspiración y con una estructura similar en su esencia surge la figura delictiva de la asociación ilícita, hoy regulada en nuestra legislación como "banda criminal" y "delito de pertenencia a una organización criminal". Sin embargo, la conspiración se diferencia de estas figuras en que en ella no aparece las características de relativa

47 Citado por Rodríguez Ramos, Luis (dir.) *et al., Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias,* t. II, 4.ª ed., Madrid: La Ley, 2009, p. 1165.

48 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas,* ob. cit., pp. 269 y 270.

organización y permanencia. La conspiración se estructura como una coautoría anticipada, donde dos o más sujetos acuerdan cometer un delito determinado, en el caso de la legislación peruana para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas; mientras que la asociación ilícita para delinquir, como ha sido regulada en el derecho comparado, también supone un acuerdo entre dos o más personas, pero destina a la comisión de una serie indeterminada de delitos y como tal adquiere como rasgo característico la permanencia.

En su regulación primigenia, la asociación ilícita para delinquir se encontraba regulada en el art. 317 del CP, que prescribía:

> El que forma parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido, por el solo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años [...].

Analizando este tipo penal los jueces supremos de las Sala Penales establecieron las notas esenciales del mismo, destacando el carácter de relativa organización y permanencia de la concurrencia de personas para la comisión de delitos indeterminados; así, en el Acuerdo Plenario N.º 4-2006/CJ-116 se precisa lo siguiente:

> Así queda claro que el indicado tipo legal sanciona el solo hecho de formar parte de la agrupación —a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de (a) relativa organización, (b) permanencia o estabilidad y (c) número mínimo de personas— sin que se materialice sus planes delictivos. En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo[49].

En ese marco, se concluyó lo siguiente: "[N]o se está ante un supuesto de codelincuencia en la comisión de los delitos posteriores, sino de

49 *Acuerdo Plenario N.º 4-2006/CJ-116*, f. j. n.° 12.

una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar[50]".

Al respecto, Sequeros Sazatornil, analizando la legislación española, plantea lo siguiente:

> [L]a diferencia entre la conspiración del art. 373 y la asociación para delinquir del art. 515 ha de resolverse sobre la base de la mayor estabilidad de esta última y en la existencia de un cometido concreto y específico en la primera que puede resultar indeterminado en cuanto al número de infracciones a cometer en el delito de asociación. Por lo que conformando la asociación un delito con sustantividad propia nada impide que a través de la misma pueda conspirarse para la ejecución de un delito contra la salud pública, que en el supuesto de verificarse la conspiración quedará absorbida por este delito, agravándose la figura delictiva con la concurrencia del subtipo del art. 369.6 CP relativo a la pertenencia a una organización o asociación, para los fines especificados en el mismo[51].

Por su parte, Cornejo explica lo siguiente:

> Caracteriza a la asociación ilícita la permanencia de sus miembros para cometer uno o varios delitos, determinados o indeterminados; lo que se castiga es la reunión de tres o más personas con fines ilícitos, cuya prolongación en el tiempo haga presumir futuras acciones concertadas y coordinadas entre sí, con una estructuración que demuestre tal circunstancia, como también la organización con la que pueden actuar sus integrantes. Quien se asocia ilícitamente ofende el orden o la tranquilidad pública, que es el bien jurídico que protege la norma. La asociación ilícita —que por lo demás es una excepción al principio del *cogitationis poenam nemo patitur*— es un acto preparatorio punible[52].

50 *Acuerdo Plenario N.º 4-2006/CJ-116*, f. j. n.° 13.

51 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, ob. cit., p. 324.

52 Cornejo, *Estupefacientes*, ob. cit., p. 187.

En el mismo sentido, Álvarez *et al.* precisan que, si bien entre la conspiración y la asociación ilícita existe un elemento común, esto es, el acuerdo previo para delinquir; la diferencia está en el carácter de inestabilidad de su existencia y en la concreción del delito a realizar que la conspiración presenta, frente a la asociación ilícita para delinquir en la que existe cierta estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa, y una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar[53]. Falcone y Capparelli sostienen que, a diferencia de la conspiración:

> [L]a asociación ilícita presenta mayor estabilidad y organización; se constituye para cometer delitos indeterminados [...]. La confabulación tiene un objeto criminal más concreto, y en general la reunión de personas suele ser transitoria. [...] La conspiración tiene en común con la asociación ilícita [...] que en ambos casos se trata de actos preparatorios punibles; se castiga a sus miembros por pertenecer a la confabulación, a la par que es un delito autónomo, de naturaleza plural en lo que respecta a los sujetos activos [...][54].

Así también, el Tribunal Supremo español en su Sentencia N.° 421/2003, de 10 de abril, planteó lo siguiente:

> [L]a diferencia entre la conspiración y la asociación ilícita radica en la transitoriedad de aquella respecto de esta, que es permanente y no vinculada exclusivamente a un futura y concreta acción delictiva; el delito de asociación ilícita concurre con los que protagonicen sus socios, y en cambio la conspiración queda absorbida en el delito o falta que se cometa, pues la "asociación" es meramente transitoria o finalista[55].

Bajo esa lógica, tampoco cabe una imputación por conspiración agravada, por la circunstancia agravante de la comisión del delito como

53 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 270.

54 Falcone, Roberto A. y Capparelli, Facundo L., *Tráfico de estupefacientes y derecho penal,* Buenos Aires: Villela, 2002, p. 347.

55 Rodríguez Ramos, *Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias,* ob. cit., p. 112.

integrante de una organización criminal, ya que la conspiración supone el acuerdo entre dos o más personas para comerte un delito en concreto, mientras que la organización criminal implica una concurrencia permanente de personas. En un caso resuelto por la Sala Penal Nacional, la fiscalía imputó la comisión de conspiración para favorecer el tráfico ilícito de drogas con la circunstancia agravante de comisión del delito como integrante de una organización criminal, del art. 297.6 del CP. No obstante, el órgano jurisdiccional rechazó esta imputación atendiendo a que el delito de conspiración del cuarto párrafo del art. 296 del CP no admite ninguna circunstancia agravante[56].

Ahora bien, como se ha precisado precedentemente, el delito de asociación ilícita para delinquir fue reemplazado normativamente por el delito de organización criminal, que se encuentra regulado en el actual art. 317 del CP, por efecto de la modificación operada por el art. 2 del D. Leg. N.° 1244; así, la citada norma pena quedó redactada en los siguientes términos:

> El que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que, de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos [...].

En este nuevo tipo penal se advierte la concurrencia de tres o más personas que de manera permanente y organizada se concertan o coordinan para cometer delitos indeterminados, precisando los elementos configurativos de la organización criminal.

La Sala Penal Nacional en el caso *Caracol* ha definido los elementos constitutivos de la organización criminal en los siguientes términos:

56 Cfr. Sala Penal Nacional, *Exp. N.° 156-2014-0-5001-JR-PE-01*, 16 de agosto del 2016.

> [L]os criterios para determinar la existencia de una organización criminal, con la concurrencia de los siguientes componentes: i) personal: una agrupación de tres o más personas; ii) de gestión: que se reparten diversas tareas o funciones; iii) estructural: cualquiera sea su estructura; iv) espacial: cualquier ámbito de acción; v) temporal: con carácter estable o por tiempo indefinido; vi) modal: de manera concertada y coordinada; vii) teleológica: con la finalidad de cometer uno o más delitos graves[57].

De manera subsidiaria, ante la falta de concurrencia de alguno de los elementos constitutivos de la organización criminal, el legislador nacional ha tipificado el delito de "banda criminal", regulado en el art. 317.B del CP de la siguiente manera:

> El que constituya o integre una unión de dos a más personas; que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el art. 317, tenga por finalidad o por objeto la comisión de delitos concertadamente [...].

Tipo penal que también implica la concurrencia de personas (dos o más) para cometer delitos de manera concertada, pero que no llega a constituir una organización criminal.

Sin embargo, ¿qué elementos constitutivos siempre deben estar presentes para afirmar la existencia de una organización criminal y, subsidiariamente, calificar la concertación como "banda criminal"? En el caso caracol la Sala Penal Nacional ha establecido que los elementos "estructural" y "modal" son determinantes para la existencia de una organización criminal, de esta manera cuando la entidad no presenta estos elementos debemos calificar la concertación de personas como "banda criminal". Así se precisa en la referida sentencia:

> [R]especto al elemento estructural que: "La organización necesita para su configuración de una estructura, esto es, unos medios técnicos

57 Sala Penal Nacional, *Sentencia de Vista N.° 03-2017-2SPAN-SPN*, 19 de julio del 2017; *Exp. N.° 00260-2014-15-5001-JR-PE-01*, 19 de julio del 2017.

> materiales y personales, destinados al fin general de la organización, [...] pues no es una unión ocasional de personas, sino una agrupación que une sus esfuerzos para lograr un fin programático común [...]", es decir, inexorablemente debe apreciarse armonía entre las actuaciones de cada uno de ellos, [...]. Respecto al elemento modal, tenemos que consiste en el conjunto de procedimientos estratégicos practicados de manera concertada y coordinada por los integrantes de la organización criminal, con la finalidad de facilitar la consumación delictiva. Ambos elementos —estructural y modal— confluyen principalmente para caracterizar a una organización criminal, distinguiéndola de los actos comunes de codelincuencia[58].

En suma, la asociación ilícita y otras formas de delitos asociativos como la organización criminal y la banda criminal, que han reemplazado en nuestra legislación a la primera, presentan mayor estabilidad y organización; se constituyen para cometer delitos indeterminados. La conspiración tiene un objeto criminal más concreto, donde la reunión de personas es transitoria. La conspiración tiene en común con la asociación ilícita que en ambos casos se trata de actos preparatorios punibles; se castiga a sus miembros por pertenecer a la conspiración, a la par que es un delito autónomo, de naturaleza plural en lo que respecta a los sujetos activos.

V. MOMENTO CONSUMATIVO Y ACREDITACIÓN

1. Momento consumativo: la conspiración abarca desde el acuerdo criminal exteriorizado hasta antes del inicio de la tentativa del delito principal

En la jurisprudencia española se ha dicho que no cabe la conspiración, si el delito para el que se conspiró llegó a consumarse. Así, en la sentencia de 21 de febrero de 1994 se explicó:

58 Sala Penal Nacional, *Sentencia de Vista N.° 03-2017-2SPAN-SPN*, 19 de julio del 2017, *Exp. N.° 00260-2014-15-5001-JR-PE-01.*

> 1) El art. 4 (CPA) en cuanto define el delito de conspiración (también de proposición y de provocación) establece la existencia de un delito independiente que se consume, con el simple acuerdo para delinquir, aunque tenga relación directa y su cordón umbilical con el delito, que a través de esa conspiración se trata de realizar; 2) Por ello mismo, ese delito (o esos delitos) no es posible entenderse cometido, cuando la finalidad de la conspiración ya ha empezado a realizarse, es decir, cuando exista, aunque sea en su inicio, el delito matriz, pues entonces solo cabe hablar de esta última en grado de tentativa; 3) Mucho más cabe decir en los supuestos, como el del caso que nos ocupa, en que el delito que podríamos llamar principal, ya ha sido totalmente consumado. La incompatibilidad entre ambas situaciones y su tipificación independiente, deviene imposible, en cuanto termina definitivamente la primitiva acción posible al iniciarse la que de ella trae causa[59].

En la Sentencia N.° 543/2003, de 20 de mayo, el Tribunal Supremo español explicó que, según la doctrina, la jurisprudencia y la propia definición legal, existe conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y deciden ejecutarlo, pero tal infracción desaparece y se disipa como forma punible sancionable cuando el hecho concertado "pasa a vías ulteriores de realización cualesquiera que estas sean", ya que entonces esas ejecuciones absorben por completo los conciertos e ideaciones anteriores al ser estos puestos en marcha. Y esto es lo que sucedió en el caso que nos ocupa en el que, si bien es cierto (amén de lógico) que existió un concierto previo entre el recurrente y alguno de los otros inculpados, no es menos cierto que tal concierto se llevó adelante hasta el extremo de que tal conspiración (o proposición) se convirtió en un delito consumado de tráfico de drogas desde el momento en que llegó al aeropuerto la maleta conteniendo el producto que él mismo había de transportar, según el acusado, de un lugar a otro, convirtiéndose así en poseedor mediato de la droga que aquella contenía[60].

---

59 Citado por Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 328.

60 Rodríguez Ramos, *Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias,* ob. cit., p. 1165.

De otro lado, cabe advertir que la conspiración siempre será diferente y autónoma del delito que se acuerda perpetrar, así quedó sentado en otro caso de la jurisprudencia argentina:

> Es posible sostener que se trata de actos preparatorios punibles, constitutivos del entendimiento común entre los confabuladores, para cometer determinados y precisos delitos (los arts. 5., 6, 7, 8, 9 y 10 de la Ley de estupefacientes) entendimiento que debe aparecer como concreto, manifiesto e inequívoco, es lo que la doctrina española ha denominado concierto para la comisión del delito o *pactum sceleris*, sancionado por la ley penal. Además, esa decisión común debe ser exteriorizada por actos manifiestamente reveladores, tal como reza el art. 29 de la ley 23.737 [...] La acción de confabular será siempre distinta e independiente de la acción u omisión para cometer delito relacionado con la sustancia estupefaciente [...] la diferencia de acciones es entre un acto de ejecución en sentido propio y un simple acto preparatorio específico: el ponerse de acuerdo, concertar o confabular[61].

En la Sentencia del Tribunal Supremo español N.° 77/2007, de 7 de febrero del 2007, se plantea que, si se inicia la ejecución del delito, los hechos se castigarán como tentativa (forma imperfecta de ejecución)[62] o como delito consumado, y no por conspiración, porque el desvalor de esta se ve consumido por el de aquella (principio de consunción). De esta manera, la jurisprudencia viene entendiendo que la conspiración,

61 C. F. A. De la Plata, *Exp. N.° 2399*, 4 de noviembre del 2003; citado por J. M. Aramburú, Isidoro, "Confabulación: ¡Barbaros! Las ideas no se punen", p. 20. Recuperado de <https://bit.ly/2s0XGNQ>.

62 En la *STS español N.° 9.3.98*, este alto tribunal expresó que en los delitos de tendencia y tacto sucesivo —como es el tráfico de drogas— está asumida, doctrinal y jurisprudencialmente, la dificultad de estimación de formas imperfectas de ejecución, pero no existen obstáculos para apreciar la conspiración: Han de concurrir una serie de circunstancias para su apreciación, la de estar relacionada necesariamente con alguna de las infracciones definidas como delito en el texto legal y, subjetivamente, requiere la concurrencia de una pluralidad de personas, dos al menos, que pueda cada una de ellas ser sujeto activo del delito que proyectan, que acuerdan sus voluntades mediante un *pactum scaeleris* y aparezcan animados de una resolución firme de ser coautores de un concreto delito. Cfr. *STS español N.° 77/2007*, f. j. n.° 30, de fecha 7 de febrero del 2007.

caracterizada por la conjunción del concierto previo y la firme resolución, es incompatible con la iniciación ejecutiva material del delito, que supondría ya la presencia de coautores o partícipes de un delito intentado o consumado. Así se expresó el Tribunal español:

> La STS N.° 10.3.2000, entre otras muchas, no dice: "La conspiración para delinquir existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo (art. 17 CP). Pertenece a la categoría de las resoluciones manifestadas; y ya se trate de fase del *iter criminis* anterior a la ejecución, entre la mera ideación impune y las formas ejecutivas imperfectas, o se considere una especie de coautoría anticipada, la conspiración, caracterizada por la conjunción del concierto previo y la firme resolución, es incompatible con la iniciación ejecutiva material del delito, que supondría ya la presencia de coautores o partícipes de un delito intentado o consumado". En similar sentido STS N.° 20.5.2003[63].

En la jurisprudencia nacional se ha seguido este principio. Así, en la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.° 2350-2009 (considerando cuarto), la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema precisa lo siguiente:

> [A]hora bien, los actos de conspiración importan una forma de coautoría anticipada, en cuya virtud dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven realizarlos —en este caso para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas—, por lo que solo tendrán esa condición los que piensan intervenir como autores en fase ejecutiva del referido delito y reúnen las condiciones requeridas para ello; que, por consiguiente, como son formas de participación intentada en el delito o formas preparatorias punibles de la participación, si la conducta acordada efectivamente se lleva a cado se está ante un supuesto típico distinto, que en el caso de autos es el previsto en el inciso seis del artículo doscientos noventa y siete del CP, puesto que se capturó a la imputada en plena ejecución del acto de transporte de droga; que, en tal virtud, no existe razón alguna que

63 *STS español N.º 77/2007*, f. j. n.° 30, de fecha 7 de febrero del 2007.

> reclame la sustitución de tipo legal y la pertinente adecuación de la pena impuesta con arreglo al artículo seis in fine del Código acotado[64].

En igual sentido, en el Recurso de Nulidad N.° 1014-2009 quedó sentado lo siguiente:

> El cuarto párrafo del art. 296 se limita a declarar punibles determinados actos preparatorios y, por tanto, incorpora una forma de participación intentada en el delito —en rigor coautoría anticipada—; la conspiración para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas, que en buena cuenta es una forma anticipada del acuerdo común necesario para la autoría, que por lo demás pierde su relevancia específica si los autores pasan a la ejecución del delito.

Así, entonces, cuando el delito fin logra consumarse, los actos de conspiración quedan abarcados o subsumidos por el delito principal, desapareciendo la imputación por conspiración, a tal efecto resulta ilustrativo citar el siguiente ejemplo de la jurisprudencia argentina:

> Corresponde señalar que la figura de la confabulación se ve desplazada —al igual que ocurre con la conspiración— cuando se pasa a la etapa del delito para el cual se confabulan los sujetos —es decir, los de los arts. 5, 6, 7, 8, 9, y 10 de la Ley de estupefacientes—, quedando en pie, únicamente, la imputación referida a alguno de estos delitos, que podríamos denominar "delitos principales" [...]. Ahora bien, tal como lo dijimos anteriormente, el pasaje a la etapa de ejecución del delito principal (transporte de estupefacientes) opera necesariamente el desplazamiento hacia este y la exclusión del tipo de la confabulación[65].

2. Actos demostrativos de la intención conspiradora

De otro lado, Medina advierte lo siguiente:

---

64 Cfr. Espinoza Goyena, Julio *et al.*, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema: en lo sustantivo, Código de Procedimientos Penales, Código Procesal Penal*, Lima: Cooperación Técnica Alemana al Desarrollo Internacional-GIZ, 2013, p. 30.

65 C. F. A. De la Plata, *Exp. N.° 2399*, 4 de noviembre del 2003.

> En el *iter criminis* hay componentes impunes, como la idea y aun los actos preparatorios, por ello, será preciso obrar cuidadosamente para no reprimir ideas o pensamientos, en todo ajenos a los principios que informan el derecho penal liberal, del que todo nuestro sistema penal forma parte. El cuidado debe incluir el momento de la exteriorización de las conductas de los autores[66].

De esta manera, resulta problemática la distinción entre los meros contactos previos y el verdadero concierto en que la conspiración se inspira, y que implica una plena conciencia del delito que se va a cometer y su conformidad respecto al mismo. Al respecto, es suficiente la existencia de un concierto para traficar con drogas ilegales, aunque se desconozcan otros datos intrascendentes a esos efectos (lugar en que se ha de practicar, medio de transporte a utilizar, etc.)[67].

Con cual, en la configuración de la conspiración, si bien no se exige la materialización del delito sobre el que se conspira, resulta necesario que quienes participan en una conspiración despliegue actos materiales que pongan de manifiesto su intencionalidad de incurrir en ese delito. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo español en la sentencia de 30 de junio de 1995:

> [N]o es preciso que se inicie una ejecución material delictiva, pero sí que los conspiradores desarrollen una actividad material y tangible que ponga de relieve la voluntad de delinquir, sin recurrir a tan solo meras conjeturas o suposiciones, debiendo el Tribunal tener en cuenta la intencionalidad de los acusados en el caso[68].

En el mismo sentido, Sproviero, analizando la legislación argentina, señala que "la confabulación [conspiración] será objeto de pronuncia-

66 Medina, *Estupefacientes. La ley y el derecho comparado,* ob. cit., p. 237.

67 Cfr. Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 270. Rey Huidobro, Luis Fernando, *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 147.

68 Citado por Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 330.

miento condenatorio cuando los integrantes realicen actos reveladores de la intencionalidad ejecutoria del delito para el cual se hubieran comprometido en su realización"[69].

Falcone y Capparelli explican que la conspiración española al igual que la confabulación argentina se castigan con la realización de actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito previamente concertado. No se castigan las meras intenciones o deseos.[70] Lamarca anota que la conspiración requiere el concierto para la ejecución del delito, se penalizan ciertos hechos de resolución manifestada, previos al comienzo de la ejecución, que precisan de una exteriorización del contenido psicológico del autor que tenga las características conceptuales de la acción[71]. En el mismo sentido, Losada señala que para estimar la entidad de los actos anteriores vinculados con la ejecución debe partirse del resultado, hacia atrás, para verificar los actos de tentativa del ilícito a ejecutar. Ello porque un acto aislado difícilmente resulta harto demostrativo de la confabulación. "Esa calidad solo puede ser visible cuando se observa la secuencia parcial o total del plan arreglado (en un movimiento de retroceso), o cuando el acto de por sí es groseramente demostrativo de la concertación delictiva"[72].

En la jurisprudencia argentina también se ha puesto de manifiesto que en la conspiración se penaliza la concertación para cometer un delito, pero que los que forman parte de la misma deben realizar actos demostrativos de esa intención criminal:

> Confabular es ponerse de acuerdo dos o más personas para emprender algún plan, generalmente ilícito. Los que intervienen o forman parte de la confabu-

69 Sproviero, Juan, *Delito de narcotráfico y lavado de activos*, Buenos Aires: Jurídicas, 2012, p. 267.

70 Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, ob. cit., p. 349.

71 Lamarca Pérez, Carmen (coord.), *Delitos y faltas. La parte especial del derecho penal*, Madrid: Colex, 2012, pp. 638 y 639.

72 Losada, Gustavo, "La confabulación para cometer delitos vinculados al tráfico ilícito de estupefacientes", p. 29, citado por Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, ob. cit., p. 349.

> lación, planifican la comisión de un determinado y especifico delito relativo al narcotráfico. En una palabra, se organización para ello. La confabulación se produce cuando alguno de sus miembros realiza actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que habían concertado[73].

En esa línea, en la Sentencia del Tribunal Supremo español N.º 353/2007, de 07 de mayo del 2007, quedo sentando lo siguiente:

> Distinta es la cuestión vista desde la perspectiva del tipo de la conspiración. Esta requiere el concierto para la ejecución de un delito (art. 17.1 CP). En ello se agota el contenido típico. Si bien en alguna ocasión se ha señalado como característica de la conspiración una "dinámica propia" (ver STS N.° 1129/2002), es seguro que con esas expresiones no se ha querido indicar ninguna característica especial del tipo, dado que todos los delitos del CP y de las leyes especiales tienen una dinámica propia. Tampoco es un "delito de pura intención", dado que requiere una exteriorización del contenido psicológico de los autores que tenga las características conceptuales de una acción, pues de lo contrario se infringiría el principio de que el pensamiento no delinque[74].

Por su parte, Prado Saldarriga señala que el delito de conspiración:

> "Consiste en participar de una concertación para realizar actos delictivos futuras, siendo el mínimo de conspiradores dos personas", y en esa medida, su espacio de realización es precedente e incompatible con actos de ejecución de tráfico ilícito de drogas. Los conspiradores de limitan a idear y bosquejar acciones o estructuras criminales que se materializarán posteriormente. Se trata, pues, de actos preparatorios criminalizados autónomamente y donde lo esencial y punible es el intercambio y acuerdo de voluntades en relación con un proyecto

73 C. N. F. *Exp. N.° 32467*, de fecha 21 de diciembre del 2000; citado por Aramburú, "Confabulación: ¡Bárbaros! Las ideas no se punen", art. cit., p. 18.

74 *STS español N.° 353/2007* de fecha 7/5/2007, f. j. n.° 2.

> delictivo común [...]. Por consiguiente, pues, el mero acto conspirativo será típico y punible[75].

De ahí que el acuerdo espontáneo y repentino no puede constituir conspiración, debe existir un lapso de tiempo en que los conspiradores a través de manifestaciones inequívocas expresen su intención de cometer el delito para el que conspiraron, sin que se espere el inicio de la ejecución del mismo. Así lo ha sostenido el Tribunal Supremo español en reiterada jurisprudencia, refiriendo a la conspiración:

> Se trata de un acto de manifestación de voluntad o de resolución para delinquir manifestada, considerada como un adelanto de la coautoría en la fase ejecutiva, y consiste en la existencia de un concierto previo para cometer un delito —*pactum scaelaris*— y de una resolución firme de cometerlo —*resolutio finis*—, firmeza que requiere un lapso de tiempo relevante entre el acuerdo y la realización, entre el proyecto y la acción, pues el acuerdo espontáneo y repentino no puede considerarse firme sin dicho espacio temporal[76].

En suma, el delito de conspiración no es un delito de pura intención, para acreditarlo deben aparecer en alguno de los conspiradores actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que habían concertado, pues no se castigan las meras intenciones o deseos. Así, Aramburú describe un caso de la jurisprudencia argentina donde se pueden apreciar los indicios sobre los actos reveladores que denotan de la decisión común de los confabulados para la comisión de delitos relacionados al tráfico ilícito de drogas:

> [E]l fallo describe un frondoso plexo probatorio considerado in totum como actos reveladores del plan criminal. Así menciona, las reitera-

75 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 155.

76 *SSTS español N.° 601/1996,* de fecha 24 de setiembre; *SSTS español N.° 1574/1998* de fecha 16 de diciembre; *SSTS español N.° 1579/2000,* de fecha 10 de marzo; *SSTS español N.° 120/2009,* de fecha 9 de febrero; y, *SSTS español N.° 277/2009,* de fecha 13 de febrero. Citado por Rodríguez Ramos, *Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias,* ob. cit., p. 112.

> das tratativas llevadas a cabo por los encartados con los potenciales proveedores y receptores de los estupefacientes de las que dan cuenta las conversaciones telefónicas, la documentación incautada y los numerosos encuentros realizados en nuestro país y en el extranjero; el alquiler de inmuebles en Uruguayana y en Mar del Plata, destinados a la receptación del tóxico y al alojamiento de los imputados durante la perpetración del ilícito proyectado; la adquisición de vehículos con el mismo fin y las maniobras tendientes a prepararlos para el transporte oculto de los estupefacientes; los viajes internacionales de ida y vuelta a los países fronterizos, con el objeto de poner a prueba las rutas que serían utilizadas para ingresar los estupefacientes a la Argentina; el envío de, al menos, un cargamento de pescado a España, practicado con la misma finalidad de testeo previo al despacho del tóxico; la adquisición de cajas de acrílico para acondicionar la sustancia ilícita; como así, de la arena con la cual se las cargaría en otro viaje de prueba; el cobro de los giros dinerarios pedidos y recibidos para financiar la infraestructura de la actividad ilícita; el empleo de falsas identidades para adquirir los vehículos, alquilar los inmuebles e incluso atravesar la frontera[77].

De esta manera, el autor argentino cita textualmente el final del razonamiento del órgano jurisdiccional sobre la acreditación del acuerdo confabulatorio:

> Los resultados de las escuchas telefónicas y de los seguimientos de los involucrados; los informes de la prevención y de otros organismos del Estado; las declaraciones del personal policial interviniente y de terceros ajenos a la pesquisa; así como los datos obtenidos de la documentación secuestrada; todo lo cual, observado a la luz de la sana crítica, da pie a las imputaciones realizadas[78].

En la jurisprudencia peruana se ha hecho uso de la prueba indiciaria para acreditar la conspiración al tráfico ilícito de drogas, lo cual se apre-

77 Aramburú, "Confabulación: ¡Bárbaros! Las ideas no se punen", art. cit., pp. 18 y 19.

78 San Martín, *Exp. N.° 4632, 24 de julio del 2008;* Aramburú, "Confabulación: ¡Bárbaros! Las ideas no se punen", art. cit., p. 19.

cia en lo resuelto por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en su sentencia en el Recurso de Nulidad N.° 29-2017, de 28 de marzo del 2017, donde dio como acreditados actos de conspiración a la promoción al tráfico ilícito de drogas, derivado de una intervención policial de transporte nacional de dinero, dinero cuyo origen lícito no pudo ser explicado por los acusados, y que acompañado de otros indicios de mala justificación y complementarios afirmaron el delito de conspiración.

> Se imputa que el 30 de mayo del 2013, a las tres de la mañana, en la garita de control de Pucusana se detuvo a Luis Fernando Chiclla Rosales, Henry Daniel Guillén Badajoz, Ricardo Oswaldo Marín Valdivia y Luis Daniel Ramírez Rosales, a quienes durante el registro vehicular de placa de Rodaje C4J-109 y el registro personal de los detenidos se les incautó la suma de ciento cincuenta mil dólares americanos, dos mil ciento ochenta y tres con cincuenta soles, así como una pistola merca Bersa trescientos ochenta, con serie "B-06573" debidamente abastecida con catorce cartuchos y equipos de comunicación[79].

Así se imputa a los acusados coadyuvar con Luis Fernando Chiclla Rosales, coordinador de la organización criminal Los Norteños; para utilizar el dinero con el fin de acopiar grandes cantidades de droga. Por lo cual se tipificaron los hechos como actos de tenencia y transporte de dinero-lavado de activos (arts. 2 y 3 del D. Leg. N.° 1106), y actos de conspiración a la promoción del tráfico ilícito de drogas (párr. 4 del art. 296 del CP).

En el análisis probatorio del caso, la Corte Suprema constata que dos los acusados contaban con antecedentes por delito de tráfico ilícito de drogas (Luis Fernando Chiclla Rosales intervenido en agosto del 2011 en Santa Cruz - Bolivia; Ricardo Oswaldo Marín Valdivia fue intervenido en abril del 2013 en la localidad de Palcazú, al haber sido contratado para cargar sacos con droga a una avioneta); Chiclla Rosales no pudo justificar razonablemente la procedencia lícita del dinero incautado

79 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 29-2017*, 28 de marzo del 2017.

(ciento cincuenta mil dólares americanos, dos mil ciento ochenta y tres con cincuenta soles), tampoco pudo justificar coherentemente la posesión del dinero y el destino que pensaba darle, durante el proceso negó y reconoció la propiedad de dicho dinero, empleando una justificación poco coherente como es la implementación de un local para el partido político Juste, y en juicio oral señaló que era para la constitución de una fábrica de papel higiénico y dado que dicho dinero no alcanzaba para adquirir el inmueble en el que se construiría la fábrica es que decidió retornar con su dinero; Luis Daniel Ramírez Rosales, quien dijo dedicarse al servicio de taxi en Huancayo, no justificó adecuadamente su presencia al momento de ser intervenido en Lima procedente de Arequipa; Henry Daniel Guillén Badajoz, tampoco justificó adecuadamente su presencia en la intervención, ni justificó las razones del viaje previo que hicieron los acusados desde la ciudad de Puno hasta Arequipa, estos dos últimos acusados acompañaban a Chiclla Rosales en el transporte del dinero.

En cuanto a los indicios complementarios se tiene el hallazgo de un arma de fuego con catorce cartuchos con reserva en el vehículo de Chiclla Rosales, así como cuatro walkie Talkies, y cuatro celulares; por lo que resulta válida la inferencia que determina el afán criminal de Chiclla Rosales en proseguir con sus actividades vinculadas al tráfico ilícito de drogas, tanto más si el operativo se realizó en el control de Pucusana, a un vehículo que provenía de la ciudad de Arequipa, y considerando que el procesado no acreditó mayor actividad económica en dicha localidad o datos que permitan estimar una conducta frecuente, su desplazamiento en la mencionada ciudad sureña y la capital de la República.

Sobre la base de estos indicios, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema llega a las siguientes conclusiones:

a) En principio nadie está impedido de circular por el territorio nacional de la República, la presunción de culpabilidad por la realización de viajes sin justificación ni motivación proscribiría la libertad de tránsito que asiste a todo ciudadano peruano.
b) Sin embargo, lo mencionado queda restringido si durante la intervención de la persona, en lugar distinto al de su residencia y

actividad habitual, se hallan indicios complementarios que guardan vinculación directa con los actos previos para la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas.

c) Así en el presente caso los cuatro sentenciados fueron intervenidos cuando retornaban de la ciudad de Arequipa, en un vehículo particular, con la posesión de dinero, celulares y walkie talkies, sin que ninguno de los intervenidos justifique adecuadamente las razones por las que se desplazaron a dicha localidad, brindaron explicaciones incompatibles entre sus declaraciones; por lo que conforme a los antecedentes personales de los imputados, y los motivos de viaje, resulta válido colegir que el desplazamiento en el cual fueron intervenidos se producía con la finalidad de promover el tráfico ilícito de drogas[80].

La Sala Penal Nacional emitió una interesante sentencia condenatorio por conspiración para el favorecimiento del tráfico ilícito de drogas, donde se acreditó a través de escuchas telefónicas autorizadas e informes de inteligencia de observación y seguimiento, que los acusados realizaron coordinaciones telefónicas y contactos personales para el transporte de droga, acuerdo que se exteriorizó con efectivo traslado de algunos de los acusados de una localidad a otra, el alquiler de un inmueble para acopiar la supuesta droga, y el acopio en el referido inmueble por un lapso de tiempo de paquetes tipo ladrillo aparentemente conteniendo droga; pero que al momento de la intervención policial a los sujetos que sustrajeron del inmueble los referidos paquetes, los mismos resultaron ser "yeso" y no droga. El Tribunal entendió que los acusados realizaron actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que habían concertado, delito que no se logró ejecutar, pues la droga habría sido sustituida por "yeso", que finalmente fue encontrada por las autoridades.

Haciendo uso de la prueba indiciaria, la Sala Penal Nacional concluye:

80 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 29-2017*, 28 de marzo del 2017.

> [S]e verifica las diversas coordinaciones entre los acusados Flores Martel, Gutiérrez Cangalaya, Huamán Huamaní y Laura Canchari, también con el conocido como "Chaqueta", con el claro objetivo de favorecer el tráfico ilícito de drogas, por lo que el delito de Conspiración que es la etapa preparatoria, anterior a la ejecución del delito, aplicable de modo excepcional dentro del delito de tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de conspiración, ha sido cumplida por los citados acusados. Está por plenamente corroborado con las diversas comunicaciones mantenidas del uno al otro. En suma, existen diversas razones por las cuales este Colegiado concluye que la versión de inocencia de los acusados carece de todo sustento y razonabilidad. En efecto, la razón mayor proviene de un análisis contextualizado de los hechos, además de las interceptaciones telefónicas que dan cuenta de las coordinaciones para el tráfico de drogas, teniendo en cuenta, las características y el modo como venían coordinando para favorecer el tráfico ilícito de drogas [...][81].

Finalmente, cabe advertir que, para Álvarez *et al.*, atendiendo a los desarrollos de la jurisprudencia española, no hay conspiración para el delito de tráfico de drogas cuando el sujeto no se limita a concertarse para la ejecución del mismo resolviendo ejecutarlo, sino que despliega toda una actividad posterior con aportación del esfuerzo personal para su realización dentro ya de la fase ejecutiva del delito, según el papel asumido en el plan conjunto; ni cuando los sujetos tienen la droga a su disposición, pues dicha disponibilidad consuma el delito; tampoco es conspiración la preparación de fondos en un camión, la intermediación de transacciones o conversaciones relativas a la distribución de la droga. Sí hay conspiración cuando los sujetos se ponen de acuerdo para confirmar la posibilidad de poner a disposición de un tercero una determinada cantidad de droga, sin que conste la efectiva puesta del estupefaciente en poder o al alcance de ninguno de ellos; cuando se cuenta con anotaciones de posibles compradores, o cuando se concierta la compra de la sustancia sin llegar a tener su disponibilidad[82].

---

81 Sala Penal Nacional, *Exp. N.° 156-2014-0-5001-JR-PE-01*, 16 de agosto del 2016.

82 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 271.

3. ¿Algunos supuestos excepcionales de concurso con el delito principal?

En una posición debatible, Falcone y Capparelli, plantean que la conspiración es un tipo autónomo del o de los delitos que se haya acordado consumar, y que en este caso rigen las reglas del concurso, en esa medida, sostienen lo siguiente:

> [P]uede ocurrir que mientras unos confabulados comiencen la ejecución de los delitos de tráfico de estupefacientes, otros no lo hagan por causas ajenas a su voluntad, en cuyo caso deberán responder a título de confabuladores, pues no deja de advertirse un concierto o acuerdo de voluntades o *pactum scaeleris* sancionado por la ley penal[83].

Así se constata en una sentencia del Tribunal Supremo español, donde se condenó como conspiradores a quienes, a pesar del concierto de voluntades, no llegaron a participar en la ejecución del delito por causas ajenas a los mismos. El citado Tribunal señaló lo siguiente:

> Existiendo en este caso el concierto de ir por droga para comerciar con ella, el recurrente ha tomado parte en el mismo, ha resuelto ejecutarlo, pero en el momento de su intervención la droga fue secuestrada en poder de otro concertado ya condenado; sin embargo, al mismo le afectan el concierto previo y la resolución de cometer el delito, por eso no es autor, sino conspirador[84].

Por su parte, Aramburú expresa lo siguiente:

> Sin perjuicio de que la regla general es que los actos preparatorios solo pueden ser punibles a partir de que alguno de los sujetos confabuladores inician la ejecución del delito, para la resolución de los diferentes casos no existe una formula general univoca, porque de hecho las posibilidades, complicaciones y combinaciones son infinitas y existe la posibilidad de la realización de diversos actos preparatorios que no tienen aptitud para revelar el acuerdo de voluntades para ejecutar alguno de los delitos previstos por la norma, en virtud a que no pasan

83 Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, ob. cit., p. 349.

84 *Ibid.*, pp. 349 y 350.

> de ser ideas o deseos o no alcanzan ese umbral porque se corresponden con conductas licitas (envíos de dinero, adquisición de pasajes, solicitud de pasaportes, compra de camiones, alquiler de depósitos etc.) más allá de que eventuales escuchas telefónicas indiquen lo contrario, pero ello no es suficiente para merecer el reproche penal[85].

En la práctica, pueden darse casos donde algunos conspiradores ya iniciaron la ejecución de los delitos fin, por ejemplo, transportando la droga a la ciudad de Lima para que otro la acopie y almacene, pero otros aún esperan para efectivizar sus aportes al plan criminal, como proceder al almacenamiento de la droga que está siendo transportada desde las zonas de producción; puede que el acto criminal quede interrumpido por acción de las autoridades en el camino hacia Lima, imputándole a los transportistas los actos consumados de tráfico ilícito de drogas, así, desde esta perspectiva, los conspiradores que esperaban para el almacenamiento de la droga incurrían en conspiración. Al respecto, Aramburú destaca lo siguiente:

> En la casuística se constata comúnmente, una posibilidad combinada de imputación, donde el confabulador que tiene disponibilidad de la droga, comienza la ejecución del delito y al hacerlo realiza actos manifiestamente reveladores pero a la vez, su conducta importa el comienzo de ejecución del tipo penal cuya realización lo anima y entonces la confabulación es desplazada por el delito fin, y el segundo sujeto, acreditado que confabuló con aquel en virtud a lo que surge de las escuchas telefónicas previamente autorizadas y controladas por el juez, es detenido sin disposición de droga y mientras la espera listo para almacenarla, en ese caso ha de ser imputado por confabulación[86].

Sin embargo, en un análisis desde la legislación peruana, teniendo en cuenta el primer párrafo del art. 296 del CP, la solución al ejemplo planteado sería diferente, ya que, como hemos señalado en otra publicación[87], los verbos rectores promover, favorecer o facilitar el consumo

85 Aramburú, "Confabulación: ¡Bárbaros! Las ideas no se punen", art. cit., p. 28.

86 *Ibid.*, p. 28.

87 Cfr. Rosas Castañeda, Juan Antonio, "Examen dogmático del delito de

ilegal de drogas, contenido en el referido tipo penal, hace difícil apreciar supuestos de tentativa y desdibuja los contornos de la participación criminal. Así, todo aporte al plan criminal de transportar la droga desde su lugar de producción con destino a ser acopia en un punto de salida del país y luego "exportada" al extranjero ya constituye un acto de favorecimiento en calidad de autor; así, el sujeto que participa en el plan criminal macro mediante el alquiler de la casa para el acopio la droga, pero no aparece en los actos de transporte, incurre igualmente en un acto de favorecimiento al consumo ilegal de drogas en calidad de coautor.

VI. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

1.- El delito de conspiración supone una concertación entre dos o más personas para la promoción, el favorecimiento o la facilitación del tráfico ilícito de drogas; supone un plan delictivo, que refleja una decisión común de ejecutar el delito previamente concertado, no se castigan las meras intenciones o deseos; donde se adelanta la protección penal a fases anteriores a la tentativa, fases del *iter criminis* que usualmente son impunes, que se justifica por la importación de los bienes jurídicos que protege y por razones de orden público, por el tráfico ilícito de drogas y la criminalidad de la que va acompañado no solo vulnera la salud pública, sino que lleva aparejada otras actividades antisociales como la delincuencia organizada, asociación para delinquir, sobornos, cohecho e intimidación de funcionarios públicos, evasión fiscal, violaciones de la legislación bancaria, transferencias monetarias ilegales, delitos de violación de normas de importación o de exportación, delitos relacionados con armas de fuego y delitos de violencia. La represión del delito de conspiración se inscribe además en el marco de la política criminal internacional de represión del tráfico ilícito de drogas

promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas mediante actos de fabricación o tráfico ilícito", en *Gaceta Penal y Procesal Penal,* n.° 104, Lima: 2018, pp. 121-172.

que se refleja en la Convención de Viena de 1988 y que el legislador nacional ha recogido.

2.- La figura de la conspiración es propia del *common law*, con características peculiares, como considerar dos delitos independientes, el hecho de conspirar y el hecho de perpetrar el delito para el que se conspiró; mientras que en los países del sistema europeo continental que han recepcionado esta figura delictiva, una vez que el delito principal se consumó, los actos de conspiración están subsumidos en el delito principal. Además, en los países de nuestro entorno la conspiración, en cuanto coautoría anticipada, solo se justifica por razones de derecho público en delitos graves. En nuestra legislación, además de la conspiración para promover, favorecer y facilitar el tráfico ilícito de drogas, se ha incorporado la conspiración para los delitos contra los poderes del Estado y el orden constitucional, y en el caso de la conspiración del sicariato; en ambos supuestos, la peligrosidad concreta que amenaza al bien jurídico justifica su represión.

3.- La conspiración supone un concierto entre dos o más sujetos para ejecutar un delito, así como la resolución de ejecutarlo. Requiere, por tanto, el concurso de dos o más personas que reúnan las condiciones necesarias para poder ser autor del delito proyectado; concierto de voluntades entre ellas o *pactum scaleris*; la resolución ejecutiva de todas y cada una de ellas, o decisión sobre la efectividad de lo proyectado (*resolutio finis*); que dicha resolución tenga por objeto la ejecución de un concreto delito, siempre que sea de aquellos que el legislador ha considerado especialmente merecedores del adelantamiento de las barreras de protección penal, sancionando expresamente estos actos de conspiración; que exista un lapso de tiempo relevante entre el proyecto y la acción directa que permita apreciar una mínima firmeza de la resolución, ya que no puede calificarse de conspiración el mutuo acuerdo surgido espontáneamente y de repente, cuando se aprecia la posibilidad inmediata de realización de un hecho sin reflexión alguna; y que no se haya dado

comienzo a la ejecución delictiva, pero sí que los conspiradores decidan el desarrollo de una actividad precisa y concreta que ponga de relieve su voluntad de delinquir no soportada por meras conjeturas o suposiciones.

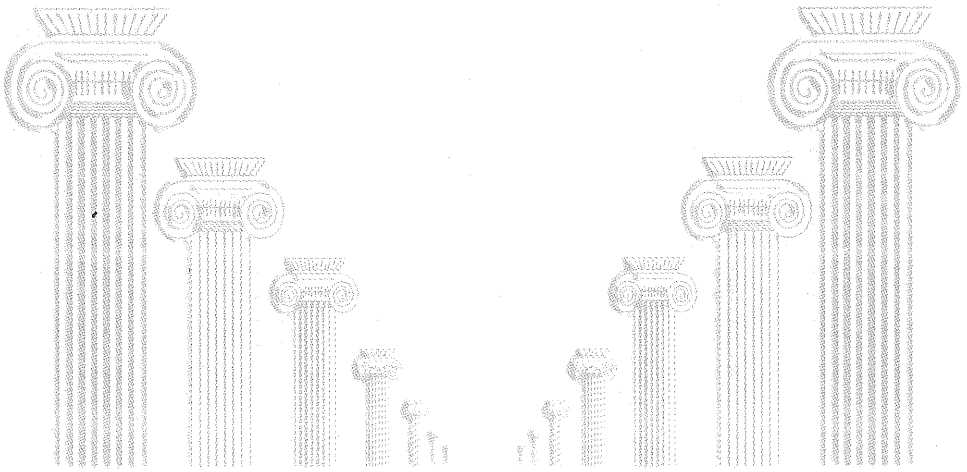
4.- La asociación ilícita y otras formas de delitos asociativos como la organización criminal y la banda criminal, que han reemplazado en nuestra legislación a la primera, presentan mayor estabilidad y organización; se constituyen para cometer delitos indeterminados. La conspiración tiene un objeto criminal más concreto, donde la reunión de personas es transitoria. La conspiración tiene en común con la asociación ilícita que en ambos casos se trata de actos preparatorios punibles; se castiga a sus miembros por pertenecer a la conspiración, a la par que es un delito autónomo, de naturaleza plural en lo que respecta a los sujetos activos.

5.- Los actos de conspiración importan una forma de coautoría anticipada, en cuya virtud dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven realizarlos —en este caso para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas—, por lo que solo tendrán esa condición los que piensan intervenir como autores en fase ejecutiva del referido delito y reúnen las condiciones requeridas para ello; que, por consiguiente, como son formas de participación intentada en el delito o formas preparatorias punibles de la participación, si la conducta acordada efectivamente se lleva acabo se está ante un supuesto típico distinto, esto es, el delito principal para el que se conspiró. En el plano objetivo, la conspiración supone un concierto de voluntades —no basta con un mero intercambio de pareceres— y la resolución conjunta de cometer un delito concreto, siendo indispensable que no llegue a dar comienzo la ejecución, pues de lo contrario hablaríamos de tentativa. En el plano subjetivo, el dolo conspirador es único y se identifica con la realización de un delito concreto cuyos elementos han de ser captados por aquél.

6.- El delito de conspiración no es un delito de pura intención, para acreditarlo deben aparecer en alguno de los conspiradores actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que habían concertado, pues no se castigan las meras intenciones o deseos. En la jurisprudencia peruana se ha hecho uso de la prueba indiciaria para acreditar la conspiración al tráfico ilícito de drogas; así, por ejemplo, en el denominado "caso yeso", la Sala Penal Nacional emitió una interesante sentencia condenatorio por conspiración para el favorecimiento del tráfico ilícito de drogas, donde se acreditó, a través de escuchas telefónicas autorizadas e informes de inteligencia de observación y seguimiento, que los acusados realizaron coordinaciones telefónicas y contactos personales para el transporte de droga, acuerdo que se exteriorizó con efectivo traslado de algunos de los acusados de una localidad a otra, el alquiler de un inmueble para acopiar la supuesta droga, y el acopio en el referido inmueble por un lapso de tiempo de paquetes tipo ladrillo aparentemente conteniendo droga; pero que al momento de la intervención policial a los sujetos que sustrajeron del inmueble los referidos paquetes, los mismos resultaron ser "yeso" y no droga. El tribunal entendió que los acusados realizaron actos manifiestamente reveladores de la decisión común de ejecutar el delito para el que habían concertado, delito que no se logró ejecutar, pues la droga habría sido sustituida por "yeso", que finalmente fue encontrada por las autoridades.

CAPÍTULO VII

DELITOS DE SIEMBRA Y CULTIVO DE PLANTAS FISCALIZADAS DESTINADAS AL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS: ANÁLISIS DOGMÁTICO Y POLÍTICO-CRIMINAL DE LOS ARTÍCULOS 296.A Y 296.C DEL CÓDIGO PENAL



Como se sabe, la política criminal internacional sobre el tráfico ilícito de drogas establece una tendencia abarcadora del fenómeno, de todo el ciclo de la droga, incluyendo los procesos de legitimación de activos de origen ilícito, y una tendencia extremadamente punitiva, desde la siembra hasta la puesta a disposición de la droga al consumidor final. En virtud de las obligaciones internacionales, los Estados parte deben establecer en sus legislaciones internas: a) un sistema de fiscalización de las especies vegetales la adormidera, el arbusto de coca y la planta del cannabis; b) controlar su cultivo mediante autorizaciones y evitar su desvío a la producción de drogas ilegales; c) disponer la destrucción del cultivo ilegal de esas plantas, y d) criminalizar los actos de cultivo de estas especies vegetales cuando tengan como propósito de elaborar drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

El legislador peruano ha desarrollado esta última obligación internacional en el art. 296-A del CP, al criminalizar los actos de cultivo de la amapola y la planta del cannabis, pero ha dejado fuera de esta normativa el cultivo del arbusto de coca por razones de uso cultural y ancestral. Sin embargo, de la totalidad de hoja de coca que se cultiva en el Perú, que aumenta gradualmente todos los años, el 90 % se destina a la producción de drogas cocaínicas, lo que complejiza el problema del cultivo de esta planta tradicional en nuestro país. En la realidad criminológica, somos un país productor de droga, por lo que el ciclo de la droga en el Perú se inicia desde el cultivo de la hoja de coca. Así, la producción de drogas cocaínicas ha convertido al Perú en uno de los países con mayor actividad cocalera, donde los cultivos de coca se han tornado para muchos agricultores en el principal medio de subsistencia y, peor aún, muchos de ellos se han involucrado en el procesamiento y, comercialización de

las drogas que producen, con el propósito de incrementar sus ganancias ante las variaciones del precio de la hoja de coca[1].

En ese contexto, se debe tener en cuenta que el arbusto de coca es una planta que crece de manera natural en toda la región andina en condiciones climáticas particulares, que presenta una gran variedad de especies, respecto de la cual se ha comprobado científicamente que posee un gran valor nutricional. Ha sido conocida y utilizada por las poblaciones originarias desde hace por lo menos 5000 años, sus hojas han sido utilizadas para el chacchado para afrontar largas horas de trabajo y soportar las condiciones climatológicas de los Andes, para la cultura andina hay un componente sagrado y cultural ancestral en el uso de la hoja de coca, se le utiliza en rituales como el "pago a la tierra".

A la par de los cultivos de coca "legales" destinados al consumo tradicional y la industria, la mayor parte de los cultivos se destina a la producción de drogas cocaínicas; según Enaco, casi el 90 % de la coca es utilizada en la elaboración o fabricación de drogas cocaínicas, actividad que se realiza principalmente en las mismas zonas de cultivos. En el caso peruano los diferentes gobiernos han descuidado la política agraria, ya que el país ha sufrido un proceso acelerado de urbanización, con lo cual, la mayor cantidad de población se encuentra en las ciudades, de ahí que las autoridades prefieren invertir los recursos en las zonas urbanas lo que les produce mayores réditos políticos, esto genera que la inversión estatal en el campo sea mínima. En estas zonas el campesino no tiene acceso al crédito para tecnificar su producción, tampoco cuenta con vías de comunicación adecuada para sacar su producto al mercado nacional o internacional, siendo, además, que los precios de los productos agrícolas son muy bajos. Un problema adicional es que nuestro país no subsidia la agricultura como lo hacen los países desarrollados, por lo que nuestros productos no pueden competir a nivel internacional.

1 Chávez, Víctor, "Cultivo y producción", en *El problema de las drogas en el Perú 2015*, Lima: Cedro, 2015, p. 56.

El Estado cuenta con mecanismos de fiscalización parciales del cultivo de hoja de coca legal a través de Enaco S. A., un programa de sustitución de cultivos y erradicación de cultivos ilegales que se ha aplicado con éxito en especial en la zona del Valle del río Huallaga, pero que por razones socio-económicas tiene problemas de aplicación en el Vraem. La estrategia del Gobierno peruano en la lucha contra las drogas entre los años 2012-2016 se ha asentado en tres pilares: a) el desarrollo alternativo integral y sostenible; b) la prevención y el tratamiento del consumo de drogas, y c) la interdicción y sanción. Dentro de este último rubro están la interdicción propiamente dicha y la erradicación de cultivos ilícitos. Sin embargo, el esfuerzo del gobierno se ha centrado en el Huallaga, en la región San Martín, siendo que la principal región cocalera del país es el valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro (Vraem). Allí la reducción ha sido mínima.

Los tipos penales contenidos en el art. 296.A y 296.C del CP responden a esta realidad, por un lado, en el párr. 1 del art. 296.A se criminalizan los actos de cultivo y siembra de plantas de amapola o adormidera de la especie *papaver somniferum* y la planta de marihuana de la especie *cannabis sativa*, excluyendo con objeto material del delito al arbusto de coca; el segundo párrafo criminaliza los actos de comercialización y transferencia de semillas de estas plantas fiscalizadas (adormidera y *cannabis sativa*); mientras que el último párrafo criminaliza la siembra o cultivo compulsivos de estas plantas y de la planta de coca, apareciendo el arbusto de coca como objeto material de este tipo penal. Por otro lado, el art. 296.C criminaliza los actos de resiembra de arbusto de coca de predios que hayan sido sometidos a programas de erradicación de cultivos ilegales.

El objetivo de esta apartado es analizar los tipos penales referidos a la siembra y cultivo de las especies vegetales fiscalizadas (la adormidera, el arbusto de coca y la planta del cannabis), que constituyen actos preparatorios punibles, verificando, además, el contexto político-criminal en el que se enmarcan estos tipos penales dentro de la estrategia global del Estado peruano en la represión del tráfico ilícito de drogas.

I. OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE REPRIMIR ACTOS DE CULTIVO Y SIEMBRA DE ARBUSTO DE COCA, AMAPOLA Y MARIHUANA, CON EL PROPÓSITO DE ELABORAR DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES O SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS

1. Las drogas de origen natural

Como explica Expósito López, dependiendo de su procedencia, se puede diferenciar entre drogas naturales y sintéticas. Las drogas naturales son las que se obtienen de la naturaleza, de materias primas naturales (planta adormidera, cannabis, etc.). Las drogas sintéticas son las producidas en el laboratorio a raíz de procedimientos químicos (drogas sintéticas). Las primeras drogas aparecieron en plantas o partes de plantas, como resultado de lo que hoy se llama coevolución entre el reino botánico y el animal[2].

En ese marco, Caudevilla Gálligo explica lo siguiente:

> Con respecto a su origen, se pueden distinguir las drogas naturales (las que aparecen de forma espontánea en la naturaleza, en general hongos o vegetales) de las sintéticas (aquellas que requieren de procesos físicos o químicos para su preparación). El uso de plantas con fines embriagantes, rituales o terapéuticos es tan antiguo como la propia humanidad. Pero la distinción entre lo natural y lo sintético no es tan sencilla: por un lado para obtener determinadas sustancias es necesario usar procesos físicos o químicos (ejemplo: la obtención de la cocaína a partir de la hoja de coca, la extracción del hachís a partir de la marihuana). Pero además muchas drogas de las llamadas sintéticas (como la LSD o el éxtasis/MDMA) tienen sus precursores inmediatos en productos de origen vegetal[3].

2 Expósito López, Lourdes, *Criminalidad organizada y tráfico de drogas. Las transformaciones del sistema jurídico penal sustantivo y procesal*, tesis para optar el grado académico de doctor, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2015, p. 36.

3 Caudevilla Gálligo, Fernando, "Drogas: conceptos generales, epidemiología y valoración del consumo", pp. 3 y 4. Recuperado de <https://bit.ly/1tHE5Ob>.

Con todo, se ha impuesto un criterio de predominancia para efectos de esta clasificación, cuando la materia prima predominante para la obtención de la droga es natural, se dice que se trata de una droga natural, como sucede con la cocaína, cuya materia prima fundamental es la hoja de coca; y, cuando sucede lo contrario, y las materias primas predominantes son sustancias sintéticas, se reputa de estas drogas la condición de sintéticas.

Los tratados internacionales sobre tráfico ilícito de drogas, en especial la Convención de Viena de 1988, han optado por el criterio de predominancia materia prima natural para la obtención de drogas ilegales, para determinar el objeto de prohibición de actos de cultivo. Así, se prohíbe y criminaliza el cultivo de tres clases de plantas, la adormidera, el arbusto de coca y la planta del cannabis, que constituyen la materia prima natural para la producción, elaboración o extracción de drogas ilegales.

2. La criminalización de los actos de cultivo según los tratados internacionales sobre tráfico ilícito de drogas

Los arts. 1.1.i, 22 y 28 del Convenio Único de Naciones Unidas de 1961 alude "al cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o la planta del cannabis". En el mismo sentido, el art. 3, párr. 1, inc. a), apartado ii), de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena de 1988) dispone que cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente: "El cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada".

Al analizar las disposiciones de la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes, Álvarez García *et al.*[4] observan que el art. 23 y ss.

4 Álvarez García, Javier *et al.*, *El delito de tráfico de drogas*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009, p. 31.

de esta Convención se refieren únicamente al cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de cannabis, y que debido a la amplia variedad de estas especies vegetales resulta insuficiente para determinar el objeto material de la prohibición y criminalización de los actos de cultivo, para superar esta indeterminación se debe evaluar en cada caso la potencialidad de estas plantas de que se obtenga o pueda extraerse drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas. Esta deficiencia es superada por la Convención de Viena de 1988, que en su art. 1, ofrece una definición sobre lo que debe de entenderse por estas tres especies botánicas. Así, el art. 1 de la referida Convención precisa que "por 'planta de cannabis' se entiende toda planta del género cannabis" (inc. b), "por 'arbusto de coca' se entiende la planta de cualesquiera especies del género Erythroxylon" (inc. c); y "por 'adormidera' se entiende la planta de la especie *papaver somniferum* L" (inc. o).

En los comentarios a la Convención de Viena de 1988, respecto a la definición de "planta de cannabis", se precisa lo siguiente:

> [L]a definición es semejante a la de la Convención de 1961, en que se definen también los términos "cannabis" y "resina de cannabis". Estas últimas definiciones no se repiten en el texto de la Convención de 1988, cuyas disposiciones pertinentes se refieren al cultivo de la planta como un todo. El género cannabis consiste de la única especie cannabis sativa L., que es el nombre científico utilizado en la Convención de 1925 para la planta del Cáñamo de la India[5].

Al respecto, Sequeros Sazatornil, sostiene lo siguiente:

> La marihuana (Cannabis sativa) es, casi sin lugar a dudas en todo el mundo, la más popular de las llamadas drogas psicodélicas. [...] El cannabis sativa, es una planta herbácea, diódica, anula, que crece por cultivo o de forma salvaje, en gran parte de los lugares donde puede habitar el hombre. Sin embargo, el cáñamo que crece en los países cá-

5 Naciones Unidas, *Comentarios a la Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas 1988*, Nueva York: Naciones Unidas, 1999, p. 25.

> lidos posee un contenido mucho más activo que el que se desarrolla en otras zonas más templadas. Su principio activo lo contiene una resina de color marrón verdusco, de olor fuerte, que exudan las extremidades florales y reproductoras del cáñamo, si bien solo los pies hembras la segregan. Cortando las extremidades florales de las ramas femeninas y puestas a secar, una vez triturada la mezcla de sus hojas, flores y frutos, se obtiene la marihuana[6].

Por su parte, Falcone y Capparelli, indican lo siguiente:

> De la planta o pie femenino es de donde se obtienen fundamentalmente los productos responsables de su poder alucinógena, los cannabinoles, que se encuentran en la resina, que es la más rica en principio activo, pudiendo alcanzar el 40 %; las hojas, con un porcentaje menor, aproximadamente del 12 % al 16 % y los cañamones, que son el fruto de la planta. El aceite de hachís se obtiene químicamente; es de una potencia cien veces mayor que la del hachís y este cien veces superior a la *grifa. El término hachís suele utilizarse para la resina*[7].

Joshi Jubert explica que los cannabinoides son sustancias que derivan de la planta cannabis. El producto resultante del corte de la parte superior de la planta (hojas y plantas) cuando esta es troceada y enrollada como cigarrillos recibe el nombre de marihuana. El hashish es el exudado de resina seco que se extrae por filtración de la parte superior de la planta y de la cara inferior de las hojas. El aceite hashish es un concentrado destilado de hashish. Habitualmente se fuman. El principio activo es el THC, y raramente se presentan en estado puro[8].

---

6 Sequeros Sazatornil, Fernando, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*, Madrid: La Ley, 2000, pp. 880 y 881.

7 Falcone, Roberto y Facundo Capparelli, Facundo, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, Buenos Aires: Ad Hoc/Villela, 2002, p. 122.

8 Joshi Jubert, Ujala, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 del Código Penal*, Barcelona: Bosch, 1999, p. 64. En cuanto a los efectos de las drogas derivadas del cannabis sativa, esta autora española nos señala lo siguiente: "La dependencia y el abuso de cannabis se presenta habitualmente al cabo de un largo periodo de tiempo. Fumar cannabis es altamente irritante para la nasofaringe y la mucosa bronquial y aumenta el riesgo de tos crónica y otros signos y síntomas de patología nasofaríngea. El consumo crónico se asocia a veces al aumento de peso.

Respecto a la conceptualización de "arbusto de coca", los comentarios de la Convención de Viena de 1988 señalan lo siguiente:

> Esta definición reproduce la de la Convención de 1961, donde también figura una definición de "hoja de coca", que no se requiere en la Convención de 1988. Hay unas 200 especies del género Erythroxylon, dos de las cuales, Erythroxylon coca Lamarck y Erythroxylon novaranatense (Morris) Hieronymus, son importantes a los fines de este documento ya que sus hojas contienen cocaína y otros derivados de la ecgonina[9].

Sequeros comenta lo siguiente:

> La coca (Erythroxylon coca) es un pequeño arbusto, de hojas lisas y ovaladas, dispuestas en grupos de siete en cada tallo, que vive en la cordillera de los Andes, y cuyos efectos son conocidos desde tiempos muy antiguos por las poblaciones indígenas de aquellas latitudes [...]. La cocaína es un alcaloide de aquella extraída por procedimientos químicos de sus hojas y que se presenta en forma de polvo blanco, parecido a los copos de nieve, de ahí el nombre vulgar de "nieve" con que se le conoce. Es cristalino, inodoro y de fuerte sabor amargo[10].

Falcone y Capparelli señalan:

> El arbusto de coca es una planta que puede alcanzar hasta 2 metros de altura, que rinde entre 50 gr y 100 gr de hojas secas tres veces al año. Las hojas contienen aproximadamente un 1 % de cocaína. [...] correspondió al profesor de Göttingen, A. Niemann, aislar la cocaína con un procedimiento en el que empleaba alcohol, ácido sulfúrico, bicarbonato sódico y éter, corría el año 1859[11].

El consumo crónico de grandes cantidades puede provocar sinusitis, faringitis, bronquitis con tos persistente, enfisema. Aumenta el riesgo de cáncer".

9 Naciones Unidas, *Comentarios a la Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes,* ob. cit., p. 25.

10 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 876.

11 Falcone y Capparelli *Tráfico de estupefacientes y derecho penal,* ob. cit., p. 116.

Joshi Jubert sostiene que la cocaína es una sustancia natural producida por la planta de la coca, se consume en diversas preparaciones (ejemplo: hojas de coca, pasta de coca, hidrocloruro de cocaína y alcaloide de cocaína). La cocaína es el ingrediente activo de cada preparación. Cuando se mezcla con heroína da lugar al *speedball*. Una forma habitual de consumo es el crack, un alcaloide de cocaína que se extrae de una sal de polvo mezclándola con bicarbonato sódico y secándola en pequeñas piedras. Sus efectos son muy rápidos.[12]

Los comentarios en cuanto a la "adormidera" precisa lo siguiente:

> La definición de "adormidera" sigue a la de la Convención de 1961, más que a la definición del Protocolo de 1953, que incluye también a todas las otras especies de Papaver que se pueden utilizar en la producción del opio. En virtud de la Convención de 1988, el delito establecido de conformidad con el apartado ii) del inciso a) del párr. 1 del art. 3 se limita a la adormidera en su definición del art. 1. En virtud del párr. 2 del art. 14, sin embargo, la obligación consiste en adoptar "medidas adecuadas para evitar el cultivo ilícito de plantas que contengan estupefacientes y sustancias [...], tales como las plantas de adormidera". Si

12 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., pp. 64 y 65. La cocaína que es la droga que se obtiene luego de diversos procedimientos químicos del arbusto de coca, es, según la referida autora, "una droga de acción corta que tiene efectos potentes y rápidos sobre el sistema nervioso central, especialmente cuando se consume vía intravenosa o cuando es fumada en forma de *crack*. Produce cambios de comportamiento, ideación paranoide, alucinaciones auditivas o táctiles. Puede darse una amplia gama de enfermedades médicas según la vía de administración. Las personas que la consumen por vía intranasal presentan con frecuencia sinusitis, irritación y hemorragia de la mucosa nasal y perforación del tabique nasal. Los que fuman tienen riesgo mayor de presentar problemas respiratorios, infarto, muerte súbita por paro respiratorio y accidentes vasculares cerebrales. Estos incidentes son provocados por la capacidad de la cocaína para aumentar la tensión arterial, provocar vasoconstricción y alterar la actividad eléctrica del corazón. La característica esencial de la abstinencia de cocaína es la presencia de un síndrome característico que aparece en pocas horas o algunos días después de interrumpir o disminuir su consumo abundante o prolongado. Este se caracteriza por la presencia de un Estado de ánimo disfórico acompañado por dos o más de los siguientes cambios fisiológicos: fatiga, sueños vividos y desagradables, insomnio o hipersomnia, retraso o agitación psicomotores".

se considera que una planta no pertenece a una variedad de la especie Papaver somniferum L sino a otra especie del género Papaver, pero se determina que permite producir sustancias estupefacientes, se le incluiría entonces en la categoría de plantas sujetas a esa obligación[13].

Castro de la Mata sostiene lo siguiente:

> La Adormidera, una amapola de donde se extrae el opio, es una de las especies del género Papaver, que comprende, en Sudamérica unas 100 especies originarias en su mayoría en el hemisferio norte. Diversas especies de amapolas se cultivan extensivamente como plantas ornamentales, pero solo se ha demostrado la producción de morfina en la P. somniferum y en la P. setigerum. En el Perú no se han descrito especies nativas, pero se han cultivado unas 7 especies, de las cuales el Papaver somniferum, es la adormidera o amapola del opio[14].

Sequeros indica lo siguiente:

> El opio es el jugo desecado de la adormidera (Papaver somniferum) familia de las papaveráceas. Tales frutos forman unas cápsulas huecas parcialmente divididas por tabiques incompletos. En las parees de la cápsula y tabiques existen canales lactíferos en los que se encuentra el látex. Cuando se hace una incisión en aquella, normalmente unos diez días después de haberse desprendido los pétalos de las flores, segrega un poco de ese jugo, de aspecto lechoso, que al secarse adquiere color pardo y comienza a endurecerse. Se separa de las cápsulas mediante raspado y se recoge en cubetas. Después, al endurecerse, se oscurece. Así se obtiene el opio en bruto, de un olor intenso, parecido al del amoníaco, a la orina en descomposición, y de sabor muy amargo[15].

Del opio mediante diversos procesos químicos se obtiene la morfina, la heroína, la codeína y otras drogas opiáceas.

---

13 Naciones Unidas, *Comentarios a la Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes,* ob. cit., p. 30.

14 Castro de la Mata, Ramiro, *El opio en el Perú,* Lima: Cedro, 2000, p. 11.

15 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 867.

Falcone y Capparelli explican lo siguiente:

> El opio es un narcótico ——palabra griega que significa "cosa capaz de adormecer y sedar"— que se encuentra en Asia Menor y Oriente. Los países que tienen grandes extensiones de cultivo legal son India, Australia, Hungría, Bulgaria, Unión Soviética y España, ello porque crece silvestre en Europa. El opio es el látex seco de la cápsula o fruto sin madurar de la adormidera (Papaver somniferum album); también se la llama "yerba del sueño". La adormidera es una hierba anual que alcanza hasta 1,5 m de altura, que se siembra generalmente a fines de otoño[16].

Joshi Jubert señala que los opiáceos incluyen los naturales (morfina), semisintéticos (heroína) y sintéticos con acción similar a la morfina (codeína, metadona). También se incluyen medicamentos como la pentazocina y la supramorfina. Los opiáceos se prescriben como analgésicos, anestésicos, antidiarreicos o antitusígenos[17].

Ahora bien, como se ha precisado, a efectos de la Convención de Viena de 1988, debe constituir un acto delictivo en la legislación interna de los Estados partes *el cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta*

16 Falcone y Capparelli *Tráfico de estupefacientes y derecho penal,* ob. cit., p. 1112.

17 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 65. En cuanto a los efectos de los opiáceos, Joshi reflexiona que "muchos sujetos con dependencia de opiáceos presentan niveles altos de tolerancia y experimentan abstinencia al interrumpir bruscamente su consumo. Los primeros síntomas de la abstención son subjetivos y consisten en ansiedad, inquietud y sensación de dolor que con frecuencia se localiza en la espalda y las piernas, acompañados de una necesidad irresistible de obtener opiáceos y un comportamiento de búsqueda de droga, irritabilidad y mayor sensibilidad al dolor. Para establecer el diagnóstico de abstinencia deben concurrir tres o más de los siguientes síntomas: náuseas o vómitos, dolores musculares, lagrimeo, midriasis, piloerección, diarrea, fiebre, insomnio. La dependencia de opiáceos normalmente va asociado a una historia de delitos relacionados con las drogas. Para muchos sujetos el efecto que produce el primer consumo de un opiáceo es la disforia, más que la euforia. También puede provocar náuseas o vómitos, depresiones, insomnio, trastorno antisocial, disminución de la agudeza visual por constricción pupilar, venas esclerosadas, alta mortalidad por sobredosis, accidentes, lesiones y otras complicaciones médicas".

de cannabis con objeto de producir estupefacientes. Explicando este aspecto de la Convención SAAVEDRA, sostiene lo siguiente:

> El cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis, ha de significar "dar a la tierra y las plantas las labores necesarias para que fructifiquen". Esta acción "indica una actividad humana desplegada en orden a conseguir un adecuado desarrollo de la planta, sea que quien la ejecuta la haya sembrado o bien que por cualquier otra circunstancia se dedique a propiciar su desarrollo y sin que importe que lo haga por cuenta propia o de un tercero". Comprende la acepción del verbo analizado, no solo a quien la ha sembrado sino también "al que la cuida", y la acción de cultivar puede ser la de quien realiza el cultivo desde su inicio, es decir desde que siembra la semilla, así como la de quien, encontrando la planta ya germinada, realiza los cuidados necesarios para obtener de ella el mejor rendimiento[18].

De otro lado, en los comentarios a esta Convención se sostiene lo siguiente:

> El apartado ii) del inciso a) abarca el cultivo de plantas específicas con el propósito de producir estupefacientes. El tema del cultivo para consumo personal se trató en el párrafo 2 del artículo. 3. La referencia en el presente apartado a las disposiciones de la Convención de 1961 y de esa Convención en su forma enmendada es importante; en virtud de esos textos, ciertos tipos de cultivos son lícitos. El artículo 22 de la Convención de 1961 permite a las partes prohibir el cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis pero no exige esa medida en todos los casos. Cuando se permite el cultivo con fines lícitos, debe aplicarse un sistema de fiscalización. En la Convención de 1961 se prescribe la destrucción de cualquier arbusto de coca ilícitamente cultivado, y en la Convención de 1961 en su forma enmendada se prescribe la destrucción de la adormidera y las plantas de cannabis ilícitamente cultivadas[19].

---

18 SAAVEDRA ROJAS, Édgar, "La política criminal del narcotráfico como consecuencia de la Convención de Viena de 1988", en *La Convención de Viena y el narcotráfico*, Bogotá: Temis, 1991, pp. 31 y32.

19 NACIONES UNIDAS, *Comentarios a la Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico*

En tal sentido, en virtud de las obligaciones internacionales los Estados parte deben establecer en sus legislaciones internas: a) un sistema de fiscalización de las especies vegetales la adormidera, el arbusto de coca y la planta del cannabis; b) controlar su cultivo mediante autorizaciones y evitar su desvío a la producción de drogas ilegales; c) disponer la destrucción ilegalmente cultivo de esas plantas, y d) criminalizar los actos de cultivo de estas especies vegetales cuando tengan como propósito elaborar drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

El legislador peruano ha desarrollado esta última obligación internacional en el art. 296.A del CP, al criminalizar los actos de cultivo de la amapola y la planta del cannabis, pero ha dejado fuera de esta normativa el cultivo del arbusto de coca por razones de uso cultural y ancestral. Sin embargo, de la totalidad de hoja de coca que se cultiva en el Perú, que aumenta gradualmente todos los años, el 90 % se destina a la producción de drogas cocaínicas, lo que complejiza el problema del cultivo de esta planta tradicional en nuestro país.

II. EL PROBLEMA DEL CULTIVO DE LA HOJA DE COCA EN EL PERÚ

1. El uso tradicional de la hoja de coca

Como anotan Matteucci y Morello, la coca se cultiva en los bosques húmedos y muy húmedos subtropicales, llamados yungas y que forman el piso inferior de la Selva alta, en los Andes centrales, mayormente en Perú y Bolivia. Las yungas están en contacto con las selvas pluviales de las tierras bajas en la amazonía, hacia donde se ha comenzado a extender el cultivo de coca recientemente. Ahora bien, estos autores precisan, además, lo siguiente:

> La coca se ha masticado por lo menos durante 5000 años todo a lo largo de los Andes, desde Colombia hasta las provincias del centro de Argentina (San Juan, La Rioja), por varios motivos: a) es un estimulante suave y un tónico vigorizante en condiciones climáticas y de trabajo

Ilícito de Estupefacientes, ob. cit., pp. 49 y 50.

> duras; b) se considera un remedio casero para un amplio espectro de enfermedades; c) cumple un rol simbólico importante en la vida cotidiana y religiosa. Entre el uso del clorhidrato de cocaína como enervante y el coqueo hay un abismo farmacológico y cultural. El descubrimiento del efecto estimulante suave surge del hábito natural del caminante de la selva de arrancar y masticar hojas de distintas especies en una suerte de muestreo inconsciente de gustos. Estudios del valor nutritivo de la hoja de coca comparado con el de 50 plantas alimenticias sudamericanas indican que la hoja tiene mayor contenido en calorías, proteínas, carbohidratos, fibras, calcio (Ca), fósforo (P), hierro (Fe), vitamina A y riboflavina que alimentos tales como oca, papa, yuca, poroto, zapallo. Cien gramos de hoja de coca satisfacen la demanda diaria de Ca, Fe, P, vitamina y riboflavina de un adulto que realiza trabajo físico[20].

El uso ancestral de la coca también lo pone de manifiesto Rivera[21], cuando afirma que los precursores de la costumbre de mascar coca fueron los Chiroteca, extinto pueblo de la alta cultura de Nicaragua entre las bahías de Fonseca y Nicoya, así también precisa que se estima que su cultivo y consumo tiene en los Andes una antigüedad de más de mil años. Además, en todas las cosmogonías americanas aparece el origen divino de la coca, desde los Desana en Colombia hasta las comunidades del Alto Perú, y son precisamente los aimaras los que le dan su nombre: kkoka arbusto[22]. A la llegada de los españoles durante la conquista y

20 Matteucci, Silvia y Jorge Morello, "Pensar en erradicar: aspectos ecológicos del cultivo de coca", pp. 2 y 3. Recuperado de <https://bit.ly/2TlXNir>.

21 Rivera, Gildardo, "Aporte a la historia de la coca en Colombia", en *Ensayos,* n. ° 13, 1998, p. 148.

22 Sobre los orígenes del uso de la coca; Villena *et al.*, sostienen que: "Los datos arqueológicos muestran que las grandes civilizaciones precolombinas de los Andes, han dejado testimonios de la utilización de coca, así las hojas más antiguas, junto a recipientes destinados a contener la cal, han sido descubiertas sobre la costa norte del Perú, en el sitio de Huaca Prieta (2500 a 1800 años a. C.). Otras hojas encontradas en un sitio llamado Asia, situado a 125 km. al sur de Lima, han confirmado que los indígenas de América la utilizaban hace más de 4500 años. Por otra parte, las cerámicas de la civilización Mochica, son particularmente ricas en representación de personajes con las mejillas abultadas por un bolo de coca. Si bien en el presente, la utilización de hojas de coca para el consumo tradicional se

virreinato, estos constataron la importancia del uso ancestral de la coca en las comunidades andinas, y la utilizaron como base de su sistema de tributación, así lo deja de manifiesto RIVERA:

> Los colonizadores españoles, conocedores de los mecanismos de tributación empleados por los caciques, como también de los productos de preferencia para el tributo, reprodujeron las formas tributarias ancestrales renovadas, y orientadas hacia nuevas formas de explotación, siendo esta la explicación al porqué el tributo en coca fue auspiciado e incentivado por ellos[23].

El uso de la coca prosiguió a lo largo de la colonia, Jorge Juan y Antonio Ulloa, que encabezaron una misión científica al Virreinato del Perú a fines de 1746, redactaron un informe sobre la situación del virreinato, donde refieren respecto a la coca lo siguiente:

> Coca o cuca: Así se llama una planta indígena del Perú (xythroxylon coca); crece a la altura de un hombre; el tronco es endeble y se enreda en otros arbolillos como el vid; su hoja es parecida a la del madroño pero mucho más delgada; [...] la planta da tres cosechas de hojas al año, las cuales se arrancan de las ramitas sin dañar los pimpollos y luego se dejan secar al sol. El zumo es muy corroborante, y para los indios es un alimento que parece increíble; [...] el uso que hacen de ella es mascarla, para lo cual la mezclan con una especie de greda o tierra blanquecina que llaman mambi [...] los indios prefieren la coca a todo otro alimento mientras están trabajando, haciendo viajes largos y pasándose días enteros sin comer otra cosa; y sin embargo se mantienen robustos y alegres. La falta de coca es tan sensible en los indios, que no es posible hacerles trabajar sin ella, particularmente en las minas[24].

---

limita a Bolivia y el Perú, los testimonios de 105 cronistas españoles prueban que su utilización se extendía hasta la América Central —en particular a Nicaragua donde era conocida con el nombre de Yaat—y hasta el Caribe". VILLENA CABRERA, Mercedes *et al.*, *El uso de la hoja de coca y la salud pública*, La Paz: Instituto Boliviano de Biología de Altura, 1997, p. 11.

23 RIVERA, "Aporte a la historia de la coca en Colombia", art. cit., p. 148.

24 JUAN, Jorge y Antonio ULLOA, *Noticias secretas de América*, Bogotá: Banco Popular, 1983, pp. 617 y 618. VILLENA *et al.*, nos explican: "La hoja de coca se consume de

El uso de la coca ha continuado a lo largo de los siglos, a pesar del choque cultural que significó la colonización cultural española y la república, el uso ritual de esta planta se encuentra incardinada en las prácticas culturales y religiosas de las comunidades andinas. Al respecto, Villena *et al.* advierten lo siguiente:

> El principal uso de la coca es el ritual. La persecución que sufrió la religión andina ha conducido a la clandestinidad muchos aspectos de su práctica, y, por lo tanto, no se suele hablar abiertamente del valor ritual de la coca. Los campesinos, por defender su consumo, prefieren justificarlo a través del uso en el trabajo, que fue aprobado por los patrones y la iglesia mientras se intentaba suprimir los ritos indígenas. No obstante, hay muchas personas que no utilizan la coca en el trabajo y tampoco en actos sociales como en las visitas, pero sí lo hacen en los velorios, en el cementerio, en Todos Santos o cuando participan en un rito. Mascan también en las noches de martes y viernes, día dedicados al culto de los espíritus terrestres y la brujería maléfica; si se masca coca y fuma cigarro durante esas noches, ninguna maldad ocurrirá y más bien se agradecerá a estos espíritus que pueden, por ejemplo, proporcionar riqueza como el "Tío" de las minas[25].

Según los resultados de la Encuesta Nacional de Hogares sobre Consumo de Hoja de Coca 2013[26], efectuada por INEI por encargo de Devida, existen 3 464 681 de personas que demandan hoja de coca para consumo tradicional, esto es, personas que mastican hoja de coca

---

diversas maneras. La más conocida es el aculli, (un término derivado del verbo aymara akhulliña), descrito en castellano como *mascado*. En realidad, las hojas no se mascan: son colocadas a un lado de la boca, con una pequeña cantidad de iiijta o *lejía* (una sustancia alcalina elaborada con cenizas de una variedad de especies vegetales) hasta formar un bolo. Después se mantiene el bolo en la boca sin mascarlo, chupándolo de vez en cuando para extraer su jugo. Cuando pierde el sabor (después de unas dos horas), el bolo gastado, o jach'u, es eliminado, y se procede a un nuevo aculli". Villena Cabrera, *El uso de la hoja de coca y la salud pública,* ob. cit., p. 21.

25 *Ibid.*, p. 23.

26 Instituto Nacional de Estadística e Informática, *Análisis de los resultados de la encuesta de hogares sobre demanda de la hoja de coca 2013,* Lima: INEI, 2015, pp. 119 y ss.

habitualmente, entre una y siete veces por semana, lo que representa el 14.4 % de la población estudiada a nivel nacional de 12 años a más. Revilla *et al.* advierten lo siguiente:

> Las personas que habitualmente mastican hoja de coca son aquellas dedicadas a la agricultura y ganadería, que viven en áreas rurales de la sierra (sobre los 2300 metros de altitud), el 40 % son analfabetos, su origen es quechua o aymara, su ingreso económico es aproximadamente 175 soles mensuales (equivalente a 50 dólares norteamericanos) y practican el "chacchado" porque la hoja de coca los ayuda a rendir mejor en el trabajo o por tradición[27].

Desde un punto de vista antropológico, Feldman Gracia explica el valor y significado cultural de la coca para las comunidades andinas en la actualidad:

> Los pueblos originarios, y personas especializadas en el empleo de estas plantas [el arbusto de coca], consideran que son "maestras". Para quienes las usan, estas plantas contienen un "espíritu", "encanto", "poder" o "virtud", capaz de transmitir mensajes y enseñanzas a las personas especializadas en su uso ritual. Estas plantas son como maestros en una forma vegetal, aperturan la conciencia y un camino de evolución espiritual.

Esto significa, según el referido autor:

> En la cultura andina, la coca y el wachuma son consideradas plantas maestras. Por consiguiente, desde una perspectiva antropológica que respete el punto de vista de los usuarios tradicionales —curanderos y comunidades andinas—, así deberíamos llamarlas. Entre los investigadores en este tema, en los recientes años también se viene estableciendo un consenso en que son —y deben llamarse— plantas maestras. "Si pues, una planta maestra se llama así precisamente porque te enseña,

27 Revilla Zúñiga, Joseph, María Rivera Encinas y Lizardo Cruzado, "Diagnóstico erróneo de psicosis inducida por cocaína en una persona con esquizofrenia y masticadora de hojas de coca", en *Revista de Neuro-Psiquiatría*, vol. 79, n.° 2, 2016, p. 120.

> y también se le llama planta sagrada ¿y por qué son sagradas? por que trabajan con el río de vida que tienes dentro del cuerpo, limpiando y afinando tu energía"[28].

Se pone de manifiesto, entonces, el profundo componente cultural y religioso del uso de la coca, así lo advierten Villena *et al.*:

> La coca también tiene importancia en los ritos agrícolas, y en algunas regiones, antes de mascar se acostumbra seleccionar unas hojas perfectas y soplarlas hacia los cerros guardianes. Igualmente se ha integrado al culto católico ya que se consume coca en las fiestas dedicadas al santo patrón de cada lugar, y tiene una importancia sobresaliente en todos los ritos asociados al culto de los muertos. Mascando coca, uno se protege de la influencia peligrosa del cadáver en el velorio, del kharisiri o "degollador" que ataca a los viajeros para extraer su grasa, de los sortilegios dé los brujos malignos, mientras que la coca en mates o cataplasmas cura las enfermedades e infecciones, y como ofrenda consigue la buena voluntad de los espíritus terrestres y la Pachamama, Madre Tierra. Así, esas hojas verdes resumen en sí toda la tradición ancestral de la cultura andina[29].

En suma, el arbusto de coca es una planta que crece de manera natural en toda la región andina en condiciones climáticas particulares, que presenta una gran variedad de especies, respecto de la cual se ha comprobado científicamente que posee un gran valor nutricional. Ha sido conocida y utilizada por las poblaciones originarias desde hace por lo menos 5000 años, sus hojas han sido utilizadas para el chacchado para afrontar largas horas de trabajo y soportar las condiciones climatológicas de los Andes, para la cultura andina hay un componente sagrado y cultural ancestral en el uso de la hoja de coca, se le utiliza en rituales como el "pago a la tierra".

---

28 Feldman Gracía, Leonardo, *Coca y wachuma: sus prácticas y significados en la cultura andina y en Lima*, tesis para optar el grado académico de doctor, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2011, pp. 19 y 20.

29 Villena Cabrera, *El uso de la hoja de coca y la salud pública*, ob. cit., p. 24.

El TC también ha constatado esta realidad:

> El cultivo y el consumo de la hoja de coca en el Perú ha formado parte de la tradición histórica y cultural de un importante sector de la población andina. En manifestación tradicional fuertemente arraigada que se ha transmitido de generación en generación desde tiempos prehispánicos hasta la actualidad, para dichas comunidades, la hoja de coca tiene una significación de especial valía en una dimensión religiosa, medicinal, económica y social[30].

Además, debe quedar claro que la coca no es igual que la cocaína, por lo que el cultivo de la hoja de coca no puede ser considerado como un acto delictivo *per se*, si bien la hoja de coca es la materia prima prioritaria para la producción de cocaína, se encuentra muy alejada de la fase final de extracción del alcaloide y la comercialización de la droga:

> Es preciso incidir en que la hoja de coca no es sinónimo de cocaína. Ni siquiera constituye, en su estado natural, la fase inmediatamente previa a la obtención en el ciclo productivo de aquel alcaloide altamente adictivo, pues dicha fase intermedia se encuentra constituida por la elaboración de pasta básica de cocaína bruta y lavada, a la que debe añadirse el uso de insumos químicos que, en sí mismos, tampoco constituyen productos prohibidos, sino regulados en su comercialización y uso industrial[31].

El uso tradicional de la hoja de coca tiene un componente cultural innegable que es reconocido y respetado por el Estado, razón por la cual cualquier política pública que se adopte sobre el cultivo de la hoja de coca debe respetar este componente cultural:

> En tanto el uso tradicional de la hoja de coca determina una identidad socio cultural entre esta planta y un importante sector de la población,

30 Tribunal Constitucional, *Exp. N.os 0020-2005-PI/TC* y *0021-2005-PI/TC* (acumulados), f. j. n.° 92.

31 Tribunal Constitucional, *Exp. N.os 0020-2005-PI/TC* y *0021-2005-PI/TC* (acumulados), f. j. n.° 94

> toda política orientada a su regulación, no puede perder de vista esta innegable realidad, que debe ser afrontada sobre la base de un amplio conocimiento de sus particulares dimensiones y no bajo la influencia de iniciativas nacionales o extranjeras carentes de identificación con el tema[32].

Esta realidad impide que el Estado considere como acto preparatorio punible el cultivo de la coca como lo exigen las obligaciones internacionales derivadas de los tratados internacionales sobre tráfico ilícito de drogas.

De esta manera, si bien la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, señala que todos los Estados miembros están obligados a prohibir el cultivo del arbusto y/o planta de hoja de coca, y como tal debe ejercer todas las acciones que tiene en su poder para eliminarlo, y donde se realizan cultivos del arbusto de coca se aplicará un sistema de fiscalización, además, el art. 14 de la Convención de Viena de 1981, plantea lo siguiente:

> Cada una de las partes adoptará medidas adecuadas para evitar el cultivo ilícito de las plantas que contengan estupefacientes o sustancias sicotrópicas, tales como las plantas de adormidera, los arbustos de coca y las plantas de cannabis, así como erradicar aquellas que se cultiven ilícitamente en su territorio. Las medidas que se adopten deberán respetar los derechos humanos fundamentales y tendrán debidamente en cuenta los usos tradicionales lícitos, donde al respecto exista la evidencia histórica, así como la protección del medio ambiente.

En esa medida, el Perú al suscribir la Convención de Viena de 1981 planteó como reserva la autorización de la "masticación de hoja de coca", conforme al art. 49 de la Convención[33], reservandose el derecho de

32 Tribunal Constitucional, *Exp. N.os 0020-2005-PI/TC* y 0021-*2005-PI/TC* (acumulados), f. j. n.° 101.

33 Art. 49: "1. Al firmar, ratificar o adherirse a la Convención, toda parte podrá reservarse el derecho de autorizar temporalmente en cualquiera de sus territorios:
a. El uso del opio con fines casi médicos.
b. El uso del opio para fumar.

autorizar la masticación de la hoja de coca en su territorio, al advertir que el art. 3, párr. 1, inc. a, apartado ii, de la Convención de Viena, no establece la diferenciación entre cultivo lícito e ilícito, lo que resulta necesario a efectos de la tipificación de un delito de tráfico ilícito de drogas, según se desprende de la Resolución Legislativa N.° 25352, de 23 de noviembre de 1991.

2. Los cultivos ilegales de hoja de coca y mecanismos de fiscalización

En ese contexto, a la par de los cultivos de coca "legales" destinados al consumo tradicional y la industria, la mayor parte de los cultivos se destina a la producción de drogas cocaínicas; según Enaco, casi el 90 % de la misma son utilizadas en la elaboración o fabricación de drogas cocaínicas, actividad que se realiza principalmente en las mismas zonas de cultivos. Así lo explica la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito-UNODC:

> Al 2016, la producción potencial de hoja de coca alcanzó 105 960 TM de hoja seca, volumen superior en 10 % respecto del 2015 (96 304 TM). De acuerdo con el INEI, 10 728 TM son destinadas al consumo tradicional y 163 TM al uso industrial según Enaco. Es decir, al menos 95 069 TM estarían articuladas al tráfico ilícito de drogas para su transformación en derivados[34].

---

c. La masticación de la hoja de coca".

34 Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, *Perú. Monitoreo de cultivos de coca 2016*, Lima: UNODC, 2017, p. 59. En este documento se explica que: "El volumen total de hoja de coca secada al sol, se calculó con base en los datos de rendimiento por hectárea de UNODC-SIMCI dispone para las principales zonas cocaleras (Vraem, Alto Huallaga, La Convención y Lares). Esta información fue obtenida entre 2003 y 2004, bajo una metodología establecida por ICMP, validad entre 2005 y 2006. Asimismo, ha calculado el valor de la producción potencial en parcela de hoja de coca seca al sol en USD 358 millones, cálculo realizado con base a la producción potencial de hoja de coca y el precio promedio aritmético de hoja [...] se observa, como resultado de este proceso, que el mayor volumen de producción da en el Vraem, con 73 643 (70 % del total nacional). La elevada oferta de hoja de coca en esta zona, no solo es consecuencia del incremento de la superficie cocalera, sino también de la productividad promedio que llega a 3,627

Las razones por las cuales se ha producido un incremento de las zonas de cultivo ilegales de hoja de coca que se destinan a la producción de drogas, se debe, como advierte Obando:

> Por qué los campesinos de determinados países en vías de desarrollo producen los cultivos que son la materia prima para la elaboración de estas drogas. La respuesta no es muy difícil de encontrar. Precisamente porque está prohibido. La prohibición, existiendo una alta demanda, genera precios considerablemente altos y por lo tanto da lugar a la creación de mafias que se dedican a comercializar las sustancias prohibidas. En la medida en que algunas de estas drogas tienen una procedencia natural, es decir provienen de plantas y no de químicos, se necesita que campesinos o colonos se dediquen a producir cultivos prohibidos, como la coca. La razón por la cual estos producen tiene que ver con la pobreza agraria. Este tipo de cultivos le da al campesino o colono un ingreso que ningún cultivo lícito le daría[35].

Así, por ejemplo, en la zona del Vraem, el precio promedio en el mercado ilícito del kilo de hoja de coca seca es aproximadamente de USD 3.1, es decir, alrededor de S/ 11.00, precio que supera a cualquier cultivo lícito, en la misma zona el precio de un kilo de papa es de S/ 0.75.

De esta manera, como explica Obando[36], en el caso peruano los diferentes gobiernos han descuidado la política agraria, ya que, el país ha sufrido un proceso acelerado de urbanización, con lo cual, la mayor cantidad de población se encuentra en las ciudades, de ahí que, los políticos prefieren invertir los recursos en las zonas urbanas lo que les produce mayores réditos políticos, esto genera que la inversión estatal en el campo sea mínima, en estas zonas el campesino no tiene acceso

---

Kg de hoja seca por hectárea. Según lo observado en los estudios de UNODC-SIMCI en 2003 y 2004, esto podría ser producto de la alta densidad de plantas por unidad de área (más de 100 000) y el intenso uso de agroquímicos que permitiría cuatro o cinco cosechas al año".

35 Obando, Enrique, "El tráfico ilícito de drogas en el Perú, cuarenta años después", en *Revista Temática Centro de Altos Estudios Nacionales*, n.° 2, 2016, p. 21.

36 Obando, "El tráfico ilícito de drogas en el Perú, cuarenta años después", art. cit., pp. 21 y 22.

al crédito para tecnificar su producción, tampoco cuenta con vías de comunicación adecuada para sacar su producto al mercado nacional o internacional, siendo, además, que los precios de los productos agrícolas son muy bajos. Un problema adicional es que nuestro país no subsidia la agricultura como lo hacen los países desarrollados, por lo que nuestros productos no pueden competir a nivel internacional. Con lo cual, el agricultor por las estrictas leyes del mercado le resulta más provechoso el cultivo ilegal de la hoja de coca que se destina a la producción de drogas ilegales, operación manejada por las redes de narcotráfico que "para un agricultor el cultivo de coca le soluciona el problema del crédito, el que corre por parte del traficante de drogas, le soluciona el problema de llevar la producción a los mercados, ya que el narcotraficante llega hasta él para comprarle su producción y le paga por su producto varias veces más que por un cultivo legal"[37].

Ante esta realidad, el Estado cuenta con mecanismos de fiscalización parciales del cultivo de hoja de coca legal a través de Enaco S. A., un programa de sustitución de cultivos y erradicación de cultivos ilegales que se ha aplicado con éxito en especial en la zona del valle del río Huallaga, pero que por razones socio-económicas tiene problemas de aplicación en el Vraem.

Si bien la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes establece en sus arts 23 y 26 que en el caso de que un Estado parte autorice el cultivo arbusto de coca y hoja de coca debe aplicar un sistema de fiscalización que establezca un organismo oficial para desempeñar las siguientes funciones: a) designar zonas y parcelas de terreno en que se permitirá el cultivo; b) solo podrán dedicarse a dicho cultivo los cultivadores que posean una licencia; c) cada licencia especificará la superficie en la que se autoriza el cultivo; d) todos los cultivadores estarán obligados a entregar la totalidad de sus cosechas; e) se comprará y tomará posesión material de dichas cosechas, lo antes posible, a más tardar cuatro meses después de terminada la recolección; el Estado peruano

37 *Ibid.*, p. 22.

no ha establecido un sistema de fiscalización semejante, no se tiene un registro de agricultores autorizados, ni se emiten autorizaciones para el cultivo, ni se compra toda la producción de hoja de coca por parte de un organismo estatal.

Se ha implementado mecanismos de control del cultivo de la hoja de coca a través de la Empresa Nacional de la Coca Sociedad Anónima-Enaco[38], que tiene las siguientes funciones: a) ejecutar la comercialización interna de la hoja de coca y de los productos y subproductos provenientes de su industrialización; b) ejecutar la comercialización externa de la hoja de coca y de los productos y subproductos provenientes de su industrialización, y c) ejecutar la industrialización de la hoja de coca. Además, Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas-D. L. N.° 22095, en su art. 33 refiere lo siguiente:

38 En el Informe institucional de Enaco se advierte una reseña histórica de la institución: "El 22 de julio de 1949 se creó mediante Ley N.° 11064, el estanco de la coca, un monopolio estatal con funciones reguladoras sobre el sembrío, cultivo, cosecha, distribución, consumo y exportación de la planta de coca y sus derivados. El 5 de diciembre de 1978, se crea Enaco S. A., como una empresa pública del sector agrario, constituida como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, económica y técnica, con el rol de ejercer el monopolio de la comercialización e industrialización de la hoja de coca, según su Ley Orgánica, aprobada por D. L. N.° 22370. Por D. S. N.° 008-82-AG se aprueba la conversión de la Empresa Nacional de la Coca en una empresa estatal de derecho privado, sujeto a la modalidad de sociedad anónima, sujeta a la Ley de Sociedades Mercantiles, a la Ley de la Actividad Empresarial del Estado y demás normas que le sean aplicables, con la finalidad de coadyuvar a preservar la salud de la población a través de la comercialización de la hoja de coca y sus derivados, así como su industrialización para fines benéficos. El D. L. N.° 22095 del 21 de febrero de 1978, Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas, dispuso que solo el Estado, a través de Enaco S.A. realizará la comercialización interna y externa de la hoja de coca y somete a fiscalización los productos o insumos industriales utilizados en la elaboración de drogas y establece la obligación de empadronamiento de los conductores de los predios, que se encontraban dedicados al cultivo de la hoja de coca". Empresa Nacional de la Coca S. A., *Plan estratégico institucional 2013-2017: "hoja de coca legal: tradición ancestral e inclusión social"*, Cusco: Enaco S. A., 2013, p. 5.

> Erradicado o sustituido el cultivo de la coca de los predios de propiedad individual y de las empresas asociativas, solo el Estado a través de Enaco, podrá desarrollar dicho cultivo, cuando lo justifique su industrialización, exportación, uso medicinal o fines de investigación científica. El cultivo de las demás especies vegetales sujetas a fiscalización, será de exclusividad del Estado y únicamente para los fines que se indican en el párrafo anterior.

También se contempla la afectación y expropiación de predios destinados al cultivo ilegal de hojas de coca cuando no estén directamente conducidos por sus propietarios, además, el art. 35 prescribe:

> Serán incautados por el Estado y adjudicados a favor de los campesinos sin tierra, los predios de propiedad individual que total o parcialmente estuvieran cultivados con coca y no procedieran sus propietarios a sustituir o erradicar dichos cultivos dentro de los términos siguientes: a) Predios de más de 10 hectáreas, dentro de 2 años computados desde la fecha de vigencia de la presente Ley; y, b) Predios de 5 a 10 hectáreas, dentro de 3 años computados desde la fecha de vigencia de la presente Ley.

Cabe advertir en esa lógica conforme con la segunda disposición transitoria de Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas-D. L. N.° 22095, lo siguiente:

> Mientras que la Empresa Nacional de la Coca (Enaco S. A.) no cuente con los medios para asumir las atribuciones que le confieren el presente Decreto Ley, controlará y normará el acopio, secado y transporte para su distribución, a fin de que la producción de la coca no derive a fines ilícitos. Así mismo, determinarán anualmente los fundos cuyos conductores, deban venderle obligatoriamente la totalidad de su producción, de acuerdo con las disposiciones del Comité Multisectorial de Drogas.

De esta manera, queda en evidencia que hasta la fecha no se le dota a Enaco S. A. de los medios para asumir totalmente las atribuciones que se les confieren y establecer un mecanismo de fiscalización conforme lo ordena la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes.

En la misma línea, el D. Leg. N.° 1241, Decreto Legislativo que Fortalece la Lucha Contra el Tráfico Ilícito de Drogas, en su art. 4 reitera que el Estado fiscaliza el cultivo ilegal de todas las variedades de coca, estableciendo la prohibición de cultivo de coca en áreas no empadronadas por la autoridad competente, así también prohíbe la siembra de nuevas plantaciones y la resiembra de nuevas plantaciones en áreas de cultivos de coca erradicados. Se precisa, en esa medida, que las plantaciones de coca ilegalmente cultivadas son objeto de erradicación según el programa de erradicación establecido en la Estrategia Nacional de Lucha contra la Drogas y ejecutado por el Programa Especial de Erradicación del Ministerio del Interior con apoyo de la Policía Nacional. La referida norma también prescribe que la producción de hoja de coca legalmente cultivada debe ser entregada en su totalidad a Enaco S.A. para su comercialización. También se establece norma sobre la incautación y decomiso de predios destinados al cultivo ilegal de arbusto de coca.

Los tipos penales contenidos en el art. 296.A y 296.C del CP responden a esta realidad, por un lado, en el párr. 1 del art. 296.A se criminalizan los actos de cultivo y siembra de plantas de amapola o adormidera de la especie *papaver somniferum* y la planta de marihuana de la especie *cannabis sativa*, excluyendo con objeto material del delito al arbusto de coca; el segundo párrafo criminaliza los actos de comercialización y transferencia de semillas de estas plantas fiscalizadas (adormidera y *cannabis sativa*); mientras que el último párrafo criminaliza la siembra o cultivo compulsivos de estas plantas y de la planta de coca, apareciendo el arbusto de coca como objeto material de este tipo penal. Por otro lado, el art. 296.C criminaliza los actos de resiembra de arbusto de coca de predios que hayan sido sometidos a programas de erradicación de cultivos ilegales.

III. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 296.A DEL CÓDIGO PENAL

El art. 296.A del CP, referido a la comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva, prescribe:

El que promueve, favorece, financia, facilita o ejecuta actos de siembra o cultivo de plantas de amapola o adormidera de la especie *papaver somniferum* o marihuana de la especie cannabis sativa será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho años ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al art. 36, incisos 1), 2) y 4).

El que comercializa o transfiere semillas de las especies a que alude el párrafo anterior será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con ciento veinte a ciento ochenta días-multa, e inhabilitación conforme al art. 36, incisos 1) y 2).[39]

La pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y de noventa a ciento veinte días-multa cuando:

1. La cantidad de plantas sembradas o cultivadas no excede de cien.
2. La cantidad de semillas no excede de la requerida para sembrar el número de plantas que señala el inciso precedente.

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años, e inhabilitación conforme al art. 36, incisos 1) y 2), el que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a la siembra o cultivo o al procesamiento ilícito de plantas de coca, amapola o adormidera de la especie papaver somníferum o marihuana de la especie cannabis sativa.[40]

Se excluye de los alcances de lo establecido en el presente artículo, cuando se haya otorgado licencia para la investigación, importación y/o comercialización y producción, del cannabis y sus derivados con fines medicinales y terapéuticos. De incumplirse con la finalidad de la licencia señalada se aplica la pena prevista en el presente artículo. Será reprimido con la pena máxima más el cincuenta por ciento de la misma al funcionario público que otorga irregularmente licencia o autorización referida.

---

39 En virtud al art. 1 del D. Leg. N.° 1367, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de julio del 2018, se agrega a este párrafo la pena de inhabilitación conforme a los incs. 1 y 2 del art. 36.

40 En virtud al art. 1 del D. Leg. N.° 1367, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de julio del 2018, se agrega a esta figura delictiva la pena de inhabilitación conforme a los incs. 1 y 2 del art. 36.

Analizando este tipo penal, Prado Saldarriaga advierte lo siguiente:

> 296. A del Código Penal adquirió un nuevo contenido con la Ley N.° 28002. El legislador incorporó en dicha disposición la tipificación de las conductas punibles vinculadas a la siembra, cultivo y procesamiento inicial de plantas de coca, amapola y marihuana. Las reformas introducidas a dicha disposición por el D. Leg. N.° 982 en julio del 2007, fueron mínimos y se limitaron en la identificación de las plantas de amapola, una denominación alternativa para precisar su nombre científico "adormidera" y su especie "papaver somniferum"[41].

En esa línea, Reyna Alfaro, después de reseñar que el art. 296.A primigenio se encontraba orientado a la represión del delito de recepción y que partir del 2003 pasa a regular los actos de siembra y cultivo de amapola y marihuana, explica lo siguiente:

> A partir del 2003 se deja de utilizar el art. 296.A del CP para regular la receptación de bienes provenientes del tráfico de drogas y se reorienta su sentido hacia la punición de la comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva. Aparecen así, sucesivamente, la Ley N.° 28002, del 17 de junio del 2003 y el D. Leg. N.° 982, del 22 de julio del 2007 que regularon dicha figura. La Ley N.° 30681 cierra momentáneamente dicha evolución[42].

Al interior del art. 296.A del CP se encuentran regulados tres delitos diferentes: actos vinculados a la siembra y cultivo de amapola y marihuana; comercialización o transferencia de semillas; siembra, cultivo y procesamiento de plantas de coca, amapola y marihuana mediante coacción.

---

41 Prado Saldarriaga, Víctor, *Criminalidad organizada. Parte especial.* Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 189.

42 Reyna Alfaro, Luis Miguel, "Reflexiones preliminares sobre los impactos de la Ley N.° 30681 (Ley que regula el uso medicinal y terapéutico del cannabis y sus derivados) del 17 de noviembre del 2017, en la regulación de los artículos 296.A, 299 y 300 del Código Penal", en *Delitos de tráfico ilícito de drogas. Problemas esenciales desde la dogmática penal y el derecho probatorio,* Lima: Jurista, 2018, p. 350.

1. Actos vinculados a la siembra y cultivo de amapola y marihuana

El primer párrafo del art. 296.A del CP considera como delito: "El que promueve, favorece, financia, facilita o ejecuta actos de siembra o cultivo de plantas de amapola o adormidera de la especie papaver somniferum o marihuana de la especie cannabis sativa". Como se observa, el comportamiento central de este tipo delictivo son los actos de siembra o cultivo de plantas de amapola o marihuana, pero no se agota ahí sino que criminaliza los actos de promoción, favorecimiento, financiamiento o facilitación, de esta manera, eleva la forma de participación criminal a la condición de autoría. Prado Saldarriaga comenta que este artículo: "describe un tipo penal alternativo que regula varias opciones de conducta típica. Sin embargo, para la tipicidad será suficiente que el agente ejecute, cuando menos, una de tales alternativas"[43].

1.1. Modalidades típicas: comportamiento central actos de siembra o cultivo de plantas de amapola o marihuana

Al respecto, Soto Nieto[44] plantea que el cultivo son actividades preparatorias encaminadas a la producción de la droga que la previsión del legislador ha tipificado como delito en sí, en cuanto constituyen antecedente necesario para la obtención del producto cuyo destino al tráfico se vislumbra. En el mismo sentido, Cornejo sostiene que se reprime un acto preparatorio como es el cultivo, así explica lo siguiente:

> Cuando se dice que la siembra o cultivo de plantas para producir estupefacientes [...] son actos preparatorios punibles, se quiere significar que el autor, sin autorización o con destino ilegítimo, aún no comenzó la cadena del tráfico, pero el riesgo potencial consiste en que sin las plantas [...] destinados a la producción o fabricación resultaría imposible la existencia de droga. Es decir, se castiga la etapa embrionaria del tráfico de drogas.[45]

---

43 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada*, ob. cit., p. 191.

44 Soto Nieto, Francisco, *El delito de tráfico ilegal de drogas*, Madrid: Trivium, 1989, p. 56.

45 Cornejo, Abel, *Estupefacientes*, 2.ª ed., Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2009, pp. 50 y 51.

En la misma línea, la palabra siembra remite al verbo 'sembrar'. En este sentido, siembra quien esparce las semillas en la tierra preparada para tal fin; o quien las desparrama o las esparce. Los autores no difieren en cuanto al significado de los distintos conceptos empleados por el legislador. La acepción de siembra es la del Diccionario de la Real Academia Española, en cuanto sembrar es arrojar y esparcir las semillas en la tierra preparada para este fin. La definición de cultivo, básicamente, tiene el mismo origen: dar a la tierra y a las plantas las labores necesarias para que fructifiquen. Esto, aun cuando existan otras precisiones que permitan diferenciaciones[46]. En una posición crítica, Álvarez García, plantea lo siguiente:

> Por actos de cultivo pueden entenderse aquellas tareas que se llevan a cabo sobre la tierra y sobre las especies botánicas, dirigidas al desarrollo de las mismas y que van desde la siembra hasta la recolección. Los actos anteriores a la siembra, como pueden ser los de preparación del terreno o la posesión de semillas, no suponen todavía un inicio de ejecución, pues no puede afirmarse que el cultivo ha comenzado, y, en consecuencia, son conductas que no pueden subsumirse en el art. 368 del Código Penal, ni siquiera como tentativa[47].

Peña-Cabrera señala lo siguiente:

> Por actos de cultivo debemos entender, conforme a la definición de términos que contiene el inciso 8 del art. 89 del D. L. N.° 22095, diferentes conductas relacionadas con el sembrado, germinación, cosecha y recolección de vegetales que contengan sustancias fiscalizadas. En el cultivo quedan, pues, comprendidos los actos de preparación de la tierra destina a área de sembrío; el proceso de la siembra o distribución de las semillas de amapola en el terreno previamente destinado como área de cultivo; y, también, los actos de conservación y regadío de las plantas germinales[48].

46 Medina, Miguel Antonio, *Estupefacientes. La ley y el derecho comparado*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, pp. 50-51.

47 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., pp. 30 y 31.

48 Peña-Cabrera Freyre, Alonso, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, Lima:

Joshi Jubert sostiene que entendemos que el concepto de cultivo que importa a efectos penales debe partir del significado literal del término, limitado por la finalidad de protección de la salud pública, bien jurídico protegido. Así pues, por cultivo debe entenderse la siembra, plantación y recolección de elementos a partir de los cuales puedan obtenerse las sustancias mencionadas, siempre que dicho cultivo cumpla con los requisitos generales exigidos en el tipo penal, esto es, plantas destinadas a la producción de sustancias estupefacientes o que se puedan emplear como tales[49].

Siguiendo a Queralt Jiménez: "Al hablar de actos de cultivo debe entenderse por tal la producción de plantas de las que se obtienen los principios activos naturales de ciertas drogas, con independencia del proceso de elaboración para obtenerlas"[50].

Para Peña Cabrera:

> En principio, la extensión de las zonas de cultivo es irrelevante para la tipicidad. No obstante, si el número de plantas germinadas en el terreno no excede de cien, la represión del hecho punible podrá ser objeto de atenuación conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo de este artículo [disposición ahora contenida en el tercer párrafo del art. 296.A CP]. Sin duda, estamos ante determinadas conductas que no resultan en realidad próximas a un estadio de comercialización y/o tráfico de sustancias prohibidas; podrían ser reputadas y/o catalogadas, por tanto, como "actos preparatorios", que por motivos estrictos de política criminal son objeto de penalización, dada su evidente trascendencia en el circuito delictivo del TID[51].

Rodhas, 2013, p. 154. En el mismo sentido, Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 193.

49 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 118.

50 Queralt Jiménez, Joan, *Derecho penal español. Parte especial,* Barcelona: Atelier, 2008, p. 997.

51 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos,* ob. cit., pp. 153 y 154.

Falcone y Capparelli[52] precisan que sembrar es arrojar y esparcir semillas en la tierra preparada para dicho fin, con el propósito de producir estupefacientes. En el mismo sentido, Cornejo explica lo siguiente:

> La acción de sembrar es arrojar y esparcir las semillas en la tierra preparada con este fin, mientras que la acción de cultivar es dar a la tierra en que se sembrarán las plantas las labores necesarias para que fructifiquen. Para que la siembra sea fecunda es menester cultivar la tierra. El delito doloso, admite tentativa, es de peligro abstracto y, por cierto, es una de las actividades primigenias para la puesta en marcha de la cadena de tráfico, ya que aún para las drogas sintéticas que se elaboran en los laboratorios es necesario contar con las plantas de las cuales se extrae la droga[53].

En suma, el objeto del cultivo son todos aquellos elementos que pueden ser sembrados o recolectados y de los cuales pueda extraerse o fabricarse sustancias tóxicas. El cultivo de las plantas fiscalizadas precisadas en el tipo penal es un típico acto preparatorio que por criterios político-criminales ha sido elevado a la condición de delito autónomo, se trata actividades primigenias imprescindibles para el inicio de la cadena o ciclo de la droga; sin la materia prima indispensable para la elaboración de la droga ilícita se rompe el circuito. Así lo constata Hernández Gil[54] cuando sostiene que no importa que el tráfico aparezca como algo remoto si se prevé como posible, el *iter punible* se inicia en un momento anterior incluso a la existencia de la droga con la originación de las actividades propias de su producción o creación.

En ese marco, entonces, como advierte Sequeros Sazatornil:

> [S]e presenta el cultivo, esencialmente, como una actividad instrumental que solo alcanza relevancia jurídica en la medida en que su

52 Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal,* ob. cit., p. 137.

53 Cornejo, *Estupefacientes,* ob. cit., p. 50.

54 Hernández Gil, "El tráfico de estupefacientes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *La Ley,* 1981, p. 885. Citado por Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 99.

> práctica tiene como finalidad la producción de la droga. Necesitadas de condiciones adecuadas para dicho fin, quedarán despenalizadas aquellas conductas que, por falta de idoneidad del medio, resultan inadecuadas para la producción de aquella[55].

Precisando esa caracterización de los actos de cultivo de plantas destinadas a la elaboración o fabricación de drogas, STS español N.° 2054/2002, de 9 de diciembre, delimita el concepto de cultivo acogiendo la que es la doctrina pacífica de la Sala y, así, considera que el cultivo entra dentro de la tipicidad del art. 368 en razón de la consideración del delito contra la salud pública como peligro abstracto conforme a nuestra jurisprudencia. Ahora bien, continúa la sentencia, la tipicidad que se predica de todo cultivo, en tanto que pone en peligro el bien jurídico protegido, no significa sin más que el delito alcance el grado de consumación por la sola acción de su plantación o semillado: se requiere que tal cultivo se encuentre en condiciones de servir a la finalidad que se persigue con el mismo, cual es la extracción de los productos naturales necesarios para obtener su fruto[56].

Se requiere, entonces, que los actos de cultivo sean idóneos para la producción de las plantas fiscalizadas, y que esta producción sea dirigida a la extracción, elaboración de drogas ilegales para el consumo de terceros[57]. En esa medida, el cultivo o siembra para autoconsumo o consumo compartido escaparían de la tipicidad subjetiva exigida por la norma penal:

---

55 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 99.

56 Rodríguez Ramos, Luis (dir.) *et al., Código Penal, concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias,* t. II, 4.ª ed., Madrid: La Ley, 2009, p. 1127.

57 En esa línea, STS español N.° 457/2007, de 29 de mayo, señala que el delito no se comete solo en casos de explotación industrial sino de cultivo con destino al consumo de terceros, que es la justificación de la Audiencia para entender perfeccionado el delito. No se requieren mayores precisiones para integrar el tipo, ni siquiera las operaciones a realizar para ser consumidas. Citado por Rodríguez, *Código Penal, concordado y comentado,* ob. cit., p. 1127.

> Dado que los actos de cultivo, al igual que los restantes actos recogidos específicamente en el tipo, han de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, aquellas conductas que no tengan idoneidad objetiva para difundir dicho consumo y, con ello, poner en peligro el bien jurídico protegido han de considerarse atípicas. Así, los cultivos autorizados, los cultivos dirigidos al autoconsumo o al consumo compartido y, en general, todos aquellos cultivos que no tengan esa capacidad objetiva de difusión [...][58].

Lo mismo sucede con el cultivo o siembra del cannabis con fines médicos o terapéuticos, siempre que previamente se cuente con licencia o autorización conforme a las reglas establecidas en la Ley N.° 30681, Ley que Regula el Uso Medicinal y Terapéutico del Cannabis y sus Derivados, de fecha 17 de noviembre del 2017. Así, el último párrafo del art. 296.A del CP que excluye de responsabilidad penal a quienes producen cannabis y sus derivados con fines médicos o terapéuticos, con licencia expedida por el Ministerio de Salud, y su posesión y utilización en el marco de un tratamiento controlado por un médico tratante también se encuentra excluido de responsabilidad penal conforme al último párrafo del art. 299 del CP.

De otro lado, Martínez Burgos sostiene que el término "cultivo" utilizado en la regulación española[59] genera confusión, ya que "no puede ofrecerse jamás actos de cultivo [...] de drogas o estupefacientes, sino tan solo de plantas o especies botánicas que contengan en sí, o de las que puede obtenerse las referidas drogas"[60]. Por lo que Prieto Hernández,

58 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 31.

59 Art. 368 del CP español: "Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos".

60 Martínez Burgos, César, "El cultivo como modalidad punible del art. 344 del Código Penal", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año xxxvii, p. 13.

también analizando la legislación española, refiere que "hubiera sido preferible referirse a cultivos de plantas destinadas a la producción de sustancias estupefacientes o que se pueden emplear como tales [...]"[61]. En el caso del primer párrafo del art. 296.A del CP peruano, los actos de siembra o cultivo expresamente se refieren a las plantas de amapola o adormidera de la especie *papaver somniferum* o marihuana de la especie *cannabis sativa*, de las que, como se sabe, se obtienen drogas tóxicas. El caso material del delito en el tipo penal peruano son las plantas de amapola o adormidera de la especie *papaver somniferum* o marihuana de la especie *cannabis sativa*. Tipo penal que excluye el cultivo del arbusto de coca por razones de uso cultural y religioso conforme a lo ya explicado precedentemente.

Así, por ejemplo, en el Recurso de Nulidad N.° 1037-2014, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema conoció de hechos relacionados al hallazgo de 287 plantas de *cannabis sativa*, conforme se desprende de la citada ejecutoria suprema:

> [S]e advierte que el catorce de octubre del dos mil once, a las quince horas, aproximadamente, personal policial y el representante del Ministerio Público, efectuaron un operativo en el lugar denominado Higos, del sector Llacma, comprensión del distrito de Llumpa-Mariscal Luzuriaga, teniendo como referencia el kilómetro cero cero seiscientos veinte Llumpa, encontrando en dicho inmueble, en un área de doscientos metros, aproximadamente, un total de doscientos ochenta y siete plantas que resulto ser cannabis sativa (marihuana), procediéndose al desplante, conteo, extracción de muestra e incineración, así como se procedió al embalaje, lacrado y sellado de la muestra para ser remitido al Laboratorio Central de Lima para su análisis físico-químico y pesaje correspondiente; obteniéndose respuesta positiva, esto es, que se trataba de cannabis sativa-marihuana con un peso de ciento treinta gramos[62].

---

61 Prieto Hernández, Javier, *El delito de tráfico y el consumo de drogas*, Pamplona: Aranzadi, 1993, p. 259.

62 Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 1037-2014-Áncash*, 9 de agosto del 2016.

Un caso interesante analizado por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema lo constituye el Recurso de Nulidad N.° 2622-2014 Áncash, donde se aprecia el hallazgo de semillas de marihuana, plantas de marihuana sembradas listas para la cosecha, plantas de marihuana en proceso de secado y marihuana procesada lista para el consumo.

> El seis de febrero de dos mil diez, aproximadamente a las quince horas con treinta minutos, personal policial de la Divandro-HUARAZ se constituyó al Caserío de Huanila, Pampas Grande de Huaraz, específicamente al lugar denominado Naquiash, Fundo Colonia, de propiedad de don Próspero Colonia Villanque, lugar donde existían plantaciones de marihuana dentro del maizal, en una extensión aproximada de dos a tres hectáreas, encontrándose *in situ* veintitrés mil setecientos ochenta y cinco plantones de marihuana para cosecha, ocho kilos de marihuana procesada distribuida en ocho bolsas, nueve mil seiscientos veintinueve plantas secas de marihuana y 0,5 kg de semillas de marihuana. Las especies llegaron a decomisarse y se procedió a la inmediata incineración de las plantaciones en un ciento por ciento, previa extracción de las muestras que fueron remitidas al Laboratorio Central de Criminalística de la PNP para la pericia de ley, las que conforme con las actas que obran en autos y los Resultados de Análisis Preliminar se acreditó que la droga incautada tenía peso neto de 10.383 kilogramos (muestra 1); 55,0 gramos (muestra 2); 288.0 gramos (muestra 3). También se recibió el resultado provisional de análisis químico que arrojó un peso de 0.830 kilogramos, correspondiente a la totalidad de la droga incautada a la variedad de cannabis sativa, marihuana.
>
> Se precisa que durante la diligencia policial se intervino a los procesos don Desiderio Marconi Colonia Hurtado (sentenciado), a quien se le incriminó el dominio absoluto sobre la administración del terreno ubicado en el Fundo El Mirador, distrito de Pampas Grande, provincia de Huaraz, de Áncash, de las actividades de sembrío, cultivo, mantenimiento, cosecha, corte de hojas y tallos de las plantaciones de marihuana, al haber contratado directamente a las perdonas de don Elio Yino Obregón Ramos, don Jhonel Jesús Obregón Ramos y don Sandro Lenin Cochachín Toledo (sentenciado), quienes según sus propias versiones tenían alimentación y cama en los ambientes donde se procesaba la droga[63].

63 Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.°*

En otro caso de la jurisprudencia nacional, se hace referencia a la cosecha en terreno agrícola de plantas de amapola que evidencian los actos de sembrío y cultivo de las mismas. Así, en el Recurso de Nulidad N.° 2365-2015-Piura, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema refiere lo siguiente:

> [C]on fecha veintisiete de julio del dos mil cinco, personal policial de la Comisaría de Huarmaca, Huancabamba, al tener información que personas desconocidas estarían cultivando plantas de amapola en el caserío de Parguyuc-Huarmaca, se constituyeron [...] al terreno agrícola de Rosendo Berna García, de aproximadamente media hectárea, el cual se encontraba sembrado de maíz y zapallo, hallándose entre dichos sembríos, plantas de amapola sacados de raíz y amontonados, en su mayoría con incisiones en la parte de las bellotas para extraer el látex de amapola, constatándose cien montones de plantas de amapola. Se verificó que en el terreno agrícola de propiedad de Rosendo Berna García [...] se encontraron veinticuatro mil seiscientas setenta y tres plantas, siendo tres de ellas sometidas al examen del reactivo químico correspondiente resultaron positivo para especie vegetal Papaver Somnífera, (amapola)[64].

Además de los actos de sembrado o cultivo de amapola o marihuana, el tipo penal bajo análisis también hace referencia al *procesamiento de estas especies vegetales*; según Prado Saldarriaga, por este comportamiento el legislador estaría haciendo alusión a actos posteriores de siembra o cultivo, que comprenderían actos propios de la cosecha, y también aquellas formas preliminares a la fabricación, como son el secado de hojas o su mezcla con los insumos básicos, así como los actos de maduración o "macerado" de las hojas[65], pero cuando se trata de la extracción de los componentes psicoactivos de las plantas, como el caso del látex que se extrae de los frutos de la adormidera, cuando se hacen incisiones en los mismos, ya nos encontramos en actos de elaboración, producción

---

2622-2014-Áncash, 12 de julio del 2016.

64 Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 2365-2015-Piura*.

65 Cfr. Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada*, ob. cit., p. 196.

o fabricación de la droga, lo mismo sucede con el secado de hojas de la marihuana que directamente ya constituye la droga prohibida. La fabricación de drogas comprende todos los supuestos de transformación de materias primas a drogas, que puede ser obtener la droga de una planta o la producción más compleja de droga en el laboratorio. Al respecto, Acale Sánchez precisa lo siguiente:

> "[C]abe entender que elabora drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, quien realiza el proceso de obtención de la droga de la planta como quien produce la droga en un laboratorio"[66].

Ahora bien, el párr. 1 del art. 296.A del CP, además del comportamiento central de ejecución de actos de cultivo o sembrado, considera los actos de promoción, favorecimiento, financiamiento o facilitación a los actos de cultivo o sembrado. De esta manera, comportamientos que constituyen supuestos de participación criminal son elevados a la condición de autoría. En ese sentido, resulta importante destacar, siguiendo a Prado Saldarriaga, que todos los comportamientos descritos en el tipo penal constituyen en realidad conductas de mera participación (instigación o complicidad) a las que el legislador otorga la condición de delitos autónomos, decisión que, para el destacado autor nacional, "resulta coherente con las estrategias tradicionales de criminalización del narcotráfico, las cuales, procuran, en lo posible, cubrir todos los hechos secuenciales del llamado *ciclo de la droga*"[67].

De esta manera, por actos de promoción debe entenderse aquellos que predisponen o favorecen los actos ejecutivos de siembra o cultivo de amapola o marihuana, lo que podría constituir formas de inducción o instigación. Así, por ejemplo, las promesas económicas que buscan disuadir al agricultor para que destine sus terrenos a la siembra o cul-

66 Acale Sánchez, María, *Salud pública y drogas tóxicas*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, p. 41. Castro explica que uno de los principales opiáceos es el opio, que es el látex que se extrae de la adormidera. (Castro de la Mata, *El opio en el Perú*, ob. cit., p. 21).

67 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada*, ob. cit., p. 191.

tivo de amapola o marihuana, o los actos que promueven la expansión de los mismos, encajan en la descripción típica[68]. La doctrina nacional coincide en señalar que los actos de amenaza o violencia dirigidos a terceros para que los mismos realicen actos de cultivo o siembra de amapola o marihuana (e incluso el arbusto de coca) ya no encajarían en el supuesto fáctico del primer párrafo del art. 296.A del CP, sino en el cuarto párrafo de este artículo que reprime a quien mediante amenaza o violencia induce a otro a la siembra de estas plantas fiscalizadas.[69]

Los actos de favorecimiento suponen los comportamientos destinados a la expansión de zonas de cultivo de amapola o marihuana, con lo cual el sujeto activo de esta modalidad típica crea o fortalece las condiciones materiales para el cultivo, por ejemplo, podría financiar el uso de fertilizantes para mejor el rendimiento del terreno de cultivo u optimizar la calidad de las semillas[70].

Los actos de financiación implican todas las formas de provisión económica para realizar los actos de cultivo o siembra de amapola o marihuana. De esta manera, el financista es aquel que provee de los recursos económicos necesarios para realizar las actividades centrales descritas en el tipo penal; si el aporte dinerario es eventual, no constituirá actos de financiamiento, sino de facilitación[71] Cabe destacar lo planteado por Peña Cabrera, quien señala lo siguiente:

> Los actos de financiamiento de plantaciones son operativamente equivalentes a actos de complicidad. Se trata de un injusto de naturaleza formal. Por tanto, será suficiente para la consumación que el agente aporte los medios de financiación con la finalidad concreta de auspiciar o coadyuvar al sostenimiento del proceso de cultivo ilegal de ador-

68 *Ibid.*, pp. 191 y 192; y Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos,* ob. cit., p. 155.

69 Cfr. Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 192; y Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos,* ob. cit., p. 155.

70 Cfr. Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 192.

71 *Loc. cit.*

> midera. No siendo, en consecuencia, necesario que el sembrío logre materializarse, ni mucho menos que se alcance la etapa de cosecha[72].

Finalmente, los actos de facilitación implican diferentes formas de colaboración material o intelectual. El agente crea o mantiene condiciones adecuadas para la realización del cultivo de la amapola o marihuana, así, por ejemplo, aporta recursos logísticos, como abono, herramientas, el terreno de cultivo entre otros; o aporta recursos humanos[73].

1.2. Estructura del tipo penal

En cuanto a los elementos del tipo, Joshi Jubert explica lo siguiente:

> La parte objetiva de la conducta (juicios típicos de imputación objetivo) consiste precisamente en realizar actos de siembra, plantación y recolección típicamente relevantes. Los actos anteriores a los propiamente de cultivo —como la posesión de las semillas, la preparación de la tierra— no constituyen todavía actos típicos subsumibles bajo este precepto, pues, adoptando criterios interpretativos que impliquen una reducción teleológica del precepto, no suponen todavía dar inicio al cultivo [...][74].

En el caso del tipo penal peruano, el segundo párrafo del art. 296.A del CP tipifica los actos de comercialización o transferencia de semilla con de amapola o *cannabis sativa*, restringiendo aún más las barreras de punición para estos supuestos.

Falcone y Capparelli advierten que, desde un punto de vista objetivo, el cultivo puede realizarse de distintas formas, esto es, en extensas plantaciones destinadas a ello, en pequeñas parcelas o en macetas o tiestos. No importa el modo en que se lleve a cabo el cultivo; lo decisivo es la idoneidad objetiva de este. Desde el punto de vista subjetivo, el

72 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 156.

73 Cfr. Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada*, ob. cit., p. 193; y Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., pp. 155 y 156.

74 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 120.

agente debe conocer el objeto del cultivo, querer promover y facilitar o difundir el tráfico de drogas[75].

En esa lógica, Joshi Jubert sostiene lo siguiente:

> El cultivo puede realizarse de distintas formas. En efecto, puede tener lugar en plantaciones extensas especial ente destinadas a ello, en pequeñas parcelas, o en macetas y tiestos. No importa, a los efectos de aplicar este precepto, el modo en que se haga el cultivo; lo decisivo debe ser la idoneidad objetiva de este. En consecuencia, para considerar la conducta como típica deberá quedar suficientemente acreditado que el cultivo reúne los requisitos para ser idóneos para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal[76].

La sentencia del Tribunal Supremo español de 17 de marzo de 1992 indica lo siguiente:

> No puede negarse la naturaleza de objeto típica del art. 344 del CP que corresponde a las plantas intervenidas, toda vez aparecen identificadas como "cannabis sativa", "considerada como droga incluida en las listas I y IV, del Convenio único de Estupefacientes de 1961", cuyo cultivo está además expresamente prohibido por el art. 8 de la Ley N.° 17/1967, de 8 de abril sobre estupefacientes y previsto expresa y "nominatim" como hipótesis típica punible en el citado art. 344 del CP aunque una interpretación sistemática obligue a entender que, además del acto de cultivar se hace precisa la concurrencia del elemento subjetivo del tipo del integrado por el destino final de las plantas a su consumo por terceros. Todo lo que se da por probado en la sentencia y no se discute por el recurrente en este motivo. Siendo de destacar, además, que la riqueza de THC de cada planta, al ser un elemento natural dependiente del tipo de semilla, clima, terreno y demás circunstancias concretas, es indiferente a los efectos de su consideración como droga, siendo solo trascendente en función de la interpretación teleológica del precepto su condición de sustancia prohibida y su capacidad de lesión del bien

75 Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal,* ob. cit., pp. 140 y 141.

76 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 121.

> jurídico salud pública que el precepto pretende tutelar lo que se da en las plantas mencionadas al contener, en mayor o menor proporción, el THC como sustancia activa[77].

Además, la siembra o cultivo de plantas utilizables para producir estupefacientes debe ser de tal magnitud que pueda proveer la materia necesaria al traficante de drogas, que es el verdadero destinatario de la norma; demostrándose, asimismo, que la posesión de los materiales esté orientado al comercio de estupefacientes[78].

En lo que respecta al aspecto subjetivo, MEDINA explica que estos tipos penales de siembra y cultivo de plantas fiscalizadas son figuras dolosas, que se satisface si el autor conoce que, mediante cualquiera de las acciones típicas y de los elementos descriptivos, es posible producir o fabricar estupefacientes[79]. Para FALCONE y CAPPARELLO, la comisión de este delito requiere de un elemento subjetivo en cuanto conducta preordenada al tráfico ilícito de estupefacientes; elemento que al no poderse percibir sensorialmente no podrá ser objeto de prueba directa, razón por la cual deberá deducirse de las circunstancias del caso. Y claro está que es la acusación quien debe probar dicho extremo. Así lo plantean los referidos autores:

> [P]ara atribuir cultivo de plantas utilizables para producir estupefacientes, dicha acción debe estar orientada a promover, favorecer o facilitar el consumo de drogas por terceras personas, lo que permite equipararla entonces al tráfico de estupefacientes [...] indagar acerca de la finalidad del agente no importa agregar al juicio de tipicidad exigencias que no contiene, sino por el contrario, permite discurrir sobre los límites materiales que deben observarse para el ejercicio del *ius puniendi*, tarea que le corresponde al intérprete; en este caso, al juez[80].

77 Citado por JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., pp. 122 y 123.

78 FALCONE y CAPPARELLI, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal,* ob. cit., p. 140.

79 MEDINA, *Estupefacientes. La ley y el derecho comparado,* ob. cit., p. 53.

80 FALCONE y CAPPARELLI, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal,* ob. cit., pp. 137 y 139.

En la misma línea, Joshi Jubert sostiene que la parte subjetiva de la conducta (juicios típicos de imputación subjetiva) consiste en conocer y querer los actos de cultivo; conocer y querer el objeto del cultivo, y conocer y querer la capacidad objetiva de difusión del consumo ilegal de las sustancias obtenidas. El cultivo contemplado en el CP es exclusivamente aquel que tiene capacidad, es idónea, para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Así pues, debe estar orientado a la obtención de drogas como producto por medio agrícolas[81].

Álvarez García *et al.* sostienen lo siguiente:

> Desde un punto de vista subjetivo, en la medida en que no se contempla de forma expresa la modalidad imprudente [...], se requiere la presencia de dolo, esto es; conciencia y voluntad en la realización de los elementos objetivos del tipo. Ello exige conocer y querer los actos de cultivo, el objeto del cultivo y su capacidad de difusión del consumo ilegal.

De lo anterior, se desprende:

> La falta de conocimiento de alguno de estos elementos dará lugar a un error de tipo, en el que el sujeto cree que no concurren en su comportamiento todos o alguno de los elementos objetivos del tipo, cuando en realidad sí concurren[82].

Sobre el error de tipo, la jurisprudencia peruana ha precisado lo siguiente:

> El error de tipo es un error sobre las circunstancias fácticas que sirven de supuesto de hecho del tipo penal; así, no se trata de un problema de culpabilidad, sino de tipicidad. [...] El error de tipo es la ignorancia sobre uno o todos los elementos que integran el tipo objetivo —la calidad del sujeto activo, de la víctima, el comportamiento activo u omisivo, las formas o medios de comisión de la acción, el objeto ma-

81 Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 122.

82 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 31.

> terial, el resultado, la acción de causalidad y los criterios para imputar objetivamente el resultado al comportamiento activo u omisivo—, pudiendo el error recaer en cualquier elemento del tipo penal, ya sea normativo o descriptivo[83].

El desconocimiento de alguno de estos elementos dará lugar a error de tipo, cuya consecuencia será, en todo caso, en el tipo penal bajo análisis —tanto si el error es vencible como invencible— la impunidad, por cuanto no se regula una figura culposa. Al respecto, en la Casación N.° 436-2016 San Martín se advierte que:

> El error de tipo puede ser invencible o vencible; en el primer supuesto se elimina automáticamente la imputación personal, al eliminarse el dolo o culpa del sujeto activo; y, en el segundo solo se elimina el dolo, subsistiendo un actuar culposo imputable, que será sancionado de encontrar un correspondiente delito a título de culpa[84].

2. Comercialización o transferencia de semillas

> El párr. 2 del art. 296.A del CP criminaliza los actos de comercialización o transferencia de semillas de amapola o marihuana. Así, las conductas descritas son constitutivas del tráfico ilícito de estupefacientes, en este caso se trata del primer eslabón de dicha cadena, esto en la comercialización o transferencia de semillas utilizables para producir drogas prohibidas. Se trata en lo esencial de actos preparatorios.

En cuanto a lo que se debe entender por actos de comercialización, Prado Saldarriaga, recurriendo a lo dispuesto en Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas, sostiene lo siguiente:

> Conforme a lo dispuesto en el art. 89, inc. 7, del D. Leg. N.° 22095, quedan comprendidos en esta opción típica los actos "de depositar,

83 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Sentencia de Casación N.° 436-2016-San Martín*, 28 de julio del 2017.

84 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Sentencia de Casación N.° 436-2016-San Martín*, 28 de julio del 2017.

> retener, ofrecer, expender, vender, distribuir, despachar, transportar, importar, exportar, expedir en tránsito [...]. Los cuales, sin embargo, deben ser realizados necesariamente a título oneroso. Por tanto, en este supuesto no se involucra a los actos de donación[85].

De esta manera, los actos de comercialización comprenden una gama de comportamientos. Desde un punto de vista económico, se le puede entender como a *acción y efecto de comercializar*, poner a la venta un *producto* o darle las condiciones y vías de distribución para su venta. La noción de comercialización tiene distintos usos según el contexto. Es posible asociar la comercialización a la *distribución o logística*, que se encarga de hacer llegar físicamente el producto o el *servicio* al consumidor final. El objetivo de la comercialización, en este sentido, es ofrecer el producto en el lugar y momento en que el consumidor desea adquirirlo[86]. En el caso bajo estudio, el objeto de la comercialización es un bien ilegal: las semillas de amapola y marihuana. El tipo penal también hace referencia a los actos de transferencia de las semillas de amapola o marihuana, que tiene la misma connotación de intercambio o cesión de un tercero del objeto de la transferencia. Al respecto, como el legislador, al introducir el término comercializar, comprendió todos los actos de transferencia onerosos, en este segundo supuesto quedan comprendidos todas las transferencias gratuitas.

En el Recurso de Nulidad N.° 1262-2015, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema analizó el caso del hallazgo de mil semillas de amapola para su comercialización. Así describe estos hechos:

---

85 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada*, ob. cit., p. 194.

86 Cfr. <https://bit.ly/2s7GCpt>. Dentro del capítulo de delitos de tráfico ilícito de drogas, el legislador también utiliza el término amplio "tráfico" para significar supuestos de comercialización del objeto material del delito, esto es, las drogas ilegales. Al respecto, cfr. Rosas Castañeda, Juan Antonio, "Criterios para la distinción de los comportamientos de 'posesión de drogas' comprendidos en el primer y segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal", *Gaceta Penal y Procesal Penal*, n.°101, Lima: 2017, p. 129 y ss.

> [D]urante el transcurso de las investigaciones la Policía Nacional de Uripa realizó el Registro Domiciliario en el domicilio de Lorenzo Pillaca Chilingano, sito en avenida Bolívar s/n-Uripa, donde se halló cero punto cero catorce gramos de semilla de *papaver somniferum* "amapola" (mil semillas aproximadamente las cuales utilizaría para sembrar y cultiva para posteriormente comercializarlas[87].

3. Figuras atenuadas

El párr. 3 del art. 296.A del CP establece figuras atenuadas en referencia a los delitos contemplados en los dos primeros párrafos. Si bien en el caso de los actos ejecutivos de siembra o cultivo de plantas de amapola o adormidera de la especie *papaver somniferum* o marihuana de la especie cannabis sativa la extensión de las áreas de cultivo resulta irrelevante para la configuración del delito, en la norma bajo análisis, se introducen un componente cuantitativo como circunstancia atenuante, así, se conmina con una pena atenuada en relación con el delito de siembra y cultivo de plantas fiscalizadas cuando "la cantidad de plantas sembradas o cultivadas no excede de cien" (inc. 1 del párr. 3 del art. 296.A CP).

A modo de ejemplo, en el Recurso de Nulidad N.° 2436-2014 Junín, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema encontró la responsabilidad penal de un sujeto por el sembrío de 16 plantones de marihuana en un predio rural, así se describen los hechos de la acusación fiscal:

> [A]proximadamente a las siete con cuarenta minutos, del siete de julio del dos mil diez, efectivos de Los Sinchis de Mazamari, intervinieron de Irwin Omar Espinal Medina (sentenciado en la actualidad) en el fundo Sol Naciente y Velo Horizonte, ubicado en el centro poblado Los Ángeles de Edén, del distrito de San Martín de Pangoa, de la provincia Sativa; y encontraron dieciséis plantones de marihuana de cuarenta centímetros, con un peso de treinta y cinco gramos[88].

87 Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 1262-2015-Apurímac*, 6 de febrero del 2017.

88 Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 2436-2014-Junín*, 11 de agosto del 2016.

Lo mismo sucede respecto del delito de comercialización y transferencia de semillas de adormidera y marihuana, donde el legislador también ha establecido un criterio cuantitativo para la configuración de la figura atenuante, cuando "la cantidad de semillas no excede de la requerida para sembrar el número de plantas que señala el inciso precedente" (Inc. 2 del tercer párrafo del art. 296.A CP). Sobre el criterio cuantitativa para la configuración de esta figura atenuada, PRADO SALDARRIAGA comenta lo siguiente:

> Este criterio, sin embargo, no es del todo preciso, ya que el número de semillas no es necesariamente proporcional al del probable número de plantas que han de germinar. La cantidad, entonces, deberá evaluarse en el caso concreto en función de otros factores como la calidad de las semillas, el tipo de terreno, el clima de la zona, etc.[89].

4. Actos de siembra y cultivo compulsivos

El cuarto párrafo del art. 296.A del CP hace referencia al delito de actos de siembra y cultivo compulsivos de plantas de amapola, marihuana y arbusto de coca. Como analizamos precedentemente, los delitos de los párrafos primero y segundo de este artículo, hacen referencia de manera expresa, como objeto material de las respectivas acciones delictivas, a las especies vegetales de *papaver somniferum* o marihuana de la especie *cannabis sativa*, excluyendo la siembra y cultivo del arbusto de coca, que si bien figura en el Convenio Único de 1961 sobre Estupefacientes y en la Convención de Viena de 1981, como se analizó precedentemente, fue excluido por el legislador por el uso cultural y religioso que un número significativo de peruanos hace de esta planta.

Sin embargo, cuando al sujeto pasivo de la acción se le amenaza o coacciona mediante violencia a efectos de que realice actos de siembra o cultivo no solo de plantas de amapola o marihuana, sino también de plantas de coca. (la amenaza consiste en una intimidación que representa la sustitución psicológica de la violencia física, importa un com-

89 PRADO SALDARRIAGA, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 195.

portamiento orientado a trabar la libertad de decisión de la víctima, la amenaza implica toda coerción de índole subjetiva que se hace sufrir a una persona a fin de quebrar su voluntad, permitiendo que el agente activo del delito logre su cometido, en este caso, que el victimado realice actos de siembra o cultivo de las plantas fiscalizadas), la amenaza tiene que ser suficiente para vencer la resistencia de la víctima, y, como se precisa en el Acuerdo Plenario N.° 02-2012/CJ-116, la amenaza debe ser posible e inminente[90], por consiguiente, todo anuncio inverosímil o falso no podrán ser considerados, por inidóneos, como "amenaza" en el delito en cuestión.

De otro lado, se entiende por violencia aquella energía física, mecánica o tecnológica que ejerce el sujeto activo sobre su víctima con la finalidad de vencer, por su poder material, su resistencia natural o, en su caso, evitar la materialización de la resistencia que hace la víctima[91], quebrando su voluntad, permitiendo al agente activo del delito logre su cometido; en este caso, que el victimado realice actos de siembra o cultivo de las plantas fiscalizadas.

El delito de siembra compulsiva de plantas fiscalizadas se sanciona drásticamente con una pena conminada no menor de 25 ni mayor de 35 años de pena privativa de la libertad, entendemos que el legislador consideró que nos encontramos ante una figura pluriofensiva, donde no solo se protege el bien jurídico colectivo salud público, sino también la integridad física y la vida del sujeto pasivo de la acción.

5. Supuesto de atipicidad y el delito de emisión irregular de licencia

La Ley N.° 30681, Ley que Regula el Uso Medicinal y Terapéutico del Cannabis y sus Derivados, de fecha 17 de noviembre del 2017, introduce el párr. 5 al art. 296.A del CP, estableciendo un supuesto de atipicidad para las figuras delictivas descritas en dicho artículo, respecto

90 *Acuerdo Plenario N.° 02-2012/CJ-116*, f. j. n.° 9.

91 Salinas Siccha, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio*, 5.ª ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 119.

a la planta de *cannabis sativa*, cuando se haya otorgado licencia para la investigación, importación o comercialización y producción del cannabis y sus derivados con fines medicinales y terapéuticos.

Antes de la dación de esta reciente norma, cualquier posesión del cannabis era, en principio, considerado delictivo por el espíritu represivo de la política-criminal peruana orientada por la Convención de Viena de 1981. Si bien, como se tiene precisado precedentemente en su aspecto subjetivo, los tipos penales descritos en el art. 296.A del CP deben tener como propósito la elaboración de drogas ilegales para el consumo de terceros, finalidad delictiva que escapa de los fines medicinales o terapéuticos al que puede ser orientado un cultivo determinado, como el de la planta de cannabis, lo que tendría que evaluarse caso por caso[92]. Sin embargo, a la zaga de otras legislaciones en el mundo, no se encontraba normado de manera expresa, el cultivo, manipulación y uso de esta planta con fines medicinales y terapéuticos.

En países como Canadá, Estados Unidos, Israel, Países Bajos, República Checa, Reino Unido y Uruguay, actualmente existen importantes investigaciones y polos de innovación científica y sofisticadas industrias de cannabis medicinal, donde además se ha regulado el uso medicinal del cannabis como política pública. Las investigaciones científicas en

92 Así, en una nota periodística se da cuenta que el 8 de febrero del 2017, la policía decomisó 5 kilos de marihuana en un laboratorio clandestino ubicado en la cuadra 2 de la calle Inclan, en San Miguel. Además, en el lugar se hallaron equipos utilizados para extraer aceites de las plantas y para el cultivo. Sin embargo, miembros de la asociación "Buscando Esperanza" se opusieron y aseguraron que el uso que le daban a la marihuana era con fines medicinales y que no era para otro tipo de consumo. Aída Farfán, una de las madres de familia que forma parte de la asociación, dijo: "Mi hija sufre de epilepsia refractaria, convulsionaba de 5 a 6 veces al día, tenía espasmos. Con el cannabis medicinal, mi hija encontró vida, ya no convulsiona y tiene menos crisis", dijo en medio de una protesta tras la incautación policial. De la misma forma, Ana Álvarez comentó que utiliza la marihuana solo para tratar las convulsiones de su hijo de cuatro años. La asociación "Buscando Esperanza" cuenta con unas 80 personas que se benefician de las propiedades medicinales de la marihuana. Cfr. "San Miguel: Incautan marihuana que supuestamente usaban para uso medicinal", *La República*, Lima 8 de febrero del 2017. Recuperado de <https://bit.ly/2RwAzJk>.

diversos países han puesto de manifiesto los potenciales usos médicos de la marihuana tienen fundamentos científicos, ya que hay algunos componentes con propiedades medicinales.[93] El principal compuesto psicoactivo del cannabis es el THC (Delta-9-tetrahidrocannabinol), y también el principal agente terapéutico, que junto al CBD (cannabidiol), el otro compuesto activo importante de la planta pero que no tiene efecto psicoactivo, son los compuestos que hasta el presente más se han estudiado y a los que se les atribuyen más usos médicos[94]. La denominada marihuana medicinal no supone fumar directamente la planta seca de cannabis, sino procesarla para extraer sus componentes con propiedades terapéuticas, así, muchas empresas farmacéuticas en el mundo han logrado producir fármacos basados en cannabis con calidad farmacéutica estandarizada, de la que se benefician numerosos pacientes en toda Europa, también se le procesa generando aceites artesanales[95].

Peyraube y Bouso explican que los cannabinoides en general tienen muchas propiedades terapéuticas probadas por la investigación preclínica (antiinflamatorias, neuroprotectoras, antioxidantes, analgésicas, antieméticas, moduladoras de procesos fisiológicos y metablólicos, apoptósicas, y ansiolíticas, entre otras). Sin embargo, no todas las patologías potencialmente tratables con cannabinoides cuentan con el mismo nivel y calidad de evidencia clínica para su prescripción por lo que mucho queda por hacer y saber. A pesar de esta realidad, algunas de las condiciones clínicas que entendemos ya cuentan con evidencia suficiente para regular un acceso seguro y controlado, ya sea para paliar síntomas o incidir en el curso de la enfermedad, son en primera instancia:

93 Castaño-Pérez, Guillermo, Elvia Velásquez y Álvaro Olaya-Peláez, "Aportes al debate de legalización del uso medicinal de la marihuana en Colombia", en *Revista de la Facultad Nacional de Salud Pública,* vol. 35, n.° 1, 2017, p. 24.

94 Peyraube, Raquel y José Bouso, *¿Marihuana como medicina? Usos médicos y terapéuticos del cannabis y los cannabinoides,* Ciudad de México: México Unido Contra la Delincuencia, 2015, p. 19.

95 Cfr. Ferrari, Luis Alberto y Leda Giannuzzi, "Marihuana medicinal: su potencial aplicación como medicamento en diversas patologías y los riesgos que entrañan su uso. Breve Revisión", pp. 1-23. Recuperado de <https://bit.ly/2LPvvKT>.

1) la esclerosis múltiple, 2) la epilepsia refractaria al tratamiento, 3) las enfermedades inflamatorias crónicas del aparato digestivo (enfermedad de Crohn y colitis ulcerosa crónica), 4) las náuseas, vómitos y anorexia-caquexia en el contexto de enfermedades graves, 5) el acompañamiento de la quimioterapia en tratamientos de cáncer, 6) el tratamiento de reducción de daños en dependientes de drogas, 7) el dolor crónico, neuropático y relacionado con cáncer, 8) estadios terminales de distintas patologías[96].

Por ello, resulta necesario avanzar en la investigación clínica de los usos médicos del cannabis y los cannabinoides con protocolos diseñados adecuadamente y respetando los principios éticos de la investigación en humanos. Para que sea posible, es imprescindible que los gobiernos se involucren promoviendo, facilitando y financiando la investigación[97]. Para esto no se requiere de modificaciones de las leyes vigentes, pues la mayoría países ya consideran esta posibilidad, y tampoco contraviene las convenciones internacionales de drogas, ya que estas también habilitan a la investigación y los usos médicos[98].

96 Peyraube y Bouso, *¿Marihuana como medicina?. Usos médicos y terapéuticos del cannabis y los cannabinoides*, ob. cit., p. 85.

97 *Loc. cit.*

98 Sobre esta problemática en los Estados Unidos, Aggarwal explica lo siguiente: "Claramente existe una creciente aceptación de la práctica terapéutica del uso de cannabis entre grupos organizados en el área de la medicina; sin embargo, en los Estados Unidos esta sustancia aún se encuentra clasificada como una droga de la lista I. La ley requiere que agencias federales como la Agencia Antidrogas (DEA) y el Departamento de Salud y Servicios Humanos (HHS) reclasifiquen las drogas sobre la base de consideraciones científicas y médicas. Ello, no obstante, las agencias federales continúan insistiendo que el cannabis no cuenta con un uso aceptado para tratamiento médico en los Estados Unidos, y que hay una falta de seguridad aceptada para el uso de cannabis bajo supervisión médica, utilizando estos argumentos como justificación para mantener su prohibición. Al respaldar estas posiciones que no se basan en un análisis científico exhaustivo ni en un razonamiento lógico convincente (por ejemplo: dado que el componente más psicoactivo del cannabis, THC, está disponible como una droga de la lista III), la agencias federales y estatales podrían ser acusadas, basándose en la declaración universal de derechos, de restringir su obligación [legal específica] de inhibirse de prohibir o impedir la atención preventiva, prácticas curativas y medicinas

En el derecho comparado también se está discutiendo una redefinición de la política-criminal internacional en materia de tráfico ilícito de drogas, a efectos de variar la predominante política prohibicionista, que, para muchos tratadistas, ha fracasado[99]. En este debate se inscribe la legalización del uso recreativo de la marihuana, en esa dirección apuntan las regulaciones sobre clubes de cannabis de España o la regulación de control y regulación del estado de la importación, producción, adquisición, almacenamiento, comercialización y distribución de la marihuana en Uruguay, por citar dos ejemplos recientes, debate que en el Perú aún es incipiente.

La Ley N.º 30681 busca crear un marco para la regulación del cannabis en el territorio nacional, con fines terapéuticos, medicinales o científicos, autorizando a laboratorios privados debidamente licenciados y entidades públicas el cultivo, cosecha y uso del cannabis con fines de investigación científica o para la elaboración de productos terapéuticos o medicinales, lo que constituye un importante paso para el uso adecuado de la marihuana medicinal y sus derivados[100].

---

tradicionales, de participar en la privación o tergiversación deliberadas de información vital para la protección de la salud o provisión de tratamiento, y la intención de suspender legislación o de adoptar leyes o políticas que interfieren con el disfrute de cualquiera de los componentes del derecho a la salud. Todas estas acciones constituyen violaciones específicamente incluidas en las obligaciones de los gobiernos en respeto del derecho humano a la salud, comprendido en la legislación internacional". AGGARWAL, Sunil *et. al.*, "Uso medicinal de cannabis en los Estados Unidos: perspectivas históricas, tendencias actuales y direcciones futuras", p. 7. Recuperado de <https://bit.ly/2t8ndE7>.

99 Cfr. TOKATLIAN, Juan Gabriel, *Qué hacer con las drogas. Una mirada progresista sobre un tema habitualmente abordado desde el oportunismo político y los intereses creados*, Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2017, p. 15 y ss.

100 Se requiere de evidencia científica para asegurar el uso adecuado de la marihuana con fines medicinales y terapéuticos y evitar el aumento los usos recreacionales, como lo sucedido en el Estado de Colorado – Estados Unidos, conforme lo advierten FERRARI Y GIANNUZZI: "El estado de Colorado es hoy presentado por aquellos grupos o personas propensas a liberar el uso medicinal y/o recreativo del cannabis, como caso modelo. Sin embargo, opiniones de especialistas señalan que solo se ha mostrado una cara del aspecto, en línea a la idea popular que el cannabis es una droga efectiva y segura, cuando en realidad no lo es. A este

En esa medida, la Ley N.° 30681, en su art. 3 regula las denominadas "autorizaciones". En primer lugar, se establece la autorización para el uso informado, la investigación, la importación y la comercialización del cannabis y sus derivados exclusivamente para fines terapéuticos. Precisa, además, que la producción y abastecimiento de insumos para la investigación del cannabis y sus derivados con los referidos fines, así como la designación y autorización de las licencias son de exclusiva competencia del Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Salud, la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas, el Instituto Nacional de Salud.

De otro lado, el art. 4 establece la creación en el Ministerio de Salud de un registro de pacientes usuarios del cannabis y sus derivados, así también un registro de personas naturales o jurídicas importadoras o comercializadoras, un registro de entidades de investigación autorizadas a estudiar el cannabis y sus derivados para uso medicinal y terapéutico, así como el registro de entidades públicas y laboratorios autorizados para la producción.

Para realizar las actividades antes reseñadas se requiere de licencias otorgadas por el Poder Ejecutivo, el art. 5 de la ley, establece tres tipos

---

respecto, Nora Volkow, directora del NIDA-NIH de EEUU ha expresado: 'Se ha manipulado la información sobre los efectos de la marihuana y eso provocó un cambio de actitud. El público en general está aceptando que es beneficiosa. Y eso es un error'. El 9 % de los expuestos a la marihuana se vuelven adictos y en un mayor porcentaje los adolescentes. "Los indicadores del estado de Colorado no son positivos. Presentan un aumento del 15 % de consumidores que el resto de los estados". Uno de los puntos que colocó a Colorado como un territorio amistoso para el uso recreacional de la marihuana fue la fijación de la idea que la droga ayuda a soportar tratamientos médicos invasivos. En opinión de la especialista norteamericana, para sostener esa teoría, fueron usados estudios no confirmados científicamente. 'La marihuana afecta el cerebro [...]. Tiene algunos componentes que potencialmente pueden contar con capacidades terapéuticas, pero no es un medicamento'. 'En el estado de Colorado la legalización del uso médico de marihuana empezó en los años 90 y tomó fuerza en la última década. Sin embargo, la mayor parte de los individuos que consiguen la receta son jóvenes entre 20 y 30 años, por lo que parece una forma de facilitar el acceso a la droga'". Ferrari y Giannuzzi, ob. cit., p. 16.

de licencias: a) licencia para la investigación científica, para las universidades e instituciones de investigación agraria y en salud; b) licencia para la importación o comercialización, y c) licencia para la producción.

La ley precisa que el Ministerio de Salud debe proveer la información sobre los beneficios y riesgos del tratamiento con cannabis y sus derivados, también se señala que esta entidad aprueba el protocolo de tratamiento médico para los pacientes que reciben prescripción para el tratamiento con la referida especie vegetal y sus derivados (arts. 6 y 7).

En esa línea, se prescribe que, que cuando se requiere una licencia para investigación, la entidad requirente debe contar con laboratorios acreditados y certificados, además, debe presentar la descripción de los proyectos de investigación, los responsables técnicos a cargo de los proyectos, la duración y el informe de resultados. Los restos de cannabis y sus derivados no utilizados en la producción y en la investigación deben ser incinerados, bajo sanción de perder la licencia. Con lo cual, el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Salud, mediante resolución motivada, puede suspender o cancelar las licencias otorgadas, ante el incumplimiento de las condiciones de uso. El Ministerio de Salud debe realizar una evaluación anual sobre la aplicación de la ley, debiendo precisar los beneficios o dificultades encontrados en su aplicación. Finalmente, se establece que el director o servidor de la administración pública que transgreda las disposiciones de la ley incurrirá en falta de carácter disciplinario (arts. 8, 9, 10 y 11)[101].

101 Si bien la segunda disposición final complementaria de la ley prescribe que el Poder Ejecutivo publicará el reglamento de la misma en el plazo de 60 días calendarios, a la fecha no se ha publicado el reglamento. El 8 de febrero del 2018, por Resolución Suprema N.° 003-2018-SA se dispuso la conformación de una Comisión Multisectorial que elaborará el informe técnico final que contendrá la propuesta del reglamento de la Ley que Regula el Uso Medicinal y Terapéutico del Cannabis y sus Derivados. Dicho informe deberá ser presentado en un plazo máximo de 60 días calendario, contados a partir de la fecha de su instalación. Asimismo, el 16 de mayo del 2018, se publicó en el diario oficial *El Peruano*, el proyecto de reglamento de la Ley N.° 30681, Ley que Regula el Uso Medicinal y Terapéutico del Cannabis y sus Derivados, donde se plantean desarrollos a las disposiciones de la ley. El 23 de febrero del 2019, finalmente, se publicó el Decreto Supremo que aprueba el

De otro lado, en ese marco de regulación administrativa, donde se faculta a funcionarios del Ministerio de Salud la emisión de tres clases de licencias: a) licencia para la investigación científica, para las universidades e instituciones de investigación agraria y en salud: b) licencia para la importación o comercialización, y c) licencia para la producción; la última parte del párrafo quinto del art. 296.A del CP considera como figura delictiva a quien habiéndosele otorgado una de estas clases de licencias no cumple con la finalidad de las mismas, esto es, destinar la marihuana o sus derivados a fines medicinales y terapéuticos.

Por lo cual el sujeto activo de esta conducta delictiva es aquel que poseyendo una de las licencias que autoriza la ley para la manipulación y uso del *cannabis sativa*, haciendo un uso indebido de las licencias, y desviando el fin predeterminado por la norma, realiza alguno de los comportamientos descritos en el primer y segundo párrafo del art. 296.A, comportamientos típicos que deben estar encaminados al consumo ilegal de drogas por parte de terceros. De esta manera, el legislador pretende evitar que se aproveche la normativa sobre uso medicinal de la marihuana para desviarla al consumo ilegal de esta planta fiscalizada. La pena conminada para este supuesto delictivo es igual a la prevista para los tipos penales descritos en el artículo según corresponda.

Finalmente, el último párrafo del art. 296.A del CP también contempla una figura delictiva dirigida al funcionario público que otorga irregularmente una licencia o autorización regulada en las normas administrativas sobre uso medicinal y terapéutico de la marihuana. De esta manera, para verificar la configuración de esta nueva conducta típica se tendrá que constatar el incumplimiento doloso de los requisitos administrativos para la expedición de las licencias, conforme se especifique en su oportunidad en el reglamento de la ley, pero, además, se deberá verificar el elemento subjetivo del tipo, en el sentido que el funcionario público debe saber que expide una licencia o autorización irregular y que esa licencia será utilizada fuera de los fines perseguidos por la nor-

---

Reglamento de la Ley N.º 30681, Ley que Regula el Uso Medicinal y Terapéutico del Cannabis y sus Derivados, Decreto Supremo N.º 005-2019-SA.

ma, esto es, debe saber que el usuario le dará un fin ilícito, fuera de los fines medicinales y terapéuticos; pues al tratarse de una figura dolosa, la culpa o negligencia en la expedición de la licencia acarreará una falta administrativa, pero no penal. Conducta típica que el legislador conmina con una pena constituida por la pena máxima del tipo básico infringido más el cincuenta por ciento.

IV. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 296.C DEL CÓDIGO PENAL: DELITO DE RESIEMBRA DE CULTIVO DE ARBUSTO DE COCA

1. El programa de erradicación de cultivos ilegales de hoja de coca y el desarrollo alternativo

Como ha quedado precisado precedentemente, el arbusto de la coca es una planta que tiene un uso cotidiano, cultural y religioso milenario; sin embargo, como el Perú es un país productor de drogas cocaínicas, el 90 % de los cultivos de esta planta se destinan al narcotráfico. Diversos factores socioeconómicos contribuyen a este fenómeno, Obando explica estos factores de la siguiente manera:

> Por qué los campesinos de determinados países en vías de desarrollo producen los cultivos que son la materia prima para la elaboración de estas drogas. La respuesta no es muy difícil de encontrar. Precisamente porque está prohibido. La prohibición, existiendo una alta demanda, genera precios considerablemente altos y, por lo tanto, da lugar a la creación de mafias que se dedican a comercializar las sustancias prohibidas. En la medida en que algunas de estas drogas tienen una procedencia natural, es decir provienen de plantas y no de químicos, se necesita que campesinos o colonos se dediquen a producir cultivos prohibidos, como la coca. La razón por la cual estos producen tiene que ver con la pobreza agraria. Este tipo de cultivos le da al campesino o colono un ingreso que ningún cultivo lícito le daría[102].

102 Obando, "El tráfico ilícito de drogas en el Perú, cuarenta años después", art. cit., p. 21.

A principios de los noventa la principal zona de cultivo y producción de drogas cocaínicas en el Perú se ubicada en el Alto Huallaga, sin embargo, la prioridad en esa época era el combate a la subversión política que operaba en el país, como Sendero Luminoso y MRTA, por lo que, se toleró hasta cierto punto el accionar del narcotráfico a fin de derrotar a los subversivos, suspendiéndose los programas de erradicación de cultivos ilegales de coca, que habían sido iniciados en 1980 con la creación del Programa Especial de Control y Reducción del Cultivo de Coca en el Alto Huallaga (Corah), cuyo objetivo era la erradicación manual de los cultivos de coca.[103] Lo que generó tensiones con el Gobierno de los Estados Unidos, que conminó al Estado peruano a comprometerse en la lucha antidrogas, por lo que propuso un convenio militar de US$ 35 945 000 para el equipamiento de seis batallones antinarcóticos, el apoyo era solamente para la lucha contra las drogas, no contra la subversión. La idea era una respuesta inminentemente militar al problema de las drogas. Sin embargo, el Gobierno se opuso a este criterio bajo la lógica de que el problema de los cultivadores no era de criminalidad, sino de pobreza, y planteó como solución no una militarización de la lucha antinarcóticos, sino el desarrollo alternativo[104].

Como sostiene Gonzáles del Río, el planteamiento peruano señalaba que era imposible erradicar la coca sin la colaboración del productor. Si el productor era hostilizado todo lo que tenía que hacer era mudarse de lugar y seguir sembrando coca. El Gobierno peruano planteó, entonces, que para erradicar la coca tenían que seguirse tres pasos: 1) conseguir el apoyo del cultivador, 2) identificar cultivos alternativos y 3) crear condiciones de mercado para que dichos cultivos

103 Sobre la implementación de la denominada "estrategia Arciniega" y la derrota-retirada de la subversión y el narcotráfico (1989-1995) en la zona del Alto Huallaga, cfr. Martínez López, Hernán, "Las bases históricas del 'milagro de San Martín'", en *Politai Revista de Ciencia Política*, n.° 11, año 6, 2015; Martínez Burgos, "El cultivo como modalidad punible del art. 344 del Código Penal", art. cit., p. 43.

104 Obando, "El tráfico ilícito de drogas en el Perú, cuarenta años después", art. cit., p. 29.

sean rentables.[105] Naciendo de esta manera la política de erradicación de cultivos ilegales de hoja de coca, acompañada de una política de desarrollo alternativo.

En 1991 se firmó un convenio con Estados Unidos que incluía el desarrollo alternativo, sin embargo, en la práctica, casi la totalidad de la ayuda norteamericana se canalizó a la interdicción de los contrabandistas de droga en las rutas de salida de la sustancia ilícita desde las zonas de producción vía terrestre, aérea y marítima. A la parte militar de esta cooperación se le denominó operación "Bridge Denial"[106].

Así lo explica Manrique López:

> [U]na vez que Sendero y el MRTA fueron derrotados militarmente, los mecanismos de control de drogas pudieron ser desplegados con menores dificultades. Si bien no se retomaron las erradicaciones de hoja de coca hasta 1996, durante los primeros años de la década de los noventa, el Estado utilizó como estrategia antidrogas la interdicción de drogas y la interceptación de avionetas con carga. A partir de 1995, este operativo en que el Estado peruano, apoyado por la CIA y la DEA, fue formalizado y renombrado como Operation Air Bridge Denial. Esta operación consistía en la intereceptación de avionetas sospechosas de traficar drogas y su eventual destrucción en caso de desacato[107].

105 Gonzáles del Río Vigil, Miguel, "Problemática relacionada a la sustitución de los cultivos de la hoja de coca", en *Escuela Superior de Guerra Naval*, Callao: 1992.

106 La operación "Bridge Denial" consistía en la interceptación aérea de las avionetas del narcotráfico que iban a sacar la droga de los centros de producción del país. Para ello los norteamericanos trajeron al Perú radares terrestres que permitían detectar el ingreso de las mencionadas avionetas, y desde Panamá llegaban al espacio aéreo peruano aviones AWACS que constituían radares aéreos para complementar esta misión. De otro lado, aviones vectoreadores C-26 localizaban las avionetas en vuelo guiados por los radares terrestres y el radar aéreo y finalmente aviones A-37B de la Fuerza Aérea peruana llevaban a cabo la interdicción, ordenando a las avionetas que habían ingresado al espacio aéreo sin permiso a que aterrizaran, haciendo disparos de advertencia y finalmente, en la eventualidad de que no obedecieran, derribándolos. Obando, "El tráfico ilícito de drogas en el Perú, cuarenta años después", art. cit., p. 30.

107 Manrique López, ob. cit., p. 45. Este autor sostiene que, según los datos oficiales del *Bureau of International Narcotics Matters* (BINM), se interceptaron 76 avionetas

Esta modelo de interdicción aérea que se centra en el operador del narcotráfico que intenta sacar la droga desde las zonas de producción, obtuvo como resultado que, entre julio de 1995 y mayo de 1998, el precio de la hoja de coca comenzará a caer, pues bajó de US$ 4.00 el kilo a US$ 0.40 el kilo, por debajo del índice de rentabilidad; también se redujo el área cultivada de coca sin necesidad de erradicación, vale decir, sin necesidad de enfrentarse a los cocaleros, así, el área cultivada quedó reducida a 51 754 hectáreas.

Sin embargo, como anota Obando:

> La operación "Bridge Denial" fue abandonada por los norteamericanos a raíz del derribo por error en el año 2001 de una avioneta de una iglesia Bautista en donde murió una religiosa y su hija. Fue el único error en diez años de actividad, pero bastó para acabar con la operación. La razón fue el Protocolo de Montreal. Dicho protocolo firmado por Estados Unidos, Perú y una serie de otros países criminaliza el derribo de aviones civiles, y eso era precisamente lo que se estaba haciendo con el "Bridge Denial". La Iglesia Bautista enjuició a la CIA por 200 millones de dólares y esta finalmente se comprometió a pagar 50 millones, el gobierno peruano tuvo que comprar una nueva avioneta para reemplazar la derribada y construir losas deportivas en las instalaciones que la Iglesia tenía en el Perú, y todo el personal que participó del derribo terminó enjuiciado[108].

Ante el abandono de la operación "Bridge Denial", el Gobierno de los Estados Unidos sugirió que la mayor cantidad de droga que salía del

---

y se derribaron 15 de estas. Debido al incremento de los riesgos en el transporte aéreo de drogas, la cantidad de vuelos detectados cayó en picada de 752 en 1992 a solo 96 en 1996. Asimismo, estos riesgos implicaron un alza de precios en los vuelos hacia Colombia, los cuales aumentaron de $ 30 000 en 1994 a $ 180 000 en 1997.

108 Obando, "El tráfico ilícito de drogas en el Perú, cuarenta años después", art. cit., p. 31. El 28 de agosto del 2015, se publicó la Ley, 30339, Ley de Control, Vigilancia y Defensa del Espacio Aéreo Nacional, sobre interceptación aérea, que supone empleo de la fuerza contra una aeronave hostil, entre otros supuestos, según en base a la evidencia disponible se pueda concluir razonablemente que tal aeronave esté siendo utilizada para la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas.

Perú era por vía marítima por lo que se debía potenciar la interdicción marítima a través de la Marina de Guerra, sin embargo, esta institución castrense nunca fue potenciada; además, la cooperación de Estados Unidos disminuyó en los siguientes años, pues la DEA determinó que la mayor cantidad de droga que llegaba a los Estados Unidos provenía de Colombia (88 %) y no de Perú (solo el 9 %), cuyo destino principal era Europa. En la actualidad, para diciembre del 2016, según la UNODC el área de cultivo de hoja de coca en el Perú fue de 43 900 hectáreas, que representan una producción potencial de hoja de coca de 105 960 toneladas, de los cuales un 10 % se destina al consumo tradicional y uso industrial, lo que supone que al menos 95 069 toneladas de hoja de coca se vinculan al narcotráfico, de las que el 77 % se produjeron en el Vraem. Siendo el precio promedio del kilo de hoja de coca seca de US$ 3.10[109].

En ese contexto a la par de las acciones de interdicción de los contrabandistas de drogas, que se han incentivado en los últimos años, el Estado peruano cuenta con un programa de erradicación de cultivos ilegales de hoja de coca del Mininter-Corah, que ha reportado para diciembre del 2016, la erradicación de 30 151 hectáreas de cultivos de esta planta. El programa de erradicación se centró en Aguaytía, Alto Huallaga, Pichis-Palcazú, San Gabán y Orellana. En este periodo se verificó una reconversión de 109 hectáreas de cultivos ilegales de hoja de coca a cultivos legales por acción del Proyecto Especial de Desarrollo del Valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro (Provraem)[110].

Además, de las políticas de interdicción y erradicación de cultivos, el Estado peruano cuenta con un programa de sustitución de cultivos, bajo la denominación de Desarrollo Alternativo Integral y Sostenible (DAIS), que cumple un papel central tanto en la reducción sostenida del espacio cocalero como en el control de la resiembra de cultivos ilícitos. Otárola define esta política de desarrollo alternativo en los siguientes términos:

109 Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, *Perú. Monitoreo de cultivos de coca 2016,* ob. cit., p. 17.

110 *Ibid.*, p. 17.

> El desarrollo alternativo puede ser definido inicialmente como un dispositivo de política pública destinado a mejorar las condiciones económicas, sociales, políticas y ambientales en zonas de proliferación de cultivos ilícitos, con el objetivo de desvincular a la población de esta actividad y otras conexas. Lograr este objetivo supone varias probabilidades sociológicas: a) promover la sustitución de cultivos ilícitos y brindar incentivos para evitar prácticas de resiembra; b) atenuar probables impactos de los operativos de control de cultivos sobre las economías domésticas; c) construir coaliciones de seguridad en territorios vulnerables a redes de tráfico ilícito de drogas; d) reducir los daños ambientales ocasionados por los cultivos ilícitos y el sobreuso de insumos químicos; e) consolidar la presencia del Estado y promover mecanismos de articulación con los mercados[111].

Uno de los propósitos de este programa es evitar la resiembra de cultivos ilegales en zonas ya erradicadas.

En el mismo sentido, UNODC sostiene lo siguiente:

> El desarrollo alternativo es un enfoque destinado a reducir la vulnerabilidad que da lugar a que la población se dedique a producir cultivos ilícitos y, en última instancia, a eliminar esos cultivos. El desarrollo alternativo puede romper el círculo vicioso caracterizado por el aumento de la producción ilícita de drogas, el debilitamiento del Estado de derecho, la contracción del crecimiento de la economía lícita, la reducción de las inversiones en sectores lícitos, el fortalecimiento de la delincuencia organizada y el aumento de la violencia, al promover de un modo eficaz factores que fomentan una economía lícita sostenible. A largo plazo, ello puede contribuir a atraer inversiones y a desarrollar la infraestructura necesaria y, en consecuencia, a modificar y preservar los medios de subsistencia de las comunidades rurales. En términos generales, el desarrollo alternativo no es un objetivo en sí mismo, sino un medio para lograr un fin, a saber, contribuir a crear un entorno propicio para un desarrollo rural a largo plazo sin cultivos ilícitos. El desarrollo alternativo actúa como catalizador, impulsando el desarrollo

111 Otárola, ob. cit., p. 21.

> de las zonas que afrontan problemas concretos relacionados con la economía de las drogas ilícitas[112].

Esta definición guarda correlato con la Resolución N.°68/196 de Asamblea General de las Naciones Unidas, un documento que adopta el texto de la Declaración de Lima del 2012 y formaliza a partir de esta última los "Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Alternativo"[113].

En ese marco, como anota Obando, la estrategia del Gobierno peruano en la lucha contra las drogas entre los años 2012-2016 se ha asentado en tres pilares: a) el desarrollo alternativo integral y sostenible; b) la prevención y el tratamiento del consumo de drogas, y c) la interdicción y sanción. Dentro de este último rubro están la interdicción propiamente dicha y la erradicación de cultivos ilícitos. Sin embargo, el esfuerzo del Gobierno se ha centrado en el Huallaga, en la región San Martín, siendo que la principal región cocalera del país es el valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro (Vraem). Allí la reducción ha sido mínima[114].

Así, por ejemplo, como explican Casas y Ramírez, en la zona del Monzón, el Estado aplicó los tres componentes de la lucha antidrogas:

> La primera fase de intervención estuvo centrada en la interdicción de organizaciones criminales vinculadas con el tráfico de drogas y el terrorismo, a cargo de la PNP. La segunda fase estuvo enfocada en la erradicación de las plantaciones de coca, a cargo del Corah. La última

112 Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, *Informe mundial sobre las drogas 2015. Resumen ejecutivo*, p. 12. Recuperado de <https://bit.ly/1Ke20wC>.

113 Otárola, ob. cit., p. 23.

114 *Ibid.*, pp. 26 y 39. Para un análisis de los factores que impiden el desarrollo alternativo de la zona del Vraem y el planteamiento de una serie de propuestas para superar estas barreras, Cfr. Mendoza, Waldo y Janneth Leyva, *La economía del Vraem. Diagnóstico y opciones de política*, Lima: Usaid/CIES, 2017, p. 169 y ss.

> fase estuvo centrada en la implementación de proyectos de desarrollo alternativo, intervención que fue liderada por Devida[115].

En el caso de la erradicación:

> El Corah, en coordinación con el Mininter y Devida, ejecutó el Plan Anual de Erradicación de Coca en Monzón. Las primeras acciones de erradicación se establecieron en caseríos y centros poblados que rodeaban al principal distrito del valle. Según indica un funcionario del Corah, estas actividades se realizaron con miras a demostrar a la autoridad local que el proceso de erradicación no se iba a detener. Durante 2013 se erradicaron alrededor de 4000 ha de cultivos ilegales de coca; en 2014, cerca de 3000 ha y durante 2015 casi 4000 ha[116].

La erradicación de cultivos ilegales se realiza conforme al Plan Anual de Reducción del Espacio Cocalero para el 2018, proyectado en la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas y ejecutado por Programa Especial de Control y Reducción del Cultivo de Coca en el Alto Huallaga (Corah), en coordinación con Ministerio del Interior y Devida.

2. Delito de resiembra de cultivos erradicados

A efectos de reforzar los programas de desarrollo alternativo y erradicación de cultivos ilegales de coca, antes descritos, el legislador ha contemplado el delito de resiembra dirigido al propietario, posesionario o tercero que realiza actos de cultivo sobre predios que han sido sometidos previamente al programa de erradicación de cultivos ilegales de coca por parte del Estado. Así, el art. 296.C del CP, incorporado por el D. Leg. 1241, prescribe lo siguiente:

---

115 Casas, Frank y Mariana Ramírez, "Actores y escenarios como determinantes clave de la política de drogas en Perú. El caso de la implementación del control de hoja de coca en el valle del Monzón (2010-2015)", en *Revista de Ciencia Política y Gobierno*, vol. 4, n.º 7, 2017, p. 42.

116 Casas y Ramírez, "Actores y escenarios como determinantes clave de la política de drogas en Perú", art. cit., pp. 42 y 43.

> El propietario, posesionario o tercero, que haciendo uso de cualquier técnica de cultivo, resiembra parcial o totalmente con arbusto de coca, semillas y/o almácigos, aquellos predios de coca erradicados por el Estado, será reprimidos con pena privativa de libertad no menor de 3 ni mayor de 8 años.
>
> Serán decomisados a favor del Estado, los predios que total o parcialmente estuvieran cultivados ilegalmente con plantas de coca, semillas y/o almácigos en áreas del territorio nacional, cualquier sea la técnica utilizada para su cultivo, y no procedieran sus propietarios o posesionarios a sustituirlos o erradicarlos.

De esta manera, se penalizan los actos de resiembra. Prado Saldarriaga señala lo siguiente:

> Se le construye en base a un acto de desobediencia a la autoridad, en tanto esta prohíbe renovar sembrados en las áreas de cultivos de plantas de coca que ya fueron objeto de programas de erradicación por la autoridad competente. La norma alude a que el agente del delito puede aplicar diferentes procedimientos de cultivo como surtido de semillas o trasplante de almácigos. Además, se precisa que la resiembra cocalera puede ser parcial o total; esto es, llegar a cubrir toda el área de erradicación o solo parte de ella. La oportunidad y extensión métrica de la resiembra no afecta la tipicidad ni antijuricidad de la conducta realizada[117].

Como se ha explicado la erradicación de cultivos ilegales de coca es uno de los pilares de la política del Estado peruano en materia de represión del tráfico ilícito de drogas, por lo que se tiene que asegurar que las zonas ya erradicadas no vuelvan ser utilizadas para el cultivo ilegal de coca; en esa medida, el Estado, junto al programa de erradicación, ejecuta el programa de desarrollo alternativo que implica la sustitución de cultivos legales y brindar al agricultor las condiciones económicas y sociales necesarias para contar con incentivos que no lo hagan volver a cultivar hoja de coca, por eso resulta indispensable que ambos programas realicen acciones coordinadas y complementarias, ya

117 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 197.

que el agricultor que ve que los incentivos y condiciones económicas son más atractivos para los cultivos ilegales optará por la resiembra de los mismos. Estos incentivos y condiciones económicas corresponden a la ejecución de políticas públicas de desarrollo de las zonas de cultivo y lucha contra la pobreza, que implica una mayor presencia del Estado, problemas socio-económicos que no se solucionan con norma penales. Con todo, el tipo penal que comentamos pretende asegurar las acciones de erradicación de cultivos ilegales de hoja de coca del Estado.

Finalmente, el segundo párrafo del art. 296.C del CP introduce un supuesto de decomiso de los predios que total o parcialmente estuvieran cultivados ilegalmente con plantas de coca, semillas y/o almácigos en áreas del territorio nacional, cualquiera sea la técnica utilizada para su cultivo, y no procedieran sus propietarios o posesionarios a sustituirlos o erradicarlos. Esta norma se relaciona con el art. 17.1 del reglamento del D. Leg. N.° 1241, Decreto Legislativo que Fortalece la Lucha Contra el Tráfico Ilícito de Drogas, que señala lo siguiente: "La Policía Nacional del Perú realiza la incautación de los predios urbanos o rurales en los que se encuentren cultivos de coca en resiembra". Así como con el art. 18.2 del citado reglamento que prescribe: "Se incautan los bienes muebles e inmuebles vinculados con el delito, de los cuales se puedan obtener provecho lícito en forma posterior, siendo además, en su caso, susceptibles de devolución cuando disponga la autoridad competente".

Siguiendo a Álvarez García *et al.*[118], el comiso es una consecuencia accesoria del delito que priva definitivamente a los responsables del mismo de todos los efectos que provengan del hecho delictivo, de los instrumentos con que se ha ejecutado y de las ganancias obtenidas, cualquiera que sea su transformación, o de otros bienes propiedad del responsable del delito de valor equivalente si no se hubiera podido hacer efectivo sobre los bienes o ganancias derivadas del delito. Ha de decretarse en sentencia, debidamente motivado, y está limitado por el principio acusatorio; si no se solicita por la acusación, el órgano judicial

118 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 274.

no puede acordarla de oficio. En el mismo sentido, García Martín[119] sostiene que el decomiso es una consecuencia del delito, por el cual los objetos, instrumentos o efectos del mismo pasan a la titularidad del Estado. El decomiso se vincula a la sanción penal, por lo que al imponerse la pena de decomiso se deben cumplir ciertos requisitos, así es necesario que un órgano jurisdiccional declarare al titular (o titulares) de los bienes a decomisar responsable de haber cometido una conducta típica, antijurídica, culpable y punible, y vincular los bienes materia de decomiso con esa infracción.

Sobre el último párrafo del art. 296.C del CP, Prado Saldarriga, sostiene lo siguiente:

> Nos parece inadecuada la inclusión de esta disposición de evidente naturaleza administrativa en el Código Penal. Si bien se basa en una infracción administrativa a los plazos y programas de erradicación o sustitución de cultivos informales o ilegales, su ubicación sistemática no compatibiliza con la estructura y función del delito de resiembra que tipifica y reprime el primer párrafo del citado artículo[120].

V. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

1.- En el primer párrafo 296.A se criminalizan los actos de cultivo y siembra de plantas de amapola o adormidera de la especie *papaver somniferum* y la planta de marihuana de la especie *cannabis sativa*, excluyendo con objeto material del delito al arbusto de coca; el segundo párrafo criminaliza los actos de comercialización y transferencia de semillas de estas plantas fiscalizadas (adormidera y *cannabis sativa*); mientras que el último párrafo criminaliza la siembra o cultivo compulsivos de estas plantas y de la planta de coca, apareciendo el arbusto de

119 Cfr. García Martín, Luis *et. al.*, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996, p. 444.

120 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada*, ob. cit., pp. 197 y 198.

coca como objeto material de este tipo penal. Mientras que el art. 296.C criminaliza los actos de resiembra de arbusto de coca de predios que hayan sido sometidos a programas de erradicación de cultivos ilegales.

2.- En el primer párrafo del art. 296.C el comportamiento central de este tipo delictivo son los actos de siembra o cultivo de plantas de amapola o marihuana, pero no se agota ahí, sino que criminaliza los actos de promoción, favorecimiento, financiamiento o facilitación, de esta manera eleva forma de participación criminal a la condición de autoría. El cultivo son actividades preparatorias encaminadas a la producción de la droga que la previsión del legislador ha tipificado como delito en sí, en cuanto constituyen antecedente necesario para la obtención del producto cuyo destino al tráfico se vislumbra.

3.- En el caso del primer párrafo del art. 296.A del CP peruano, los actos de siembra o cultivo expresamente se refieren a las plantas de amapola o adormidera de la especie *papaver somniferum* o marihuana de la especie *cannabis sativa*, de las que como se sabe se obtienen drogas tóxicas. El caso material del delito en el tipo penal peruano son las plantas de amapola o adormidera de la especie *papaver somniferum* o marihuana de la especie *cannabis sativa*. Tipo penal que excluye el cultivo del arbusto de coca por razones de uso cultural y religioso.

4.- La parte objetiva de la conducta (juicios típicos de imputación objetivo) consiste precisamente en realizar actos de siembra, plantación y recolección típicamente relevantes. El cultivo puede realizarse de distintas formas. En efecto, puede tener lugar en plantaciones extensas especialmente ente destinadas a ello, en pequeñas parcelas, o en macetas y tiestos. No importa, a los efectos de aplicar este precepto, el modo en que se haga el cultivo; lo decisivo debe ser la idoneidad objetiva de este. En consecuencia, para considerar la conducta como típica deberá quedar suficientemente acreditado que el cultivo

reúne los requisitos para ser idóneos para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal.

5.- La parte subjetiva de la conducta (juicios típicos de imputación subjetiva) consiste en conocer y querer los actos de cultivo; conocer y querer el objeto del cultivo, y conocer y querer la capacidad objetiva de difusión del consumo ilegal de las sustancias obtenidas. El cultivo contemplado en el CP es exclusivamente aquel que tiene capacidad, es idónea, para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Así pues, debe estar orientado a la obtención de drogas como producto por medio agrícolas. En esa medida, los actos de cultivo sean idóneos para la producción de las plantas fiscalizadas, y que esta producción sea dirigida a la extracción, elaboración de drogas ilegales para el consumo de terceros, en esa medida el cultivo o siembra para autoconsumo o consumo compartido, escaparían de la tipicidad subjetiva exigida por la norma penal. Lo mismo sucede con el cultivo o siembra del cannabis con fines médicos o terapéuticos, siempre que previamente se cuente con licencia o autorización con forme las reglas establecidas en la Ley N.° 30681, Ley que Regula el Uso Medicinal y Terapéutico del Cannabis y sus Derivados, de fecha 17 de noviembre del 2017.

6.- El segundo párrafo del art. 296.A del CP criminaliza los actos de comercialización o transferencia de semillas de amapola o marihuana. Así, las conductas descritas son constitutivas del tráfico ilícito de estupefacientes, en este caso se trata del primer eslabón de dicha cadena, esto en la comercialización o transferencia de semillas utilizables para producir drogas prohibidas. Se trata en lo esencial de actos preparatorios. Los actos de comercialización comprenden una gama de comportamientos. Desde un punto de vista económico, se le puede entender como a *acción y efecto de comercializar*, poner a la venta un *producto* o darle las condiciones y vías de distribución

para su venta. La noción de comercialización tiene distintos usos según el contexto. Es posible asociar la comercialización a la *distribución* o *logística*, que se encarga de hacer llegar físicamente el producto o el *servicio* al consumidor final.

7.- El tercer párrafo del art. 296.A del CP establece figuras atenuadas en referencia a los delitos contemplados en los dos primeros párrafos. Si bien en el caso de los actos ejecutivos de siembra o cultivo de plantas de amapola o adormidera de la especie *papaver somniferum* o marihuana de la especie *cannabis sativa* la extensión de las áreas de cultivo resulta irrelevante para la configuración del delito, en la norma bajo análisis, se introducen un componente cuantitativo como circunstancia atenuante, así, se conmina con una pena atenuada en relación con delito de siembra y cultivo de plantas fiscalizadas cuando "la cantidad de plantas sembradas o cultivadas no excede de cien" (inc. 1 del párr. 3 del art. 296.A CP). Lo mismo sucede respecto del delito de comercialización y transferencia de semillas de adormidera y marihuana, donde el legislador también ha establecido un criterio cuantitativo para la configuración de la figura atenuante, cuando "la cantidad de semillas no excede de la requerida para sembrar el número de plantas que señala el inciso precedente" (inc. 2 del párr. 3 del art. 296.A CP).

8.- El párr. 4 del art. 296-A del CP hace referencia al delito de actos de siembra y cultivo compulsivos de plantas de amapola, marihuana y arbusto de coca. Este supuesto delictivo se verifica cuando el sujeto pasivo de la acción se le amenaza o coacciona mediante violencia a efectos de que realice actos de siembra o cultivo no solo de plantas de amapola o marihuana, sino también de plantas de coca. La amenaza consiste en una intimidación que representa la sustitución psicológica de la violencia física, importa un comportamiento orientado a trabar la libertad de decisión de la víctima, la amenaza implica, toda coerción de índole subjetiva que se hace sufrir a una per-

sona a fin de quebrar su voluntad permitiendo al agente activo del delito logre su cometido, en este caso que el victimado realice actos de siembra o cultivo de las plantas fiscalizadas. Se entiende por violencia aquella energía física, mecánica o tecnológica que ejerce el sujeto activo sobre su víctima con la finalidad de vencer por su poder material, su resistencia natural o en su caso, evitar la materialización de la resistencia que hace la víctima, quebrando su voluntad permitiendo al agente activo del delito logre su cometido, en este caso que el victimado realice actos de siembra o cultivo de las plantas fiscalizadas.

9.- La Ley N.° 30681, Ley que Regula el Uso Medicinal y Terapéutico del Cannabis y sus Derivados, de fecha 17 de noviembre del 2017, introduce el párr. 5 al art. 296.A del CP, estableciendo un supuesto de atipicidad para las figuras delictivas descritas en dicho artículo, respecto a la planta de *cannabis sativa*, cuando se haya otorgado licencia para la investigación, importación y/o comercialización y producción del cannabis y sus derivados con fines medicinales y terapéuticos.

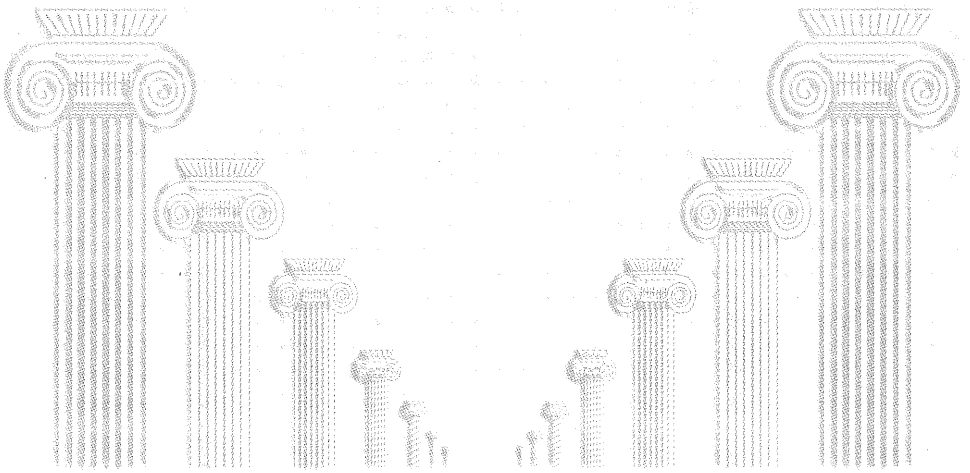
10.- Según la regulación administrativa sobre el uso medicinal y terapéutico del cannabis, se faculta a funcionarios del Ministerio de Salud la emisión de tres clases de licencias: a) licencia para la investigación científica, para las universidades e instituciones de investigación agraria y en salud: b) licencia para la importación o comercialización, y c) licencia para la producción. En ese marco, la última parte del párrafo quinto del art. 296.A del CP considera como figura delictiva a quien habiéndosele otorgado una de estas clases de licencias no cumple con la finalidad de las mismas, esto es, destinar la marihuana o sus derivados a fines medicinales y terapéuticos.

11.- La estrategia del Gobierno peruano en la lucha contra las drogas, entre los años 2012-2016, se ha asentado en tres pilares: a) el desarrollo alternativo integral y sostenible, b) la preven-

ción y el tratamiento del consumo de drogas, y c) la interdicción y sanción. Dentro de este último rubro están la interdicción propiamente dicha y la erradicación de cultivos ilícitos. Sin embargo, el esfuerzo del Gobierno se ha centrado en el Huallaga, en la región San Martín, siendo que la principal región cocalera del país es el valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro (Vraem). Allí la reducción ha sido mínima. A efectos de reforzar los programas de desarrollo alternativo y erradicación de cultivos ilegales de coca, antes descritos, el legislador ha contemplado el delito de resiembra, conforme al art. 296.C del CP, dirigido al propietario, posesionario o tercero realiza actos de cultivo sobre predios que han sido sometidos previamente al programa de erradicación de cultivos ilegales de coca por parte del Estado. Asimismo, el segundo párrafo del art. 296-C del CP introduce un supuesto de decomiso de los predios que total o parcialmente estuvieran cultivados ilegalmente con plantas de coca, semillas y/o almácigos en áreas del territorio nacional, cualquiera sea la técnica utilizada para su cultivo, y no procedieran sus propietarios o posesionarios a sustituirlos o erradicarlos.

CAPÍTULO VIII

FIGURAS AGRAVADAS DE LOS DELITOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS: ARTÍCULO 297 DEL CODIGO PENAL



El art. 297 del CP comprende siete grupos de circunstancias agravantes específicas de primer nivel o grado que incrementan la penalidad de los tipos básicos contenidos en el art. 296 del mismo cuerpo legal, estableciendo una pena principal conminada de 15 a 25 años de pena privativa de libertad y dos supuestos de circunstancia agravante de segundo grado o nivel, que supone una hiperagravación de las figuras básicas. Así, por ejemplo, el inc. 6 establece dos circunstancias agravantes específicas, la primera, cuando el hecho es cometido por tres o más personas; y, la segunda, cuando el hecho es cometido por el agente en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o a la comercialización de insumos para su elaboración.

Las circunstancias agravantes específicas se regulan en la parte especial a través de listado o párrafos adicionales a los tipos básicos. Así, en cada uno de ellos se agregan elementos que agravan el tipo básico, de ahí que teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, se imponen penas superiores. A la luz del principio de culpabilidad, se exige que el dolo del sujeto comprenda tanto el conocimiento de los elementos que agravan la pena, como la ilicitud de la conducta. En esa medida, verificado el hecho criminal básico, se debe establecer si aparecen también alguna de las circunstancias agravantes adicionales que supongan una mayor penalidad. De tal manera que las circunstancias agravantes específicas son contingentes, pues si no concurren, el delito básico permanece incólume; y secundarias, pues primero se debe determinar la existencia del delito del que dependen. Con lo cual, si bien las circunstancias agravantes son diferentes a los elementos que componen el delito, las mismas deben mantener una relación con este, pues para legitimar el aumento de pena que ellas involucran deben incidir en algo que sea de tan importante significado que precisamente legitime la modificación de la pena. Además, no basta modificar el hecho, es necesario alterar el

injusto para que se den las condiciones de una adición en la sanción ya prevista en el delito básico o sin circunstancias fijadas por el legislador.

El primer párrafo del art. 297 del CP contempla diversas situaciones que inciden en la gravedad del hecho o en la culpabilidad del autor, cuya consecuencia es que modifican la responsabilidad penal del agente incrementando la pena, lo que se verifica en la fase de determinación judicial de la pena. Estas circunstancias agravantes específicas de primer nivel o grado se pueden agrupar en siete subgrupos: a) agravante por la condición personal del agente, b) agravante por el lugar de comisión del delito, c) agravante por el modo de ejecución (autoría mediata), d) agravante por el destinatario del tráfico ilícito, e) agravante por pluralidad de agentes, f) agravante por integrar una organización criminal y g) agravante por excesiva cantidad del objeto de acción del delito.

En todos estos casos, la agravación de la conducta, consiste en un juicio de atribución como reproche del hecho previamente valorado como antijurídico. La antijuricidad se afectada por las circunstancias, en este caso para agravarla. De esta manera, cuando una circunstancia hace el hecho "más reprochable" ese mayor reproche no incrementa la culpabilidad, sino la antijuricidad de la conducta: es el hecho lo que se ve valorado como de gravedad superior.

El último párrafo del art. 297 del CP ha establecido dos factores de agravación de segundo grado o nivel: a) la posición dirigente del agente en una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas o insumos para su elaboración; y b) la utilización del tráfico ilícito de drogas para financiar actividades terroristas. Las circunstancias agravantes de segundo grado o nivel, suponen casos especiales que agravan las penas correspondientes a un tipo ya de por sí agravado.

I. LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES ESPECÍFICAS

Las circunstancias agravantes específicas son circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, Bullemore y Mackinnon entiende por las mismas como "un conjunto de situaciones concretas,

descritas por el legislador y que, al concurrir, producen el efecto de influir en la magnitud de la pena aplicable, sea porque la conducta es considerada más o menos injusta, o más o menos culpable"[1], por su parte, ANTOLISEI plantea que "circunstancias del delito (de cincum stat) es, en general, aquello que está en torno al delito. Implicando por su misma índole la idea de accesoriedad, presupone necesariamente lo principal, que está constituido por un delito perfecto en su estructura"[2].

En ese marco, PRADO SALDARRIAGA plantea que las circunstancias del delito suponen factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intención de un delito, esto es, posibilitan cuantificar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita (antijuridicidad del hecho); o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta (culpabilidad del agente). Las circunstancias permiten, pues, valorar si un delito es más o menos grave y a partir de ello ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que debe imponerse a su autor o partícipe[3]. RODRÍGUEZ COLLAO explica que, citando a MIR, las circunstancias consisten en un hecho, relación o dato concreto, que el legislador tiene en cuenta para los efectos de graduar la responsabilidad penal. El componente fáctico de esta clase de circunstancias, en efecto, no siempre está relacionado con la conducta delictiva, ni consiste en un acto voluntario de las personas que toman parte en su ejecución, sino que en muchos casos está constituido por una situación o relación preexistente al delito, o incluso posterior a él; y, en general, por cualquier antecedente que tenga la virtud de traducir los propósitos de concreción de la responsabilidad penal[4].

---

1 BULLEMORE, Vivian y John MACKINNON, *Curso de derecho penal*, t. II, Santiago: LexisNexis, 2007, p. 215.

2 ANTOLISEI, Francesco, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Uteha, 1960, p. 319.

3 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, "La determinación judicial de la pena en la Ley N.° 30076", en, *Determinación Judicial de la Pena*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 51.

4 RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, "Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXVI, Valparaíso, 2011, p. 406.

Cabe advertir, siguiendo a Bustos y Hormazábal:

> Las circunstancias del delito son elementos accidentales dentro de la estructura del delito que influyen en la determinacion de la pena. Su carácter accidental implica que no constituyen no son constitutivas del injusto ni de la responsabilidad del sujeto. Su objetivo es darle mayor precisión al injusto y a la responsabilidad del sujeto a efectos de la determinación de la pena[5].

De esta manera, Arias Eibe señala que el delito presenta una estructura esencial en la que se integran los elementos esenciales y necesarios que la ley considera indispensables para la existencia del delito mismo, esto es, los elementos fundamentadores de la conducta delictiva, y una estructura accidental dentro de la que se integran determinadas circunstancias o características concretas que fundamentan la mayor o menor gravedad del comportamiento criminal. Por lo cual, como explica el referido autor español, la relevancia y operatividad jurídica de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal no puede considerarse de forma independiente o autónoma del hecho criminal al que acompañan, antes, al contrario, su valoración es dependiente y ha de ir unida a la valoración del propio hecho criminal, de tal suerte que la respuesta penal deriva de la concurrencia y valoración conjunta de hecho y circunstancias concurrentes en el mismo[6].

Ahora bien, cuando las circunstancias promueven una penalidad conminada o pena concreta mayor se les denomina agravantes y cuando auspician una penalidad conminada o pena concreta menor son llamadas atenuantes[7]. Como sostiene Prado Saldarriaga:

---

5 Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Madrid: Trotta, 2006, p. 543.

6 Arias Eibe, Manuel José, "Graduación del desvalor y reproche en el marco de la estructura esencial y accidental del delito", pp. 7 y 8. Recuperado de <https://bit.ly/2Rzt847>.

7 Prado Saldarriaga, "La determinación judicial de la pena en la Ley N.° 30076", art. cit., p. 52.

> Se denominan circunstancias agravantes a aquellos factores objetivos o subjetivos que influyen en la intensidad del delito (antijuridicidad o culpabilidad), haciéndolo más grave. Su función principal es coadyuvar a la graduación o determinación del quantum de pena aplicable al hecho punible cometido. Se trata, pues, de circunstancias que por indicar un mayor injusto o una mayor culpabilidad determinan la aplicación de una pena más grave[8].

El autor nacional explica en esa medida lo siguiente:

> Las circunstancias agravantes por su naturaleza pueden ser comunes o genéricas cuando con aplicables a cualquier delito, por ejemplo, las circunstancias contempladas en los arts. 46.A, 46.B y 46.C del CP. En cambio, son circunstancias agravantes especiales o específicas aquellas que solo pueden aplicarse ante la comisión de determinados delitos. Este es el caso de las circunstancias previstas en el art. 297 del CP que solo proyectan sus efectos agravantes ante la comisión de los delitos de tráfico ilícito de drogas tipificados en el art. 296 del citado cuerpo de leyes[9].

En suma, las circunstancias agravantes específicas se regulan en la parte especial a través de listado o párrafos adicionales a los tipos básicos. Así, en cada uno de ellos se agregan elementos que agravan el tipo básico, de ahí que teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, se imponen penas superiores. A la luz del principio de culpabilidad, se exige que el dolo del sujeto comprenda tanto el conocimiento de los elementos que agravan la pena, como la ilicitud de la conducta[10]. En esa medida, verificado el hecho criminal básico, se debe establecer si apa-

---

8 Prado Saldarriaga, Víctor, "Jurisprudencia vinculante y pluralidad de agentes en el delito de tráfico ilícito de drogas", en *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*, Lima: Grijley, 2008, p. 788.

9 Prado Saldarriaga, "La determinación judicial de la pena en la Ley N.° 30076", art. cit., pp. 788 y 789.

10 Expósito López, Lourdes, *Criminalidad organizada y tráfico de drogas. Las transformaciones del sistema jurídico penal sustantivo y procesal*, tesis para optar el grado de doctor, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2015, p. 190.

recen también alguna de las circunstancias agravantes adicionales que supongan una mayor penalidad. De tal manera para Tamayo Patiño, las circunstancias agravantes específicas son contingentes, pues si no concurren, el delito básico permanece incólume; y secundarias, pues primero se debe determinar la existencia del delito del que dependen. Con lo cual, como explica el autor colombiano, si bien las circunstancias agravantes son diferentes a los elementos que componen el delito, las mismas deben mantener una relación con este, pues para legitimar el aumento de pena que ellas involucran deben incidir en algo que sea de tan importante significado que precisamente legitime la modificación de la pena. Además, no basta modificar el hecho, es necesario alterar el injusto para que se den las condiciones de una adición en la sanción ya prevista en el delito básico o sin circunstancias fijadas por el legislador[11].

Ambos y Núñez anotan que Convención Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, dentro de las normas que disponen que los Estados partes cuentan con el deber de criminalizar los delitos de tráfico ilícito de drogas, identifica algunas circunstancias que necesariamente deben ser tenidas en cuenta como agravantes, como la participación en el delito de una organización criminal, el empleo de armas, la intervencion de funcionarios públicos, la utilización de menores y la reincidencia[12]. En el caso peruano, los supuestos agravados de los delitos de tráfico ilícito de drogas del art. 297 del CP tienen en cuenta los siguientes factores: las circunstancias

11 Tamayo Patiño, Francisco Javier, "Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano. Aproximaciones a una fundamentación", en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 8, n.° 79, 2012, pp. 21 y 67. De esta manera: "Los tipos cualificados o privilegiados añaden circunstancias agravantes o atenuantes, pero no modifican los elementos fundamentales del tipo básico. El delito autónomo constituye, por el contrario, una estructura jurídica unitaria, con un contenido y ámbito de aplicación propios, con un marco legal autónomo, etc."; Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 6.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 258.

12 Ambos, Kai y Noelia Núñez, "Marco jurídico internacional en materia de drogas. Estado actual y desafíos para el futuro", en *Drogas ilícitas y narcotráfico. Nuevos desarrollos en América Latina*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2017, p. 36.

personales del autor, vulnerabilidad de la víctima, lugares protegidos, características de las sustancias, medios utilizados por el autor, actuar como integrante de una organización criminal y otras circunstancias cualificadas. La pluralidad de factores que tiene en cuenta el legislador para agravar la pena:

> [P]one de manifiesto que es imposible identificar un fundamento común a todas ellas, por lo que será necesario identificar dicho interés en forma individualizada. Es decir, junto a la puesta en peligro del bien jurídico, se tiene en consideración en cada una de ellas un plus de desvalor (de acción o de resultado o de ambos) que determinan un incremento de injusto merecedor del marco punitivo agravado[13].

De esta manera, es importante lo señalado por Prado Saldarriaga:

> [C]abe aclarar que las circunstancias agravantes previstas en el art. 297 no configuran delitos autónomos. Esto es, no alteran ni modifican la tipicidad básica de las conductas delictivas que se describen en el art. 296, pero, de concurrir con su realización, intensificaran la antijuridicidad del hecho punible cometido o del grado de culpabilidad del autor. Lo cual, en ambos casos, justificará el incremento de la penalidad correspondiente[14].

Cabe destacar que el art. 297 del CP establece dos niveles, grados o escalas de circunstancias agravantes específicas, contemplando escalas punitivas conminadas de diferente extensión y gravedad, incrementando la pena conminada según el grupo en que haya sido catalogada la circunstancia agravante. Una primera escala de agravación de la pena, para siete supuestos graves de comisión de delito, aparece en el primer párrafo del citado artículo, estableciendo una pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años, además ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación

13 Acale Sánchez, María, *Salud pública y drogas tóxicas*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, p. 141.

14 Prado Saldarriaga, "Jurisprudencia vinculante y pluralidad de agentes en el delito de tráfico ilícito de drogas", art. cit., p. 789.

conforme a los incs. 1, 2, 4, 5 y 8 del art. 36 mientras que, en el segundo párrafo del artículo bajo comentario, se establece una segunda escala de agravación de la pena en dos supuestos tasados, regulando la escala punitiva en el rango no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad. Sobre la posibilidad de que los tipos penales de la Parte Especial establezcan diferentes escalan ascendentes de penalidad conminada, los jueces penales de la Corte Suprema han precisado lo siguiente:

> Las Circunstancias Agravantes de Diferente Grado o Nivel.
>
> Son aquellas circunstancias agravantes específicas que se encuentran adscritas a determinados delitos de la Parte Especial del CP, pero para las cuales la ley establece escalas punitivas conminadas de diferente extensión y gravedad. En la legislación penal nacional su presencia normativa ha sido frecuente en los casos de delitos de relevante repercusión social como el secuestro, el hurto, el robo o el tráfico ilícito de drogas. Efectivamente, en la actualidad los arts. 152, 186 189 y 297 del Código sustantivo regulan, sucesivamente, hasta tres grados o niveles de circunstancias agravantes. Ahora bien, cada uno de estos grados o niveles tiene prevista una pena conminada que será aplicable exclusivamente a los supuestos agravantes que integran el respectivo grado o nivel. La técnica legislativa utilizada determina una escala ascendente de penalidad conminada. Por tanto, la pena conminada más grave se consigna para las agravantes de tercer grado y la menos severa para las agravantes comprendidas en el primer grado. Por ejemplo, en el caso de las circunstancias agravantes del delito de robo [Cfr. Art. 189º del CP] se detecta que las agravantes de primer grado o nivel tienen como escala de penalidad conminada entre doce a veinte años de pena privativa de libertad; mientras que las agravantes de segundo grado o nivel establecen penas entre veinte y treinta años de pena privativa de libertad; y, en el caso de las agravantes de tercer grado o nivel tienen como estándar punitivo la pena de cadena perpetua[15].

Según los jueces penales de la Corte Suprema, la técnica legislativa de regular sucesivamente, hasta tres grados o niveles de circunstancias

15 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 2-2010/CJ-116*, f. j. n.° 7.

agravantes resulta frecuente en delitos de relevante repercusión social como el secuestro, el hurto, el robo o el tráfico ilícito de drogas.

II. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE PRIMER GRADO O NIVEL

Como sostiene Prado Saldarriaga, en el caso de los delitos de tráfico ilícito de drogas:

> Corresponden al primer nivel o grado las circunstancias agravantes que determinan una penalidad conminada conjunta de: pena privativa de libertad no menor de quince años ni mayor de veinticinco años; de multa no menor de ciento ochenta ni mayor de trescientos sesenta y cinco días-multa; y de inhabilitación según los incisos 1, 2, 4, 5 y 8 del art. 36 del Código Penal[16].

El primer párrafo del art. 297 del CP prescribe lo siguiente:

> Artículo 297.- Formas agravadas
> La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme a los incs. 1, 2, 4, 5 y 8 del art. 36, cuando:
>
> 1. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la funcion público.
> 2. El agente tiene la profesión de educador o se desempeña como tal en cualquiera de los niveles de enseñanza.
> 3. El agente es médico, farmacéutico, químico, odontólogo o ejerce otra profesión sanitaria.
> 4. El hecho es cometido en el interior o en inmediaciones de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, de salud, recinto deportivo, lugar de detención o reclusión.
> 5. El agente vende drogas a menores de edad, o los utiliza para la venta o emplea a una persona inimputable.

16 Prado Saldarriaga, Víctor, *Criminalidad organizada. Parte especial. Constitución, promoción e integración de organizaciones criminales. Tráfico ilícito de drogas y otros delitos afines. Lavado de activos. Financiación del terrorismo. Trata de personas y minería ilegal. Acuerdos plenarios,* Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 157.

6. El hecho es cometido por tres o más personas, o en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas, o al desvío de sustancias químicas controladas o no controladas o de materias primas a que se refieren los arts. 296 y 296.B.
7. La droga a comercializarse o comercializada excede las siguientes cantidades: veinte kilogramos de pasta básica de cocaína o sus derivados ilícitos, diez kilogramos de clorhidrato de cocaína, cinco kilogramos de látex de opio o quinientos gramos de sus derivados, y cien kilogramos de marihuana o dos kilogramos de sus derivados o quince gramos de éxtasis, conteniendo Metilendio-xianfetamina-MDA, Metilendioximetanfetamina-MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas.

Estas circunstancias agravantes específicas de primer nivel o grado se pueden agrupar en siete subgrupos: a) agravante por la condición personal del agente, b) agravante por el lugar de comisión del delito, c) agravante por el modo de ejecución (autoría mediata), d) agravante por el destinatario del tráfico ilícito, e) agravante por pluralidad de agentes, f) agravante por integrar una organización criminal y g) agravante por excesiva cantidad del objeto de acción del delito.

Como plantea Mir Puig: "las circunstancias modificativas son elementos accidentales del delito, en el sentido de que de ellos no depende el ser del delito, sino su gravedad"[17], de esta manera:

> Si los marcos penales genéricos deben ser proporcionados a la gravedad del delito en abstracto, también debe serlo la pena concreta que se imponga dentro de dicho marco. Y si tal decisión se adopta en base a las circunstancias atenuantes y agravantes es porque éstas contemplan situaciones que modifican la gravedad del hecho o la culpabilidad del autor, obteniéndose con ello la proporcionalidad en concreto. En definitiva, se trata de circunstancias que modifican la pena porque suponen modificaciones de la responsabilidad criminal[18].

17 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general,* 10.ª ed., Barcelona: Reppertor, 2015, p. 631.

18 Muñoz y García, *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 510.

En el caso del primer párrafo del art. 297 del CP se contemplan diversas situaciones que inciden en la gravedad del hecho o en la culpabilidad del autor, cuya consecuencia es que modifican la responsabilidad penal del agente incrementando la pena, lo que se verifica en la fase de determinación judicial de la pena.

Así, las circunstancias agravantes específicas: b) agravante por el lugar de comisión del delito, c) agravante por el modo de ejecución (autoría mediata), d) agravante por el destinatario del tráfico ilícito, y g) agravante por excesiva cantidad del objeto de acción del delito, suponen mayor reprochabilidad de la conducta, pues el agente afecta otros intereses superiores; mientras que las siguientes agravantes: e) agravante por pluralidad de agentes, y f) agravante por integrar una organización criminal, suponen medios personales y materiales que facilitan la comisión del delito, donde el agente se aprovecha de las mismas para asegurar el éxito del delito, lo que también torna reprochable la conducta. Y en la circunstancia agravante: a) agravante por la condición personal del agente, el sujeto activo se aprovecha o abusa de la función pública que ostenta o de la profesión que ejerce para facilitar la comisión del delito, lo que hace más reprochable la conducta. Falcone y Capparelli, analizando el conjunto de circunstancias agravantes prescritas en la legislacion argentina, similares a nuestro ordenamiento jurídico, plantean que, si bien no es posible encontrar un fundamento común a todas las agravantes contenidas en la referida norma, un rasgo general a tener en cuenta consiste en apreciar que junto a la mayor afectación al bien jurídico supraindividual salud pública, aparecen en algunos supuestos otros intereses distintos que merecen especial protección, configurándose de esta forma como delitos pluriofensivos[19].

En todos estos casos, la agravación de la conducta, consiste en un juicio de atribución como reproche del hecho previamente valorado como antijurídico. La antijuricidad se afectada por las circunstancias, en este caso para agravarla. De esta manera, cuando una circunstancia

19 Falcone, Roberto A. y Capparelli, Facundo L., *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, Buenos Aires: Villela, 2002, p. 201.

hace el hecho "más reprochable" ese mayor reproche no incrementa la culpabilidad, sino la antijuricidad de la conducta: es el hecho lo que se ve valorado como de gravedad superior[20].

Cabe destacar finalmente, que en el plano subjetivo el agente debe conocer que comete el tipo básico en el marco de alguna de las circunstancias agravantes específicas que inciden en la antijuridicidad de la conducta, que la tornan más reprochable. Como anota Muñoz Conde:

> Como elementos accidentales que son, afectan al hecho antijurídico, a su atribución al agente como culpable, o a la necesidad de castigarlo. Por eso, las circunstancias que se refieren a la antijuricidad y a la culpabilidad exigen la imputación como el hecho mismo. En concreto, la aplicación de una circunstancia exige su conocimiento por parte del agente. En caso contrario, caso de desconocimiento de la concurrencia de una circunstancia, no es posible aplicarla, al menos por lo que se refiere a las agravantes (art. 14.2 CP)[21].

1. Agravantes por la condición personal del agente

En este primer grupo de circunstancias agravantes específicas, siguiendo a Prado Saldarriaga, se tratan de circunstancias donde la vinculación del agente con una facultad o deber especial, derivado de su función o profesión, justifican el mayor desvalor y punibilidad del comportamiento delictivo del agente. De esta manera como indica el referido autor nacional, en estos supuestos el factor agravante exige abuso de la posición funcional o de la infracción deliberada de los deberes profesionales o funcionales del agente al momento de comisión del delito[22]. Peña-Cabrera anota lo siguiente:

---

20 Sánchez-Ostiz, Pablo, Elena Íñigo, y Eduardo Ruiz de Erenchun, "Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal", p. 82. Recuperado de <https://bit.ly/2RnCwbS>.

21 Muñoz y García, *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 119.

22 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 158.

> La reacción punitiva ha de ser modulada conforme a ciertas características que presenta el agente al momento de la comisión del hecho punible (fomus comissi delicti), en el sentido de graduar la pena conforme a ciertos elementos que develen una amputación individual (culpabilidad) de mayor intensidad. En tal entendido, la doctrina siempre ha reconocido que el aprovechamiento de la función pública para perpetrar el injusto típico, ha de ser considerado como una "circunstancia agravante", tal como se desprende los incisos 1), 2) y 3) del art. 297 del C[23].

Se trata de agentes cualificados, que incurren en el delito de tráfico ilícito de drogas aprovechándose de alguna de las siguientes cualidades: a) el agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función público; b) el agente tiene la profesión de educador o se desempeña como tal en cualquiera de los niveles de enseñanza; y c) el agente es médico, farmacéutico, químico, odontólogo o ejerce otra profesión sanitaria.

Sequeros Sazatornil, refiriéndose una figura agravada similar en la legislación española, cuando el agente *fuere autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador y obrase con abuso de su profesión, oficio o cargo*, sostiene:

> Su especialidad con respecto a los tipos básicos y el resto de las agravantes en el art. 369 deriva de la exigencia normativa de una determinada cualidad en el sujeto activo del delito que sin embargo no condiciona su aplicación sino en la medida de que a través de dicha cualificación realice aquella infracción.

En esa medida, el destacado autor español precisa que la razón de su superior punibilidad radica en la concurrencia en el sujeto activo de una cualidad específica, la del desempeño de una profesión o desarrollo de un cargo, que le depara mayores facilidades para la comisión del delito o su impunidad. El autor ha de ser necesariamente autoridad, facultativo,

23 Peña-Cabrera Freyre, Alonso, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, Lima: Rodhas, 2013, pp. 174 y 175.

funcionario público, trabajador social, docente o educador[24]. En suma, como plantea Tapia Ballesteros, en este primer grupo de agravantes específicas el incremento de la reprochabilidad penal se sustenta en la cualidad del sujeto activo, de esta manera, se agrava la sanción cuando el sujeto activo es autoridad o funcionario público, entre otras profesiones, siempre y cuando obre en ejercicio de sus funciones. De ahí que la referida autora citando el Circular N.° 3/2010 de la Fiscalía del Estado de España, precisa que cualquier actividad relacionada con el tráfico de drogas realizada en el ejercicio de una profesión, oficio o cargo, supone, de hecho, abuso del mismo y lo que en definitiva se sanciona es el aprovechamiento de esa circunstancia para la ejecución del delito, lo contrario supondría establecer un trato desigual o discriminatorio por razón del cargo o profesión, rompiendo el principio de culpabilidad imperante el derecho penal moderno[25].

1.1. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la funcion público

El art. 297.1 del CP hace referencia a la circunstancia agravante específica cuando el agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública. Medina, comentando la legislación sobre estupefacientes de la Argentina, que establece como circunstancia agravante de los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes que el agente se valga de su condición de funcionario público para la comisión del delito, sostiene que la referida disposición:

> [A]grava la sanción penal por la calidad de funcionario público del autor, por una parte, y por la relación funcional que debe existir entre dicha calidad y las actividades previstas por la norma. La mayor intensidad de la sanción se funda en el quebrantamiento por el autor de la

24 Sequeros Sazatornil, Fernando, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*, Madrid: La Ley, 2000, p. 218.

25 Tapia Ballesteros, Patricia, "La corrupción en centros penitenciarios: tráfico de drogas con participación de funcionario público", en *La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal*, Granada: Comares, 2017, p. 298.

> confianza depositada en él por el Estado, para el correcto desempeño de sus funciones, ejecutando su voluntad[26].

En la misma línea, Falcone y Capparelli, comentando la misma legislación sostienen que como fundamento material de la agravante se ha puesto de manifiesto que radica en la deslealtad de la causa pública y en la confianza de respecto a la legalidad que genera la condición de funcionario público, los cuales se ven pervertidos por una dedicación impropia. Continuando su análisis los referidos autores argentinos advierten que, este subtipo agravado al requerir determinadas características en los sujetos activos importa un caso de autoría especial revistiendo, pues, naturaleza de delito de infracción de deber, tanto en su enfoque formal (Roxin) como funcional (Jakobs); variando con ello sustancialmente las reglas de determinación de la pena[27].

Sobre este último aspecto, el Tribunal Supremo español, en su Sentencia N.° 5587/97, del 7 de julio de 1997, ha recogido la doctrina de Jakobs sobre la naturaleza del delito de infracción del deber en el caso de la comisión de esta agravante por un funcionario público policía, cuando afirma:

> La policía es, pues, garante de proteger contra la delincuencia; en tanto que persigue fines de rango superior, está justificada mediante el conflicto de deberes y ello —siempre que así lo prescriban las leyes policiales— con arreglo a la discrecionalidad conforme a deber [...]. Se trata de la legalidad y la igualdad en el ámbito del monopolio del poder, o mejor, en el monopolio de la intervencion; merecen mencionarse la sujeción a la ley de los jueces y demás personas llamadas a decidir o a ejecutar, así como el principio de legalidad tanto en la persecución penal como en el cumplimiento de las penas (§ 120.2 StGB) y la sujeción a la ley en cualquier otro comportamiento de intervencion. Estos deberes de garante constituyen la contraprestación (synallagma) por

26 Medina, Miguel Antonio, *Estupefacientes. La ley y el derecho comparado*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 106

27 Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, ob. cit., p. 225.

> la renuncia al autoauxilio ilimitado (justifica privada) y por el deber de los ciudadanos a soportar intervenciones legales[28].

Álvarez García y otros, analizando el precepto español que regula una circunstancia agravante similar, esto es, cuando el agente del delito fuere funcionario público, precisan que la *ratio legis* del precepto se encuentra en la mayor facilidad y trascendencia que para la difusión de las drogas en el entorno social tiene el desempeño de una actividad pública, por lo que considera el referido autor que, es el mayor desvalor de acción, pues lo que justifica la agravación, por las mayores facilidades que brindan la realización de las actividades aludidas[29].

Bajo la misma perspectiva, analizando la legislación nacional Peña-Cabrera sostiene que cuando el agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública; la agravante radica debido a que la posición en la cual se encuentra es privilegiada lo cual le facilitaría para cometer el delito; por otro lado, vulnera la confianza que le ha sido confiada por parte del Estado y la colectividad[30]. Sproviero plantea que cuando el agente realiza el acto prohibido, abusando del ejercicio de la función pública, la agravación proviene de los privilegios que le otorga la función, la que es aprovechada con finalidad de lucro para vulnerar la ley[31].

En suma, para estos autores el desvalor de la acción se ve acentuada por el abuso del ejercicio de la función pública, con la deslealtad que este proceder supone, y la facilidad que le otorga el cargo para la comisión del delito o para asegurar su impunidad, no pudiendo agravarse la pena por la mera calidad de funcionario público del agente. Lo que ha sido recogido en la jurisprudencia nacional, donde se ha precisado que la agravante se justifica en la medida que el agente cuenta con una posición

28 *Ibid.*, p. 225.

29 Álvarez García, F. Javier *et al.*, *El delito de tráfico de drogas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 161 y 162.

30 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 175.

31 Sproviero, Juan Horacio, *Delito de narcotráfico y lavado de activos*, Buenos Aires: Jurídica, 2012, p. 184.

privilegiada que le facilita la comisión del delito, siendo, además, que el agente quebranta la confianza que el Estado y la sociedad ha depositado en él. Así en la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en su sentencia en el Recurso de Nulidad N.° 61-2017-Junín de fecha 2 de junio del 2017, en el considerando duodécimo, ha sostenido lo siguiente:

> [E]n el delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, en su modalidad agravada, conforme el numeral 1 del art. 297 del CP, es decir: "El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública", la agravante radica en la privilegiada posición en que se encuentra el sujeto activo, que ciertamente le facilitaría la comisión del delito; y por otro lado, quebranta la confianza que le ha sido depositada por parte del Estado y la sociedad, pues poseyendo el deber de prevenir, investigar y vigilar por la ejecución de las penas, manipula el cargo encomendado a efectos de generar ganancias indebidas por medio de actos propios del tráfico ilícito de drogas[32].

Cabe destacar que, a diferencia de la legislación peruana y española, donde para configurar la agravante basta que el agente cometa el hecho abusando del ejercicio de la función público (art. 297.1 CP), en la legislación argentina debe tratarse de un funcionario público encargado de la prevención o persecución de los delitos previstos por la ley, o de un funcionario encargado de la guarda de los presos[33]. Lo que resulta limitado, pues; como podrá observarse de la realidad social, diversos estamentos de la sociedad, y muchos funcionarios públicos, son captados para formar parte de organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas quienes utilizan sus cargos para facilitar la comisión del delito y lograr su impunidad.

---

32 Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 61-2017*, Junín: 2 de junio del 2017.

33 Nuestra propia legislación, la norma original del inciso 1 del art. 297 del CP, antes de la reforma operada en virtud de la Ley N.° 28002 únicamente requería que el agente sea "funcionario o servidor público, encargado de la prevención o investigación de cualquier delito, o tiene el deber de aplicar penas o de vigilar su ejecución".

La configuración de esta agravante en el ordenamiento jurídico penal peruano supone el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado comprendidas en la Convención de Viena de 1988, que prescribe en su art. 3.5.e):

> Las partes dispondrán lo necesario para que sus tribunales y demás autoridades jurisdiccionales competentes puedan tener en cuenta las circunstancias de hecho que den particular gravedad a la comisión de los delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, tales como: El hecho de que el delincuente ocupe un cargo público y de que el delito guarde relación con ese cargo.

Al respecto, Saavedra Rojas comenta sobre la inclusión de la agravante en la Convención de Viena de 1988:

> Las razones de la agravante son claras, porque el ejercicio de un cargo público, al tiempo que facilita la comisión del delito despierta menos sospechas, y por razones de los vínculos oficiales hace más difícil el procesamiento, por ende, mayores facilidades tienen de alcanzar la impunidad[34].

Resalta este autor que en Colombia se han visto casos de funcionarios de la judicatura comprometidos con organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas, de la misma manera miembros de la policía y de las fuerzas armadas; también se han visto involucrados agentes del servicio consular y diplomático y, como es obvio, algunos del ejecutivo y del legislativo. Observando además lo siguiente:

> No es exagerado afirmar que no existe estamento burocrático ni grupo social o económico que no haya sido tocado y manchado por el narcotráfico, y como es apenas lógico, ellos buscan la amistad, colaboración o participación de funcionarios públicos, ya que con dicha ayuda se les

34 Saavedra Rojas, Édgar, "La política criminal del narcotráfico como consecuencia de la Convención de Viena de 1988", en *La Convención de Viena y el narcotráfico*, Bogotá: Temis S.A., 1991, p. 51.

> facilita la ejecución delictiva y el conocer las actividades investigativas y represivas que pueda adelantar el Estado en su contra[35].

Reflexión que es totalmente aplicable al caso peruano, donde el propio TC ha destacado el efecto corruptor del tráfico ilícito de drogas asociado al crimen organizado, socavando las propias bases del Estado de derecho:

> [S]e trata de una actividad ilícita en la que sus miembros, haciendo gala de su poder corruptor, influencias y suficientes recursos económicos, impiden que sus organizaciones sean descubiertas y sus integrantes identificados. Es pues el poder económico de estas organizaciones lo que les permite corromper a las fuerzas del orden y a la administración de justicia, a los miembros del sistema policial y judicial y a la policía, y atentando contras las personas y los bienes públicos y privados; este poder les permite también a través de artilugios, alterar el orden legal, a fin de evitar sanciones [los miembros de estas organizaciones, especialmente quienes las dirigen y controlan permanecen en la clandestinidad, pues ocultan sus verdaderas identidades], y cooptar los órganos del poder político con el propósito de manipular las decisiones o de orientarlas hacia rumbos que favorecen su accionar delictivo[36].

En esa línea también destaca el informe final de la Comisión Especial Investigadora Multipartidaria, encargada de investigar y determinar la influencia del narcotráfico en los partidos políticos y movimientos regionales y locales del Congreso de la República, donde se afirma:

> [E]xiste una influencia persistente, desordenada, informal y creciente; sin embargo, aún no hegemónica del narcotráfico en los partidos políticos y principalmente, en los movimientos políticos regionales y locales, estos se convierten progresivamente en instrumentos importantes para la cooptación del Estado y el acceso y ejercicio de poder y

35 Saavedra Rojas, "La política criminal del narcotráfico como consecuencia de la Convención de Viena de 1988", art. cit., p. 51

36 Tribunal Constitucional, *Exp. N.° 04750-2007-PHC/TC*, 9 de marzo del 2008; Tribunal Constitucional, 23 de octubre del 2012, *Exp. N.° 03154-2011-PHC/TC*, 23 de octubre del 2012.

> decisión en los diferentes sectores y niveles de gobiernos, en función de sus intereses particulares. En perspectiva, cuando esta influencia se convierta en hegemónica estaremos asistiendo a la institucionalización del narco-estado[37].

También se señala el involucramiento de funcionarios públicos civiles y militares en actividades del narcotráfico y el fracaso en general de la estrategia de lucha contra el narcotráfico:

> [E]s evidente el fracaso de las políticas y estrategias de lucha contra el narcotráfico, los gobiernos sucesivos no han mostrado resultados que den cuenta de algún avance, ni existen indicadores claros de medición de los resultados. Por el contrario, el involucramiento de funcionarios públicos civiles y militares en actividades del narcotráfico ha sido creciente y persistente en las últimas décadas. En estas condiciones, la evasión de los mecanismos de fiscalización y control se ha convertido en el cuello de botella del proceso[38].

De otro lado, en los comentarios a la Convención de Viena de 1988, se destaca:

> No se da ninguna definición de "cargo público"; el alcance de ese término debe determinarse haciendo referencia a los conceptos utilizados en el ordenamiento jurídico nacional de cada Estado. Tiene que haber una relación entre el cargo que se ocupa y el delito; no es suficiente con que el delincuente ocupe un cargo público (aunque no se prohíbe a los Tribunales tratar este hecho como una consideración material, independientemente de las directrices establecidas en la Convención). La relación normalmente tomará la forma de un uso indebido de poderes o de la influencia del cargo, aunque el texto no se refiere específicamente a una forma particular de relación[39].

---

37 Comisión Especial Investigadora Multipartidaria, *Informe final*, t. I, Congreso de la República, 2015, p. 11.

38 Comisión Especial Investigadora Multipartidaria, *Informe final*, ob. cit., p. 12.

39 Naciones Unidas, *Comentarios a la Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas 1988*, Nueva York: Naciones Unidas, 1999, p. 78.

Así, Prado Saldarriaga, al analizar la figura agravada del art. 297.1, sostiene en la misma línea que "para que se configure la circunstancia agravante no es suficientes constatar que aquél es un funcionario público, sino que es necesario comprobar que en la comisión del delito se valió indebidamente de su condición funcional"[40].

Para Sequeros Sazatornil, la agravación específica abarca al agente en la medida en que prevaliéndose de su privilegiada posición abusa de su cargo en detrimento de la función con el fin de lograr sus objetivos, en tal sentido, precisa el referido autor español,

> El condicionante normativo añadido a la calidad funcional del culpable, de que además obre con abuso de su profesión, no tiene otra finalidad que la de delimitar el marco de la exacerbación punitiva restringiéndolo a los supuestos en que el infractor supedita aquella al servicio de su propósito criminal. Debiendo quedar excluidos de la agravación las personas que ostentando las referidas condiciones cualificadas operan particularmente en el tráfico de drogas sin valerse de las mismas[41].

Esto supone que el concepto de abuso en todo caso debe entenderse en su acepción estricta de uso abusivo determinante de la acción, no puede interpretarse como simple descuido, transigencia o negligencia. Así también lo destacan Álvarez García y otros para quienes quedan fuera de la agravación las personas referidas en la circunstancia que realizan el hecho al margen del ejercicio de cargo, esto es, cuando la conducta la llevan a cabo como particulares[42]. Como observa Rodríguez Núñez, en la jurisprudencia española se viene entendiendo que para configurar la referida agravante el autor debe aprovecharse de su situación personal que facilita la comisión del delito, la extensión del mismo y la alta probabilidad de quedar en la impunidad[43]. En esa me-

40 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 158.

41 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 224.

42 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 164.

43 Rodríguez Núñez, Alicia, "Delitos contra la salud pública", en *Delitos y faltas. La parte especial del derecho penal,* Madrid: Colex, 2012, p. 626.

dida, como anota Tapia Ballesteros, en esta figura agravada, lo que incrementa el injusto es que la condición de funcionario público facilita la comisión del delito, de manera que no puede agravarse la pena por la mera profesión del culpable[44].

En la jurisprudencia peruana se ha recogido este principio sobre la necesidad de que para efectos de la agravante el funcionario público cometa el delito abusando de su función, conforme lo planteado la segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en su sentencia en el Recurso de Nulidad N.° 61-2017-Junín, de fecha 2 de junio del 2017, la referida agravante se configurará cuando respecto al agente activo se verifiquen las siguientes circunstancias: a) ser funcionario público en ejercicio; b) desplegar conductas con el fin de promover o facilitar el tráfico ilícito de drogas en el desarrollo de sus actividades profesionales, pues el sujeto deberá realizar el injusto de acuerdo con las funciones propias de su profesión.

> [L]a referida agravante se reviste en la deslealtad con la causa pública y la mayor facilidad para la expansión de drogas por parte de los efectivos policiales, pues precisamente estas personas laboran en una institución pública cuya principal función es la prevención de las conductas delictivas. Así las cosas, debemos precisar, que para la configuración de dicha agravante no solo se necesita que el acusado ostente la condición de miembro de la Policía Nacional del Perú, sino que además la conducta delictiva desplegada por este deberá ser aprovechando el ejercicio de su condición de tal (la acción delictiva debe haber sido perpetrada en el ejercicio de su profesión), con el consiguiente grave riesgo del bien jurídico protegido —salud pública— entendido este no de manera individual, sino global o colectiva.
>
> Habiendo señalado que para la configuración del agravante es necesario que el encausado haya cometido la conducta ilícita abusando de la condición de miembro de la PNP, tal circunstancia no se ha llegado a corroborar en autos, puesto que el acusado fue intervenido cuando no se encontraba de servicio en la mencionada institución; asimismo,

44 Tapia Ballesteros, "La corrupción en centros penitenciarios: tráfico de drogas con participación de funcionario público" art. cit., p. 299.

> el valorar solo el hecho de la condición de efectivo policial devendría la instauración de una forma de derecho penal de autor que el Estado democrático recusa.
>
> En consecuencia, la referida agravante se configurará cuando respecto al agente activo se verifiquen las siguientes circunstancias: a) Ser miembro activo de la Policía Nacional del Perú; b) Desplegar conductas con el fin de promover o facilitar el tráfico ilícito de drogas en el desarrollo de sus actividades profesionales, pues el sujeto deberá realizar el injusto de acuerdo con las funciones propias de su profesión. Siendo así, este Tribunal Supremo no verifica la configuración de la agravante objeto de acusación y condena contra el imputado Yensy Marlon Rodríguez Cajas, en consecuencia, la calificación legal es la que corresponde al tipo base previsto en el cuarto párrafo del art. 296 del CP[45].

Finalmente, cabe observar que para determinar los alcances del elemento "funcionario público", nos debemos remitir a lo prescrito en el art. 425 del CP, que establece los supuestos en que una persona es considerado funcionario o servidor público. Al respecto, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema ha referido: "El concepto penal de funcionario público es amplio. A la ley penal le interesa que el sujeto activo tenga un deber especial derivado del ejercicio de una función pública y de la cercanía con el bien jurídico tutelado"[46].

1.2. El agente tiene la profesión de educador o se desempeña como tal en cualquiera de los niveles de enseñanza

El art. 297.2 del CP prescribe que la conducta de tráfico ilícito de drogas se verá agravado cuando: "El agente tiene la profesión de educador o se desempeña como tal en cualquiera de los niveles de enseñanza". Cornejo plantea que sin duda cuando el legislador incorporó esa figura a la ley tuvo en miras prevenir desde el inicio el consumo de drogas por los educandos que concurren a un establecimiento —público o privado, debido a que la ley no distingue— a formarse. En ese entendido, el

45 Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 61-2017*, Junín: 2 de junio del 2017.

46 Sala Penal Transitoria, *Recurso de Nulidad N.° 1923-2012*, Piura.

autor argentino sostiene que nada puede ser más nefasto, para quien busca tomar una educación sana en el más puro sentido, que se le proporcione drogas para que consuma[47]. En similares términos, Falcone y Capparelli observan:

> El fundamento material radica en la mayor facilidad que para la difusión de los estupefacientes en el entorno social, sobre todo juvenil, el desempeño de una actividad educacional o docente importa. Ello en base a la relación directa y en provecho del ascendiente que tienen con personas que pueden ser especialmente susceptibles de ser perjudicadas[48].

Para Exposito Lopez, el fundamento de la agravación se basa en la condición del sujeto activo, en la mayor facilidad y trascendencia que para la difusión de las drogas en el entorno social tiene el desempeño de una actividad pública, docente o comunitaria[49]. Bajo la misma perspectiva Gallego Soler, explica que, el fundamento de esta agravación se encuentra en la mayor facilidad para la comisión del delito que supone el ejercicio de una actividad docente o educativa, dado que poseen una enorme trascendencia pública y social[50]. Agrega Medina que la *ratio legis* de la agravante reside en que quienes así actúan, quebrantan gravemente la confianza del Estado, al ponerlos en sus puestos de educadores, y la de la sociedad toda, porque se supone que en los establecimientos educativos autorizados, se enseña a combatir el consumo de estupefacientes, alertando sobre sus causas y previniendo sus efectos[51].

El cuanto al sujeto cualificado de este subtipo agravado, Sequeros Sazatornil sostiene que dentro de la expresión "educador" habrá que

47 Cornejo, Abel, *Estupefacientes*, 2.ª ed., Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2009, pp. 176 y 177.

48 Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, ob. cit., p. 233.

49 Expósito López, *Criminalidad organizada* y tráfico de drogas, ob. cit., p. 192.

50 Gallego Soler, José, *Los delitos de tráfico de drogas (Un estudio analítico de los artículos 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del Código Penal; y tratamientos jurisprudenciales)*, t. II Barcelona: Bosch, 1999, p. 220.

51 Medina, *Estupefacientes. La ley y el derecho comparado*, ob. cit., pp. 115 y 116.

entender en sentido amplio a cuentas personas se dediquen en el área de la docencia a la educación o a las labores específicas de las mismas, esto es a las comprometidas con la formación integral de alumnos en el plano aludido, tanto si imparten sus enseñanzas en Centros Públicos como privados[52]. Falcone y Cappparelli también consideran que para efectos de la aplicación de la agravante por educador hay que entender aquel sujeto que profesionalmente desempeña actividades docentes o educativas[53]. En el mismo sentido, Romedal Moraleda observa:

> [S]e trata de personas que se dedican a enseñar. El educador es el individuo que desarrolla o perfecciona las facultades intelectivas y morales del niño o del joven. El docente, si bien es el individuo que se dedica a la enseñanza, hemos de concretar la figura en aquellos individuos que imparten enseñanzas oficiales en Centros docentes[54].

Gallego Soler explica que por docente o educador para efectos de la configuración de la agravante debemos entender aquel sujeto que profesionalmente desempeñe actividades docentes o educativas, no siendo tan relevante aquí el régimen jurídico-laboral del autor, como que materialmente se desempeñen ese tipo de actividades con carácter particular.[55] Resulta importante la precisión de Medina, en el sentido de que, en el concepto encuadran tanto los maestros y profesores, que desarrollan su tarea regularmente frente a los alumnos, como aquellas personas que, por sus especiales conocimientos, lo hacen en forma ocasional[56].

Falcone y Cappparelli, citando la jurisprudencia de Argentina, plantean que desde una perspectiva material se debe descartar una res-

52 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 223.

53 Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal,* ob. cit., p. 233.

54 Romedal Moraleda, Antonio, *Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses*, Granada: Comares, 1993, p. 101.

55 Gallegos Soler, *Los delitos de tráfico de drogas* pp. 220 y 221.

56 Medina, *Estupefacientes. La ley y el derecho comparado,* ob. cit., p. 115.

ponsabilidad agravada solo por ostentar el estatus formal de docente o educador. Así, señalar lo siguiente:

> La agravante prevista para los docentes por la Ley de Estupefacientes, debe entenderse referida a los supuestos en que los delitos se comentan con abuso de esas calidades, o sea cuando el autor, de algún modo, aproveche para lograr sus fines del ascendiente que aquellas otorgan [...][57].

Así, la función docente ha de guardar alguna relación con la realización de la conducta típica, en esa medida, solo se estimará la agravación cuando el delito se realice dentro del ejercicio del cargo de docente o educador, empleando medios solo disponibles para quien lo ejerce[58]. En esa medida, la agravación toma en consideración que la calidad o condición del sujeto activo lo hace proclive al desarrollo de la infracción[59], así, para la adecuación de esta agravante no bastará que el sujeto activo sea educador, sino que el comportamiento sea realizado en el ejercicio de su profesión[60], por tanto, no será aplicable la agravación cuando el agente actúe como particular.

La Corte Suprema en doctrina jurisprudencial vinculante ha dejado sentado este principio, afirmando que para la configuración de esta agravante no basta el sujeto activo posea la condición de educador, sino que es necesario verificar que en la comisión del delito se haya aprovechado de esa condición.

> A criterio de este Supremo Tribunal, la agravante sub examine, se funda en la deslealtad con la causa pública y la mayor facilidad y trascendencia para la difusión de drogas en el entorno del educador, esto es, la mayor cercanía y autoridad frente a grupos de estudiantes, recalcando que es determinante el título y/o la posición funcional como educador en cualquier nivel de enseñanza. De lo que se desprende que para configurar dicha agravante *no solo se requiere que el imputado tenga la condición*

57 Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal,* ob. cit., p. 233.

58 Gallegos Soler, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 221.

59 Sproviero, *Delito de narcotráfico y lavado de activos,* ob. cit., p. 185.

60 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos,* ob. cit., p. 176.

> *de educador, sino que su accionar delictivo se haya verificado en el contexto y aprovechando el ejercicio de su condición de tal,* con el consiguiente grave riesgo de los alumnos sea que no hubieran alcanzado una edad que les permita comprender las posibles consecuencias del consumo al que pudieran ser inducidos por el comportamiento de su maestro o que pudieran ser influidos negativamente, pese a su mayoridad al consumo de estupefacientes[61]. [Las cursivas son nuestras].

En esa medida, la Corte Suprema especifica los elementos de necesaria concurrencia para la configuración de la agravante, resaltando que el accionar delictivo debe viabilizarse en el entorno educativo, en cuyo contexto el sujeto activo instrumentaliza su condición de educador.

> [L]a configuración de la referida agravante estará supeditada a la verificación de los siguientes elementos: a.- De modo general la agravante se funda en la deslealtad con la causa pública de la educación y la mayor facilidad y trascendencia para la difusión de drogas en su entorno de población vulnerable; b.- El Agente tiene profesión de educador, de lo que se exige como medio probatorio, a modo general, el título profesional de educador; c.- El Agente se desempeña como educador (sin titulación) en cualquier nivel de enseñanza; d.- *El accionar delictivo debe viabilizarse en el entorno educativo, en cuyo contexto el sujeto activo instrumentaliza su condición de educador*; e.- Pero el hecho puede ser adicionalmente cometido en el interior o en otros ambientes vinculados a la enseñanza, verbigracia centros deportivos donde se practica deporte, dada que el mayor reproche se funda en que hay mayor capacidad de difusión de la droga porque la oferta se puede hacer llegar a un mayor número de personas vulnerables[62] [Las cursivas son nuestras].

En conclusión, el fundamento del agravante del art. 297.2 del CP se sustenta en la mayor facilidad para la comisión del delito que supone el ejercicio de una actividad docente o educativa, dado que poseen una enorme trascendencia pública y social, además, quienes así actúan,

---

61 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Casación N.° 126-2012,* Cajamarca:13 de junio del 2013.

62 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Casación N.° 126-2012,* Cajamarca: 13 de junio del 2013.

quebrantan gravemente la confianza del Estado, al ponerlos en sus puestos de educadores, y la de la sociedad toda, porque se supone que en los establecimientos educativos autorizados, se enseña a combatir el consumo de estupefacientes, alertando sobre sus causas y previniendo sus efectos. En esa perspectiva, para la configuración de la agravante no basta el sujeto activo posea la condición de educador, sino que, es necesario verificar que en la comisión del delito se haya aprovechado de esa condición. Esto supone que el accionar delictivo debe viabilizarse en el entorno educativo, en cuyo contexto el sujeto activo instrumentaliza su condición de educador.

1.3. El agente es médico, farmacéutico, químico, odontólogo o ejerce otra profesión sanitaria

Finalmente, la última agravante que tiene en cuenta la condición personal del agente en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas es la regulada en el art. 297.3 del CP, "el agente es médico, farmacéutico, químico, odontólogo o ejerce otra profesión sanitaria". Esta circunstancia agravante comprende a diversas profesiones médicas, incluyendo una clausula abierta que abarca todo aquel que ejerce alguna profesión sanitaria; el art. 22 de la Ley General de Salud precisa:

> Para desempeñar actividades profesionales propias de la medicina, odontología, obstetricia, farmacia o cualquier otra relacionada con la atención de la salud, se requiere tener título profesional universitario y cumplir además con los requisitos de colegiación, especialización, licenciamiento y demás que dispone la Ley.

Dentro de la profesión sanitaria están comprendidos los médicos, psicólogos y personas en posesión de un título sanitario, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes[63]. Para Álvarez García y otros, la inclusión de los psicólogos clínicos en esta lista se justifica en la medida que estos cuentan con mayor facilidad de acceder a drogas

63 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 221.

en los centros sanitarios en los que desarrolla su labor, y desde luego en el ámbito de "promover" el consumo[64].

El fundamento de la mayor penalidad de esta conducta estriba en la mayor facilidad para la comisión del delito que supone el ejercicio de una actividad con enorme trascendencia pública y social, cual es la sanitaria, así como básicamente la mayor facilidad de acceso a las sustancias típicas que tienen esos sujetos[65]. Peña-Cabrera la agravante se constituye como tal cuando el agente viola el juramento hipocrático de ejercer la profesión con honor, dignidad por el bien de la humanidad, de defender la vida humana como propósito esencial de la profesión, contraviene en consecuencia el Código de ética médica incumpliendo el deber de cuidado de la salud física o mental de los ciudadanos, para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas toxicas, mediante actos de tráfico ilícito de drogas[66].

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo español se ha precisado que lo importante y definitivo esta agravación al profesional sanitario es que actúe como tal, no como simple particular, ya que esa actuación profesional, como profesional y por profesional, es la que conforma el abuso de su oficio. Así Rodríguez Ramos refiere:

> La Sentencia N.° 1370/1992, de 11 de junio [...], aplica la agravación como facultativo a la ATS en el Servicio de Urgencias de la Seguridad Social que suministro una papelina de heroína que escondió en el vendaje del detenido lesionado que acudió conducido por la Policía Municipal. También en este caso se pone el acento en el abuso profesional de la facultativa que, en presencia de terceros a los que, por las razones que fuera, no pasó desapercibida la torpe maniobra [...][67].

64 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 162.

65 Gallego Soler, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 217.

66 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos,* ob. cit., p. 177.

67 Rodríguez Ramos, Luis *et al., Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias,* t. II, 4.ª ed., Madrid: La Ley, 2009, pp. 1142 y 1143.

Hernández Miranda explica lo siguiente:

> El tipo objetivo no se realiza por la mera concurrencia de circunstancias personales, sino que es preciso que se actúe abusando de la profesión, oficio o cargo en que se concretan estas circunstancias personales, de modo tal que el agente se aproveche de ellas para una mayor eficacia de su delito. Es decir, no se trata de una responsabilidad por el cargo, profesión u oficio (lo cual podría vulnerar incluso el principio de culpabilidad), sino que esa responsabilidad se tiene porque, actuando en el ejercicio del cargo, del oficio o de la profesión, se abusa de ellos hasta el punto de realizar la conducta típica relacionada al TID[68].

En la misma línea, la Corte Suprema, mediante doctrina jurisprudencial vinculante ha sostenido que para la aplicación de esta agravante no es suficiente que el agente ostente la condición de profesional sanitario, sino que resulta necesario que el delito se haya cometido aprovechando el ejercicio de esta condición, pues de lo contrario, si bastará la simple condición profesional del agente supondría la implementación de un derecho penal de autor que no resulta compatible con el Estado constitucional de derecho.

> 2.2. A criterio de este Tribunal Supremo, la agravante sub examine se funda en la deslealtad del profesional sanitario de cautelar la salud de los ciudadanos y de alertar a sus pacientes de las consecuencias perjudiciales del consumo habitual de drogas. De lo que se desprende que para configurar dicha agravante no solo se requiere que el imputado tenga la condición de "profesional sanitario o de salud", sino que su accionar delictivo se haya verificado en el contexto y aprovechando el ejercicio de su condición de tal, con las posibles consecuencias de riesgo para la salud que trae el consumo ilegal de estupefacientes.
>
> 2.3. Considerar la configuración de la agravante por la mera condición de "profesional sanitario" importaría la implantación de una forma de derecho penal de autor, incompatible con un Estado constitucional de

68 Hernández Miranda, Edith, "Alcances de la Casación N.° 126-2012 sobre la circunstancia agravante referida a la condición de educador en los delitos de tráfico ilícito de drogas", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Lima: 2014, p. 105.

> derecho que se garantiza. Por tanto, no se puede admitir que la imposición de la pena se sustente o se incremente en razón de aspectos de la vida o personalidad del autor[69].

Siendo así, la Corte Suprema establece los requisitos para la configuración de la circunstancia agravante del art. 297.3 del CP, destacando que las conductas de tráfico ilícito de drogas deben ser desplegadas por el agente en el desarrollo de sus actividades profesionales y abusando de las mismas.

> 2.4. De este modo, la referida agravante se configurará cuando el sujeto activo cumpla con las siguientes condiciones: a) Posea título profesional universitario, es decir, el sujeto activo debe haber obtenido la licenciatura en la especialidad de alguna profesión sanitaria. b) Ser miembro de un Colegio Profesional, pues el agente deberá encontrarse habilitado para ejercer su profesión por un Colegio Profesional; c) Realizar conductas destinadas al tráfico ilícito de drogas en el desarrollo de sus actividades profesionales, pues el agente deberá realizar el injusto de acuerdo con las funciones propias de su profesión[70].

En cuanto al objeto material del delito debe tratarse de drogas ilícitas, las que no pueden ser objeto de prescripción médica, pues de lo contrario, si el profesional sanitario expide indebidamente una receta médica que contenga una droga toxica, pero lícita, el comportamiento no estaría comprendido en la agravante del art. 297.3, sino en el ilícito penal regulado en el art. 300 del CP.

2. Agravantes por el lugar de comisión del delito

El art. 297.4 del CP prescribe como circunstancia agravante específica cuando: "el hecho es cometido en el interior o en inmediaciones de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, de salud, recinto

69 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Casación N.° 738-2014*, Cajamarca: 29 de setiembre del 2015.

70 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Casación N.° 738-2014*, Cajamarca: 29 de setiembre del 2015.

deportivo, lugar de detención o reclusión". Según Prado Saldarriaga, son circunstancias objetivas donde el incremento de la sanción penal va asociado a determinados ambientes de afluencia o permanencia de personas, así como a la presunción de que en tales lugares la expansión y difusión de la facilitación o favorecimiento del consumo ilegal de drogas son mayores[71]. En esa medida, como señala Sequeros Sazatornil, tras describirse en el tipo agravado las modalidades de acción se enumeran una serie cerrada de establecimientos cuya nota común la conforma el ser, en efecto, lugares propicios para la captación de prosélitos y campo abonado para el tráfico de drogas, que puede reportar como consecuencia, la producción de daños irreparables en el colectivo hacia el que se orienta[72]. Para Sproviero, la agravante toma en consideración el lugar de comisión del hecho, así se mencionan taxativamente los lugares de comisión del delito que provoca la agravación penal, el local escolar y sus inmediaciones, el centro asistencial, lugar donde se concurre para la atención de salud, lugar de detención donde se alojan a los detenidos, las instalaciones deportivas[73].

En suma, esta figura agravante pone el acento en los delitos de tráfico cometidos en determinados lugares, en atención a sus características particulares, y al riesgo que trae aparejado la difusión de la droga en ellos. De ahí que, siguiendo a Tapia Ballesteros, la agravación en atención al lugar donde se desarrollan los hechos, supone un incremento del injusto por el riesgo o peligro de que la droga acceda y se difunda entre colectivos de personas que ocupan los centros[74]. Tal es el caso si el delito se comete dentro o en las inmediaciones de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, lugar de detención, institución deportiva[75].

71 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 159.

72 Cfr. Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 166.

73 Sproviero, *Delito de narcotráfico y lavado de activos,* ob. cit., p. 185.

74 Tapia Ballesteros, "La corrupción en centros penitenciarios: tráfico de drogas con participación de funcionario público", art. cit., p. 300.

75 Medina, *Estupefacientes. La ley y el derecho comparado,* ob. cit., pp. 175 y 176.

Falcone y Capparelli sostiene que, en referencia al *establecimiento de enseñanza*, no debe circunscribirse su alcance a establecimientos donde concurran menores, sino que también deben contemplarse los casos en los que se trata de establecimiento para adultos[76]. Para Sequeros Sazatornil:

> [P]or centro docente en sentido amplio deberá entenderse aquél en el que se imparten estudios en los niveles de enseñanza primaria, secundaria o medio y universitaria o superior, y que mientras en sus escalones primarios, pretende el objetivo de alcanzar una docencia individualizada, fomentando el trabajo en equipo y la iniciativa personal, con una metodología basada en el estudio de las aptitudes y carácter de cada alumno (superándose —en la concepción actual— el concepto restringido de asignatura mediante la globalización de los conocimientos por áreas educacionales) las superiores persiguen la formación técnica y específica del alumnado en las correspondientes disciplinas sobre las que orienta su proyección[77].

Peña-Cabrera pone de manifiesto que el comportamiento de mayor disvalor puede efectuarse tanto en el interior del centro escolar, de salud o recinto deportivo, así como en sus inmediaciones, es decir, en sus cercanías. Justamente, resalta el autor nacional, la agravante radica en que se efectúa en lugares en que la confianza de los padres o de la sociedad permite la mayor concurrencia de niños, jóvenes, aficionados al deporte, induciéndoles al consumo o tráfico ilícito de drogas, corrompiendo muchas veces a las autoridades para lograr sus objetivos[78]. Según Medina, el establecimiento de enseñanza es el local en el cual se imparte todo tipo de conocimientos al público, porque la *ratio legis* de la agravante reside en el aprovechamiento de la reunión regular de personas, en el concepto de está incluida la enseñanza pública y privada, en todos los niveles, y aquella enseñanza especial autorizada, como

76 Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal,* ob. cit., p. 230.

77 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 167.

78 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos,* ob. cit., p. 184.

instituto de idiomas, otro musical, etc. Asimismo, el autor argentino destaca que la institución deportiva es aquella en la cual sus asociados, y ocasionales otras personas, concurren a practicar deportes[79].

Para Saavedra Rojas, los *centros asistenciales* y educativos son organizamos que por su propia naturaleza están en absoluta contradicción con las drogas, es por ello que, en defensa de la integridad moral de quienes a ellos concurren, se justifica que la conducta del narcotraficante se agrave desde el punto de vista punitivo cuando se realiza en esta clase de establecimientos, o en aquellos a los cuales los estudiantes acuden para la realización de actividades sociales y deportivas[80]. En cuanto al centro asistencial, Falcone y Capparelli indican que la clave interpretativa debe atender a la razón de esta agravante, por ello no debe girar en torno a un criterio formal del lugar sino sobre la situación material de las personas que a él asistan. Debe tratarse de centros a los que concurran personas con problemas físicos y/o psíquicos, de forma tal que dichas instituciones estén encaminadas a mitigar los males y el padecimiento de los consumidores[81]. Sequeros Sazatornil explica que podría concluirse en una triple acepción de centro asistencial. Una amplia, con un ámbito omnicomprensivo de todos los servicios en el área de la sanidad pública y privada, dispensada por centros, unidades, servicios y establecimientos sanitarios-asistenciales, a nivel de internado o tratamiento ambulatorio; otra restringida limitada a los centros en que se dispensara atención a toxicómanos y personas desestructuradas socialmente[82].

Para Tapia Ballesteros, cuando se piensa en personas que ocupan centros de enseñanza (menores de edad), de deshabituación o rehabilitación, se advierte que las mismas no cuentan con la capacidad decisoria

79 Medina, *Estupefacientes. La ley y el derecho comparado,* ob. cit., pp. 112 y 113.

80 Saavedra Rojas, "La política criminal del narcotráfico como consecuencia de la Convención de Viena de 1988", art. cit., p. 52.

81 Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal,* ob. cit., p. 230.

82 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 183.

necesaria para enfrentarse a la oferta de estas sustancias nocivas para su salud, por lo que la justificación de la figura agravada por el lugar de comisión en establecimientos de enseñanza o centros asistencias tienen una función protectora[83].

La Convención de Viena de 1988, en su art. 3.g, párr. 5, establece que los Estados parte deben considerar como circunstancia agravada del delito de tráfico ilícito de drogas:

> El hecho de que el delito se haya cometido en establecimientos penitenciarios, en una institución educativa o en un centro asistencial o en sus inmediaciones o en otros lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas y sociales.

Los Comentarios a la Convención de Viena de 1988 plantean que el inciso g) refleja varios problemas; uno es el hecho de que el uso indebido de drogas constituye un problema en muchas instituciones penales, y esto se considera como un obstáculo a la rehabilitación de los delincuentes, que pueden salir de la prisión con problemas que no tenían cuando entraron. La otra preocupación tiene que ver con un deseo de brindar la máxima protección posible a los niños y a otros grupos expuestos especialmente a riesgos. Por esta razón, el párrafo se aplicará cuando las circunstancias sean tales que los niños, los estudiantes o las personas que asisten a las instalaciones sociales puedan verse involucradas[84].

En lo que respecta a *los centros de reclusión*, en su dimensión normativa en la expresión "establecimiento penitenciario", hay que entender comprendidos tanto los centros normalmente establecidos para el cumplimiento efectivo de las condenas impuestas por los Tribunales, como aquéllos en los que los internos se hallen a título preventivo en

83 Tapia Ballesteros, "La corrupción en centros penitenciarios: tráfico de drogas con participación de funcionario público", art. cit., p. 300.

84 Naciones Unidas, *Comentarios a la Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas 1988,* ob. cit., pp. 78 y 79.

espera de ser juzgados por aquéllos[85]. Para MEDINA, el lugar de detención es la dependencia oficial donde se alojan detenidos, el concepto es comprensivo de cárceles, comisarías, alcaldías y demás dependencias policiales que cumplan con esa finalidad[86].

Como destaca SOTO NIETO, la "irrupción de la droga en establecimientos penitenciarios, a la vez que atenta a la rehabilitación de los reclusos, exacerba la problemática de los centros, suscitando en su seno brotes de criminalidad interna con resultancias trágicas"[87]. FALCONE y CAPPARELLI plantean que el fundamento del agravante, cuando el *hecho es cometido en el interior o en inmediaciones de lugar de detención o reclusión,* es que junto a la salud pública se infringen los mecanismos preventivos de control que existen en los lugares de detención, relativos tanto a la posibilidad de practicar registros en las celdas como de controlar el acceso de personas como de objetos[88].

SAAVEDRA ROJAS, analizando los alcances de la Convención de Viena de 1988, observa que se supone que si el establecimiento carcelario es un centro de tratamiento y reeducación, donde están los representantes de las más variadas formas de criminalidad y específicamente personas condenadas por conductas relacionadas de una u otra forma en el narcotráfico, debe de ser un sitio totalmente alejado de todo lo que tenga vinculación con la droga[89]. Bajo la misma lógica, PEÑA-CABRERA observa que se supone que los establecimientos penitenciarios consti-

85 SEQUEROS SAZATORNIL, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 176.

86 MEDINA, *Estupefacientes. La ley y el derecho comparado,* ob. cit., p. 112.

87 SOTO NIETO, Francisco, *El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito* de contrabando, Madrid: Trivium, 1989, p. 121.

88 FALCONE y CAPPARELLI, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal,* ob. cit., p. 229. Estos autores observan que debe tenerse claro que, si se secuestran estupefacientes en poder de un interno, se califica el hecho como tenencia simple o para consumo personal, no corresponde aplicar la agravante, pues se encuentra fuera del alcance del ámbito de aplicación.

89 SAAVEDRA ROJAS, "La política criminal del narcotráfico como consecuencia de la Convención de Viena de 1988", art. cit., p. 52.

tuyen centro de terapia conductiva, de rehabilitación social, donde los internos han de ejercer una serie de actividades (laborales, educativas, de terapia social, etc.), que les permita recomponer su conducción de vida en sociedad. Sin embargo, la realidad es muy diferente, ya que nuestros centros penitenciarios se han convertido en focos de criminalización de corrupción institucionalizada, donde el alcohol, el tabaco y toda clase de drogas sin comercializadas[90]. Las ochenta y dos cárceles peruanas muestran esta realidad problemática, fomentada por el escaso presupuesto, la sobrepoblación y hacinamiento de los presos que alcanza niveles críticos, aunado a la corrupción de diversos estamentos del Estado, incluyendo el penitenciario, en ese marco, las autoridades del INPE ya no pueden controlar las cárceles, llegando a acuerdos de facto con los presos, que tiene el control de los pabellones, lo que facilita el comercio de drogas al interior de las mismas cárceles. Según el censo penitenciario del año 2016, al analizar la población penal que consumía algún tipo de droga antes de ingresar al establecimiento penitenciario, se registró mayor incidencia del consumo de la marihuana (10 mil 855 internos(as)), y de la pasta básica/cocaína o crack (7 mil 476 internos(as)), que las drogas en pastillas como las metanfetaminas, anfetaminas, LCD y éxtasis (52 internos(as)). Asimismo, de la población penitenciaria, el 58,2 % de internos e internas consumió marihuana antes de ingresar al penal y el 40,1 % consumió pasta básica/cocaína o crack. Los hombres privados de libertad consumieron en mayor porcentaje la marihuana (58,5 %) y las mujeres la pasta básica/cocaína o crack (49,0 %)[91]. Gallego Soler explica que la mayoría de las ocasiones esta agravación se plantea ante supuestos de entrada de droga a las cárceles por parte de quienes vienen a visitar a los reclusos, o por parte de quienes les envían paquetes o correspondencia, o de tenencia de los propios reclusos, cabe destacar, que esta agravante también se configura cuando los propios funcionarios penitenciarios son los que traen la droga[92].

---

90 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos,* ob. cit., p. 185.

91 Instituto Nacional de Estadística e Informática, *Perú: primer censo nacional penitenciario 2016. Perfil de la población penal,* Lima: INEI, 2016, pp. 24 y 25.

92 Gallego Soler, José, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 32.

En esa medida, Sequeros Sazatornil plantea que la agravación por la introducción de drogas toxicas, estupefacientes o psicotrópicos en *establecimientos penitenciarios* encuentra razonable fundamento en la perturbación del proceso de resocialización de los reclusos y el grave trastorno en el orden y organización de los centros, que su tráfico comporta. Aquellos lugares por los inevitables problemas que plantean: estados de desesperación, inactividad de los recluidos, concentración y masificación de individuos, fricciones personales, carencias afectivas, sentimientos de frustración, infravaloración de la autoestima, etc., son particularmente propicios para el consumo de drogas y, consecuentemente, constituyen uno de los objetivos prioritarios de los traficantes[93]. Es por ello que se considera que la agravación de la sanción cuando los hechos se llevan a cabo en centros de reclusión tiene una función disciplinaria[94], ya que existe un riesgo real de que el consumo de drogas (distribución de drogas en estos centros) afecte la finalidad de reinserción en la sociedad de los internos, lo que justifica la mayor reprochabilidad de la conducta[95].

3. Agravantes por el modo de ejecución

El art. 297.5 del CP prescribe que se agrava el delito de tráfico ilícito de drogas cuando "el agente vende drogas a menores de edad, o los utiliza para la venta o emplea a una persona inimputable". Se establecen entonces por esta norma dos figuras agravadas: a) cuando el destinatario de la droga es un menor de edad, y, b) cuando el agente emplea un intermediario material, menor de edad o inimputable, para la comisión del delito.

El segundo caso, hace referencia a un supuesto clásico de autoría mediata cuando el intermediario actúa sin posibilidad de imputación

93 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 176.

94 Acale, *Salud pública y drogas tóxicas,* ob. cit., pp. 150-151.

95 Tapia Ballesteros, "La corrupción en centros penitenciarios: tráfico de drogas con participación de funcionario público", art. cit., p. 300.

personal, es decir, sin culpabilidad, planteando el caso específico del intermediario menor de edad o inimputable. Como observan Bustos y Hormazábal, el autor mediato es autor, pues tiene el dominio sobre la realización del hecho descrito por el correspondiente tipo legal y, consecuentemente, tiene las cualidades, además, que ese tipo legal presupone respeto del autor. Su peculiaridad reside en que lleva a cabo la realización del hecho a través de otro al que utiliza como instrumento que incluso puede ser doloso[96].

De ahí que la autoría mediata es un supuesto especial de autoría, donde el autor no ejecuta directamente la acción punible, sino que lo hace a través de otra persona, un instrumento, que en la mayoría de los casos obra sin voluntad, y en esa medida, es el denominado hombre de atrás es quien tiene el dominio del hecho. Villavicencio explica que el autor mediato es el sujeto que se sirve del actuar de un intermediario, pero solo él tiene el dominio del hecho, en esa medida, lo característico de la autoría mediata radica en la situación que se encuentra el intermediario, este carece del dominio del hecho, por ende, se le imputa el hecho cometido al hombre de atrás, ya que el realizador material actúa sin libertad o sin conocimiento de la situación y ello se haya provocado o se aproveche por la persona de atrás, coaccionando, engañando al instrumento, o utilizándolo contando con su falta de libertad o su ignorancia de la situación[97]. Otto sostiene que esta construcción se basa en la idea de que una persona (el hombre de atrás) puede cometer un delito mediante otra persona (el instrumento), porque con su voluntad que dirige en forma planificada domina la conducta de aquella. La ejecución y el desenlace del hecho tienen que depender principalmente de la voluntad del hombre de atrás. El hombre de atrás solo puede dirigir al instrumento en las constelaciones en que este último no es libre de configurar o de actuar su voluntad, dado que quien actúa de manera directa puede ser considerado como mero «instrumento» precisamente

96 Bustos y Malarée, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 402.

97 Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2007, pp. 470 y 471.

porque desde la perspectiva de la responsabilidad jurídica padece una falta. Es así que, el hombre de atrás domina el suceso coaccionando al ejecutor del hecho, se sirve de un ejecutor inimputable o de un joven que no alcanzo la edad de imputabilidad, dirige el suceso mediante la provocación o el aprovechamiento de un error[98].

El art. 23 del CP define al autor mediato diciendo: "el que realiza [...] por medio de otro el hecho punible [...]". Comentando esta disposición, Garcia Cavero plantea que una autoría mediata se presenta cuando se utiliza el comportamiento de otra persona penalmente irresponsable para realizar un hecho delictivo. Explica además el destacado autor nacional lo siguiente:

> Para fundamentar la imputación penal a título de autor del hombre de atrás, la teoría del domino del hecho recurre al llamado dominio sobre la voluntad. Se dice concretamente que el autor mediato domina la voluntad rectora que lleva a la ejecución del delito por parte del sujeto penalmente irresponsable[99].

Así, un supuesto de autoría mediata es el dominio de la voluntad de un inimputable. Bustos y Hormazábal explican que, con relación a la inimputabilidad o inexigibilidad sistémica, tales casos surgen cuando se utiliza para realizar un hecho típico antijurídico a un menor o un enajenado, que, si bien entonces tiene un dominio sobre el hecho, este puede quedar completamente subordinado a los propósitos del autor mediato[100]. En la misma línea, Berdugo *et al.* plantean que peculiar es la situación en los casos de autoría mediata cuando se utilizan inimputables, los inimputables son autores de un hecho ilícito, aunque por au-

98 Otto, Haro, *Manual de Derecho penal. Teoría general del derecho penal*, 7.ª ed., traducido por José R. Béguelin, Barcelona: Atelier, 2017, pp. 460 y 461.

99 García Cavero, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima: Jurista, 2012, p. 685.

100 Bustos y Malarée, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 404.

sencia de culpabilidad no puede aplicárseles un pena, advirtiéndose que algunos inimputables pueden perfectamente el dominio del hecho.[101]

Sobre la agravante del 297.5 del CP, Prado Saldarriga plantea que la ley agrava un supuesto de autoría mediata, donde el hombre de atrás utiliza a un menor de edad o a un inimputable para la venta ilegal de drogas, en esa medida, precisa el referido autor:

> [D]ebe entenderse que el agravante que comentamos se produce cuando el intermediario material que utiliza el autor mediato es una persona que "[n]o posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión"; y, también, cuando sea un "menor de 18 años"[102].

En la ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.° 1351-2001-Lambayeque señala que para la configuración de esta agravante se requiere que el agente se valga o utiliza a un menor de edad o inimputable, personas que carecen de imputación personal, "

> Esta figura agravada exige para su tipificación que el agente se valga o utilice para la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas a menores de edad o a cualquier persona inimputable, esto es, que el sujeto activo comete el delito por mediación de personas que carecen de capacidad de entendimiento, autocontrol y voluntad[103].

Medina comenta que el delito también se agrava si el autor se vale de menores para cometer delito de tráfico ilícito de drogas, juegan aquí todas las formas de participación criminal[104].

Gallego Soler explica entonces, que en está agravante nos encontramos ante un supuesto de autoría mediata en el que se utiliza a

101 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio *et al., Lecciones de Derecho penal. Parte general,* Barcelona: Praxis, 1996, p. 291.

102 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., 160 y 161.

103 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos,* ob. cit., p. 187.

104 Medina, *Estupefacientes. La ley y el derecho comparado,* ob. cit., p. 100.

un instrumento (el menor) sin posibilidad de imputación personal (sin culpabilidad), en esa medida, no queda duda de que cuando la conducta típica de tráfico de drogas se realice utilizando a un inimputable no podrá atribuirse la responsabilidad penal al sujeto que utiliza como un instrumento, sino a quien lo utiliza como tal: al autor mediato[105].

La agravante se justifica en la medida en que, los actos de tráfico, comercialización o distribución de drogas se ven favorecidos o facilitados porque la utilización de inimputables o menores de edad en estas actividades puede no despertar las sospechas de las autoridades. En esa línea, Saavedra Rojas, indica que la razón justificativa de la agravante reside en la facilitación exitosa del delito, porque cuando el menor participa como autor en la actividad criminal es lógica que despierta menos sospechas y por tanto hace más fácil el perfeccionamiento de la empresa criminal[106]. En suma, el fundamento de la agravación se encuentra en la vulnerabilidad de estas personas, que deben ser objeto de mayor protección, y en la mayor facilidad para la comisión del delito que su uso o participación proporciona al verdadero autor de los hechos y en la mayor dificultad para la actuación de la Administración de Justicia[107].

Esta figura agravada encuentra una referencia en el párrafo 5 literal f) del art. 3 del Convención de Viena de 1988, que prescribe que los Estados Partes de la Convención deben considerar como circunstancia que den particular gravedad a la comisión de los delitos de tráfico ilícito de drogas, tales como: "f) La victimización o utilización de menores de edad". En los comentarios de la Convención de Viena de 1988 se dice que "la palabra "utilización" incluye la explotación de menores, pero no se limita a ella, por ejemplo, el empleo de menor como mensajero podría ser suficiente para la aplicación del inciso"[108].

105 Gallego Soler, José, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., pp. 223 y 224.

106 Saavedra Rojas, "La política criminal del narcotráfico como consecuencia de la Convención de Viena de 1988", art. cit., p. 52.

107 Rodríguez Núñez, "Delitos contra la salud pública", art. cit., p. 628.

108 Naciones Unidas, *Comentarios a la Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas 1988,* ob. cit., p. 78.

Bajo la misma perspectiva, Peña-Cabrera analiza que en esta circunstancia agravante la persona del instrumento, al no haber madurado en su aspecto volitivo y cognoscitivo, se constituye en una pieza fácil, que encaja en el engranaje criminal y, que le facilita al autor, la comisión de los hechos punibles vinculados al TID[109]. En la jurisprudencia española, se ha puesto en el acento en que la instrumentalización que ejerce el autor mediato supone que el inimputable realiza una tarea esencial en los actos de tráfico ilícito de drogas. Así, en la Sentencia N.°1397/2000 del Tribunal Supremo español del 15 de setiembre del 2000, se dice que:

> El verbo rector es, pues, "utilizar", comprendiendo en dicha acción cualquier papel que puedan estos menores realizar o coadyuvar a realizar en la mecánica delictiva, con tal que dicha tarea sea relevante, incluso la instrumental, como el transporte o tenencia mediata o el suministro por encargo del verdadero autor, en quien recae la responsabilidad criminal y su agravacion específica [...][110].

4. Agravantes por el destinatario del tráfico ilícito

Otra de las circunstancias agravantes contenidas en el art. 297.5 del CP, se refiere a la venta de drogas a menores de edad. Falcone y Cappa-relli explican que el fundamento de la agravación se halla, de un parte, en el mayor disvalor del injusto al incitar al consumo de estupefacientes a los menores de 18 años de edad o disminuidos psíquicamente, y, por otro lado, obedece a la protección especial que corresponde tutelarles en orden a su disminuida capacidad de autodeterminación[111]. Álvarez García y otros observan que el fundamento de esta agravación parece encontrarse en la menor capacidad de los menores para autodeterminarse, estando disminuidas sus defensas autónomas frente a los riesgos para la salud derivados del consumo de drogas, esa situación de mayor fragilidad de los menores y disminuidos es lo que provoca, con carácter

109 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 187.

110 Citado por Rodríguez Ramos, *Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, ob. cit., p. 1157.

111 Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, ob. cit., p. 210.

general, que el ordenamiento jurídico les preste una mayor protección a lo largo de todo el Código Penal, constituyendo en este sentido todo un ejemplo lo que se lleva a cabo en los delitos contra la libertad sexual[112].

Sequeros Sazatornil plantea lo siguiente:

> [E]n este supuesto de agravación se establece únicamente en función del sujeto pasivo receptor de la droga, con independencia de las circunstancias en que el sujeto activo desarrolla dicha actividad. La capacidad de elección de los menores está mermada en la medida en que su libre elección aparece condicionada por el dato objetivo de su edad[113].

En esa medida, explica el autor español, razones de política criminal y adecuación de la justicia social han impulsado al legislador a sancionar con mayor severidad los atentados contra la indemnidad de aquellos que carecen de la capacidad para auto determinar sus conductas y decisiones. Medina explica que el menor será víctima del delito de que se trate, en tanto no colabore con el autor, en otras palabras, a él se le suministrará, aplicará o entregarán los estupefacientes; el autor argentino plantea:

> La razón de ser de la mayor severidad de la sanción penal, reside ya en la falta de comprensión de lo que está haciendo esa víctima, o bien, en su comprensión disminuida, por carencia de la madurez necesaria. Es indudable que el menor se encuentra en inferioridad de condiciones para hacer frente con éxito a la actividad del autor, sobre todo si este sabe lo que hace y sobre lo que actúa[114].

Prieto Rodríguez pone de relieve en esa línea lo siguiente:

> En la mens legislatoris, anida el deseo de penar más enérgicamente a aquellos traficantes sin escrúpulos que no reparan en la inocencia o

112 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas,* ob. cit., pp. 183-184.

113 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 157.

114 Medina, *Estupefacientes. La ley y el derecho comparado,* ob. cit., p. 101.

> flaqueza de espíritu de la edad adolescente o juvenil para obtener su ilícito negocio. Las estadísticas demuestran como la edad en el inicio del consumo de drogas es cada vez menor. En aquellas etapas el riesgo de inicio en el consumo de drogas es mayor que en otros momentos de la vida humana. De ahí que se haya pretendido otorgar una protección especial a los menores[115].

Arroyo Zapatero sostiene que la agravación bajo comentario se fundamenta en:

> La mayor fragilidad de los menores frente a la seducción de la droga opera y, en definitiva, al hecho de que, respecto de ellos, con carácter general, no puede afirmarse el principio de libertad individual que fundamenta la impunidad del consumo[116].

Esta agravante también encuentra un correlato en lo dispuesto en el en el párr. 5 literal f) del art. 3 del Convención de Viena de 1988, que establece como circunstancia que agrava la pena los casos de victimización de menores de edad. Comentando este precepto, Saavedra Rojas señala que la cuantificación punible se aumenta, porque es claro que el menor, por su inmadurez e ingenuidad, más fácilmente se le puede hacerlo víctima[117]. Bajo la misma perspectiva, Lorenzo Salgado anota que la enorme difusión que el fenómeno de la droga ha adquirido en nuestros días, se manifiesta particularmente acusada en los jóvenes. De un mercado reservado a una minoría de individuos adultos, se ha pasado a buscar entre la juventud a los principales consumidores. Este incremento en el consumo de drogas no puede explicarse acudiendo simplemente a parámetros psicológicos o psiquiátricos, insuficientes

115 Prieto Rodríguez, Javier Ignacio, *El delito de tráfico y consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, segunda edición, Pamplona: Aranzandi, 1993, p. 349.

116 Arroyo Zapatero, Luis, "Aspectos penales de las drogas", en *Poder Judicial*, n.° 11, 1984, p. 23.

117 Saavedra Rojas, "La política criminal del narcotráfico como consecuencia de la Convención de Viena de 1988", art. cit., p. 51.

por sí mismos para dar una interpretación adecuada del fenómeno en general[118].

En la sentencia del Tribunal Supremo español del 21 de abril de 1994, se advierte un pronunciamiento en ese sentido que:

> Los elementos objetivos que integran la especialidad de un subtipo agravado, determinando una mayor penalidad del mismo respecto al tipo base, han de estar conforme al principio de culpabilidad, abarcados por el dolo del autor para que puedan ser reprochados a este, castigándolo como responsable de tal subtipo más grave. En un derecho basado en el principio de culpabilidad, tal conocimiento es exigible en su integridad cuando de elementos objetivos agravatorios se trate —y objetivo es el dato de la edad del sujeto pasivo— por lo que su concurrencia solo puede agravar la pena de quienes tengan conciencia de ella, en el hecho por ellos realizado[119].

Bajo la misma perspectiva, en la jurisprudencia argentina del Tribunal Oral Federal, se ha dicho lo siguiente:

> Para que se configure la agravante del art. 11, inciso a) de la Ley 23.737, el acusado tiene que haber tenido conocimiento —al momento de la acción— de la menor de edad del sujeto de quien se sirve, pues parece indudable, atendiendo al principio de culpabilidad, que el agente tiene que ser consciente de las condiciones del individuo a quien facilita la

118 Lorenzo Salgado, José Manuel, "Reforma de 1983 y tráfico de drogas", en *La problemática de la droga en España*, Barcelona: Bosch, 1983, p. 199.

119 Citado por Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, ob. cit., p. 160. En la jurisprudencia española ante la ausencia de una figura culposa se ha recurrido al dolo eventual para la acreditación del conocimiento de la edad del receptor de la droga. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo español de 15 de noviembre de 1993, se dice que: "Tratándose de jóvenes en el límite de la mayoría de edad los vendedores se tienen que haber representado el peligro concreto de la realización del tipo penal, pues dada la apariencia de las personas en esos momentos de su vida difícilmente se puede excluir con seguridad la ejecución de la acción típica [...] no será improbable [...] que se estuviese vendiendo droga a un menor de 18 años. Consecuentemente el dolo eventual [...] está acreditado".

asistencia toxica; lo contrario implicaría un supuesto de responsabilidad objetiva[120].

De ahí es importante destacar la opinión de Falcone y Capparelli, en el sentido de que, en cuanto al tipo subjetivo, conforme el principio de culpabilidad, el dolo debe abarcar en este tipo agravado a todos los elementos objetivos que lo componen, concretamente, la minoría de edad y la condición de disminuido psíquico del respectivo sujeto pasivo o perjudicado; de lo contrario y concurriendo un erro de tipo solo se podrá castigas por el tipo básico.[121] Bajo la misma perspectiva, Álvarez García y otros sostienen que en cuanto al tipo subjetivo obviamente el dolo debe abarcar todos los elementos de la infracción, y entre ellos el conocimiento de las características del sujeto pasivo sea la disminución psíquica o la edad; estimándose en este sentido que concurre tal conocimiento cuando la minoría de edad es notoria lo que es deducible del lugar en el que se encuentra el menor —cercano, por ejemplo, a un colegio— y de su fisonomía, y aspecto[122]. Prado Saldarriaga observa que la principal exigencia legal para la eficacia del efecto agravante es que el destinatario de la venta debe ser un menor de 18 años de edad, pero se requiere que el agente conozca o le sea notoria la minoridad etérea de la persona a quien vende las sustancias adictivas. Cabe señalar que la operatividad del agravante no se excluye ni anula por la solicitud de la venta de drogas que haya hecho el menor al autor del delito[123].

También se pueden encontrar sentencias del Tribunal Supremo español se ha recurrido al error de prohibición respecto a la minoría de edad. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo español del 2 de mayo de 1994, el tribunal acabó concluyendo con la existencia de un error de prohibición, en la medida en que la posibilito esa edad límite de la persona a la que se transmitió la droga: "pues en estos casos y sobre todo teniendo en cuenta la levedad de la droga transmitida, a nadie le

120 Citado por Medina, *Estupefacientes. La ley y el derecho comparado,* ob. cit., p. 102.

121 Falcone y Capparelli, *Tráfico de estupefacientes y derecho penal,* ob. cit., p. 211.

122 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas,* ob. cit., 187 y 188.

123 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 162.

es exigible comprobar frente a la apariencia, la edad real y verdadera de la persona adquirente del producto"[124].

5. Circunstancia agravante por la pluralidad de agentes en la Comisión de Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas: aproximación desde los Acuerdos Plenarios N.os 03-2005/CJ-116 y 03-2008/CJ-116

El art. 297.6 del CP comprende alternativamente dos circunstancias agravantes referidas a la comisión del delito del tráfico ilícito de drogas toxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas: la primera, cuando el hecho es cometido por tres o más personas; y, la segunda, cuando el hecho es cometido por el agente en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o a la comercialización de insumos para su elaboración. En el caso de las circunstancias agravantes del art. 297.6 del CP, no se tratan de tipos autónomos, sino que suponen un incremento del desvalor de la conducta que es reconocido por el legislador asignándole una elevación de pena al sujeto.

La diferencia sustancial entre las figuras agravadas contenidas en el art. 297.6 del CP radica en que, si bien en ambos supuestos es necesaria la concurrencia de una pluralidad de agentes en la comisión del delito TID, tres o más; la existencia de una organización criminal, como agrupación permanente y estructurada de personas en la comisión de esta clase de delitos es determinante para la configuración de la agravante de la comisión del delito como integrante de una organización criminal. De lo contrario, se calificará la concertación plural de personas como un supuesto común de codelincuencia, circunstancial y no permanente, configurándose subsidiariamente la agravante de pluralidad de agentes en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas.

En ese sentido, en la doctrina y en la jurisprudencia existe consenso en que la circunstancia agravante por la comisión del delito con pluralidad de agentes se refiere a casos de coautoría donde concurren por

124 Citado por Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, ob. cit., p. 160.

lo menos tres coautores. Para delimitar los supuestos de aplicación de esta circunstancia agravante, el Acuerdo Plenario N.° 3-2005/CJ-116 precisa que no basta la simple concurrencia de tres o más personas, para su configuración debe existir una decisión conjunta o común del hecho que involucre a cuando a esa cantidad de personas, además, quien participa en el hecho, como parte de un plan determinado, debe conocer de la participación de cuando menos otras dos personas, incluyendo la suya.

Estos criterios interpretativos resultan muy amplios, por lo que supuestos como de los "correo de drogas", técnicamente podrían subsumirse en esta agravante; sin embargo, resulta ser que, en muchos casos, es el último eslabón de la cadena de partícipes en estos delitos, con escaso dominio del hecho global, y casi siempre conoce solamente a aquel sujeto que lo capto y al que le entrega la droga a transportar.

Es por ello que el Acuerdo Plenario N.° 3-2008/CJ-116 analiza si la intervencion delictiva del "correo de la droga" en los actos de transporte califica para configurar la agravante del art. 297.6 del CP, en ese contexto, se hace referencia a la realización del delito como obra conjunta, dentro de un plan criminal común, donde el correo de la droga, al poseer la droga para transportarla es un coautor que ejecuta los actos necesarios de tráfico de drogas, pero que no conoce ni se adscribe a la totalidad del plan criminal, tampoco conoce a cada uno de los intervinientes. Ya que se entiende que el "correo de drogas" solo interviene en el transporte, y es ajeno al núcleo de personas, integradas o no a una organización criminal, que lo captaron e hicieron posible el propio acto de transporte. Su labor se circunscribe a trasladar, instrumentalmente, los bienes delictivos, sin interesar por cuenta de quien se realiza el transporte.

En esa medida, se advierte que la circunstancia agravante de comisión del delito en pluralidad de personas en los delitos de tráfico ilícito de drogas, plantea diversos problemas interpretativos, por lo que esta investigación tiene por objeto analizar en el marco de los Acuerdos Plenarios N.os 3-2005/CJ-116 y 3-2008/CJ-116.

5.1. La circunstancia agravante de pluralidad de agentes como supuesto de coautoría de tres o más personas

El art. 297.6 del CP prescribe lo siguiente:

> La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al art. 36, incisos 1), 2), 4), 5) y 8) cuando: [...] 6) El hecho es cometido por tres o más personas, o en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas, o al desvío de sustancias químicas controladas o no controladas o de materias primas a que se refieren los arts. 296 y 296.B.

Conforme se precisa en el Acuerdo Plenario N.° 3-2008/CJ-116, el art. 297.6 del CP comprende alternativamente dos circunstancias agravantes referidas a la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas toxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas: la primera, cuando el hecho es cometido por tres o más personas; y, la segunda, cuando el hecho es cometido por el agente en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o a la comercialización de insumos para su elaboración[125]. En el caso de las circunstancias agravantes del art. 297.6 del CP, no se tratan de tipos autónomos, sino que suponen un incremento del desvalor de la conducta que es reconocido por el legislador asignándole una elevación de pena al sujeto.

En cuanto a la primera circunstancia agravante, los jueces penales de la Corte Suprema han interpretado que no basta la simple concurrencia de tres o más personas, sino que debe aparecer un concierto de voluntades entre por lo menos tres participantes, y que cada uno de los participantes conozcan de la intervencion de por lo menos tres personas. Así se precisa en el Acuerdo Plenario N.° 3-2005/CJ-116, en referencia a este subtipo agravado:

125 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 3-2008/CJ-116*, f. j. n.° 6.

El objeto de la norma antes descrita es sancionar con severidad —por su carácter agravado— a quienes participan en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas en tanto integran un conjunto de tres o más personas. A este respecto es de destacar y señalar que:

a) La sola existencia o concurrencia, sin más, de una pluralidad de agentes (tres o más) en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas no tipifica la circunstancia agravante del art. 297.6 del CP, pues tal consideración violaría el principio de proscripción de la responsabilidad objetiva (art. VII del título preliminar del CP).
b) La simple ejecución del delito, sin que exista concierto entre por lo menos tres participantes, no es suficiente para concretar la circunstancia agravante antes citada. Es imperativo el conocimiento por parte de cada participante de la intervencion de por lo menos tres personas en la comisión del delito. Es decir, la existencia e intervencion de tres o más agentes en el tráfico ilícito de drogas debió ser para el agente, por lo menos, conocida y contar con ella para su comisión, para que su conducta delictiva pueda ser subsumida en el citado inciso 6) del art. 297 del CP.
c) Es entonces el conocimiento, según las pautas ya descritas, un elemento esencial que debe estar presente y ser ponderado por el órgano jurisdiccional. Si quien participa en el hecho, como parte de un plan determinado, no conoce que en el mismo intervienen —o necesariamente intervendrán—por lo menos tres personas, incluida él, no será posible ser castigado por dicha agravante.
d) La decisión conjunta o común del hecho en sus rasgos esenciales de por lo menos tres personas, sin perjuicio de su concreta actuación material, es esencial para poder vincular funcionalmente los distintos aportes al delito en orden a la agravante en mención. Al no presentarse tal decisión, que exige el conocimiento de la intervencion de por lo menos otras dos personas, no será posible calificar el hecho, para la persona concertada, en el inciso 6) del art. 297 del CP[126].

Para la aplicación del subtipo agravado no basta la simple concurrencia de tres o más personas, debe existir una decisión conjunta o

126 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 3-2005/CJ-116*, f. j. n.° 7.

común del hecho que involucre a cuando a esa cantidad de personas, además, quien participa en el hecho, como parte de un plan determinado, debe conocer de la participación de otras dos personas, incluyendo la suya. De esta manera se hace referencia a un supuesto de coautoría, esto es, un concierto criminal circunstancial y no permanente. Al respecto, Naval Linares explica:

> [S]on importantes las precisiones del Acuerdo Plenario N.° 3-2005, en el sentido que no debe entenderse la circunstancia agravante "tres o más personas" como una mera concurrencia de agentes; sino como la actuación de estos a través de un concierto, el mismo que debe importar necesariamente un conocimiento de la existencia de los 3 partícipes. Así pues, la pluralidad de agentes exige una intervencion conjunta en la realización de cualquiera de las hipótesis típicas que proponen en art. 296 del Código Penal. De lo contrario, nos encontraríamos ante una mera conducta aislada que carece de incremento de peligrosidad y, por ende, no encontraría justificada la aplicación de la agravante[127].

En el Acuerdo Plenario N.° 3-2008/CJ-116, que analiza si la intervencion delictiva del "correo de la droga" en los actos de transporte califica para configurar la agravante del art. 297.6 del CP, se hace referencia a la realización del delito como obra conjunta, dentro de un plan criminal común, donde el correo de la droga, al poseer la droga para transportarla es un coautor que ejecuta los actos necesarios de tráfico de drogas, pero que no conoce ni se adscribe a la totalidad del plan criminal, tampoco conoce a cada uno de los intervinientes, haciéndose referencia de esta manera a un supuesto de coautoría. En ese marco, queda claro que para la configuración de la figura agravada de "comisión del delito en pluralidad de personas" no basta la concurrencia simple de tres o más intervinientes, y que debe existir un acuerdo común conocido por los intervinientes, independientemente de su participación material en los hechos delictivos. Sin embargo, cabe analizar ¿si la intervencion de

127 Naval Linares, Virginia del Pilar, "El tráfico ilícito de drogas en los acuerdos plenarios de la Corte Suprema de Justicia de la República", *Delitos de tráfico ilícito de drogas. Problemas esenciales desde la dogmática penal y el derecho probatorio*, Lima: Jurista, 2018, p. 343.

los concertados es en calidad de coautores o cabe otro tipo de participación criminal?

Los jueces penales de la Corte Suprema, al interpretar las circunstancias agravantes del párr. 1 del art. 189.4, "con el concurso de dos o más personas", y del último párrafo del citado artículo, "cuando el agente actúe en calidad de una organización criminal", que resulta similar a las circunstancias agravantes en el delito de tráfico ilícito de drogas, del inciso 6) del art. 297, "la comisión del delito en pluralidad de personas" y "la comisión del delito en calidad de integrante de una organización criminal" sostuvieron:

> La diferenciación sistemática que realiza el art. 189 del CP, respecto a la intervencion de una pluralidad de agentes en la comisión de un robo, permite sostener que se trata de dos circunstancias agravantes distintas. Por un lado, la pluralidad de agentes prevista en el inciso 4) del primer párrafo alude de un concierto criminal en el que el proceder delictivo conjunto es circunstancial y no permanente. Se trata, pues, de un supuesto básico de coautoría o coparticipación, en el que los agentes no están vinculados con una estructura organizaciónal y con un proyecto delictivo de ejercicio continua. Por otro lado, la agravante que contempla el párrafo in fine del citado artículo alude a un proceder singular o plural de integrantes de una organización criminal sea está de estructura jerárquica —vertical o flexible— horizontal[128].

Delgado Castro plantea lo siguiente:

> El acuerdo plenario, establece que la pluralidad de agentes prevista en el inciso 4) del primer párrafo alude a un concierto criminal en el que el proceder delictivo conjunto es circunstancial y no permanente. Se trate, pues, de un supuesto básico de coautoría o coparticipación, en el que los agentes no están vinculados con una estructura organizacional y con el proyecto delictivo de ejecución continua. En ese sentido, efectivamente la participación de dos o más personas en la comisión del delito de robo agravado puede ser una situación de hecho

128 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 8-2007/CJ-116*, f. j. n.° 6.

> circunstancial y no permanente, en donde los sujetos activos no forman parte integrante de una estructura criminal, y cuya actuación no está orientada a la realización del proyecto criminal de una organización criminal[129].

Con lo cual los supuestos de agravantes por la comisión del delito con pluralidad de agentes se refieren a casos de coautoría, esto es, un concierto criminal en el que el proceder delictivo conjunto es circunstancial y no permanente. De la misma manera, en principio, en el caso de la agravante del art. 297.6 del CP, se trata de un supuesto de coautoría donde concurren por lo menos tres coautores. Así también lo advierte Prado Saldarriaga, que plantea:

> La pluralidad de agentes exige, pues, una intervencion conjunta y con codominio del hecho en la realización de cualquiera de las tres hipótesis típicas que se proponen en el art. 296 [ahora cuatro hipótesis típicas]. No obstante, es importante reiterar que la comisión del hecho delictivo debe de ejecutarse solo en la modalidad del concierto criminal y no en banda. Se trata, pues, de una coautoría e integración ocasional y no de una estructura operativa con fines de permanencia y continuidad[130].

Cabe advertir, en el caso de tráfico ilícito de drogas, como anota Naval Linares:

> [A] diferencia de otros ilícitos penales donde también se aplica la pluralidad de agentes como circunstancia agravante —como en el caso de los delitos de hurto, robo o daño—; pues este ilícito es especialmente complejo y se caracteriza por la utilización por parte de organizaciones o grupos criminales de individuos que no conocen necesariamente de la existencia de los demás involucrados, por lo que

129 Delgado Castro, Cesar Antonio, "Diferencias entre las agravantes que en el delito de robo aluden a la pluralidad de agentes y a la actuación delictiva como integrante de una organización criminal. A propósito del Acuerdo Plenario N.° 8-2007/CJ-116", en *Comentarios de los acuerdos plenarios I. Derecho penal. Parte general y especial*, Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 289.

130 Prado Saldarriaga, "Jurisprudencia vinculante y pluralidad de agentes en el delito de tráfico ilícito de drogas p. 790.

> la mera pluralidad de 3 o más agentes no debe significar la agravación de su comportamiento, pero tampoco los debe eximir de su autoría en caso de cumplirse los elementos del tipo del art. 296 del CP. No se puede equiparar pues, casos de robo donde necesariamente se conoce a los sujetos que participarán del evento delictivo a los casos de TID, donde participan múltiples individuos, especialmente en la fabricación y transporte de las sustancias prohibidas[131].

En esa medida, como sostiene Prado Saldarriaga:

> La circunstancia que analizamos alude exclusivamente a un nivel de coautoría o autoría funcional en el que intervienen, cuando menos, tres personas con condominio del hecho. La pluralidad de agentes exige, pues, una intervencion conjunta en la realización de cualquiera de las hipótesis típicas que se proponen en el art. 296. Esto último ha sido resaltado por el Acuerdo Plenario N.° 3-2008/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema, del 18 de julio del 2008, al analizar la aplicación del citado agravante en el caso de los correos de drogas. Por tanto, no hay agravante en función del número de partícipes. Es decir, la pluralidad que señala la ley no incluye a instigadores ni cómplices[132].

La interpretación de la circunstancia agravante de la comisión del delito en pluralidad de personas en los delitos de tráfico ilícito de drogas, se trata de un supuesto de coautoría en el que por lo menos

131 Naval Linares, "El tráfico ilícito de drogas en los acuerdos plenarios de la Corte Suprema de Justicia de la República", art. cit., p. 343. Sobre este aspecto, Prado Saldarriaga, reitera que para la configuración de esta figura agravada no basta la mera concurrencia de tres o más personas, sino que se requiere un acuerdo previo y conocimiento compartido de los roles de ejecución del delito, así lo plantea el profesor sanmarquino: "Obviamente están excluidos los casos meramente cuantitativos o por adición. Por ejemplo, un instigador, un cómplice y un autor u otra variante similar que implique coautoría no hacen los tres agentes funcionales que la ley exige. Se requiere integración operativa. Esto último impone un acuerdo previo y un conocimiento compartido de los roles de ejecución que aportara cada agente para el logro del delito. Como toda circunstancia agravante de la que tratamos, es dolosa. Por ende, se demanda en los agentes un conocimiento de su pluralidad y conexión ejecutiva". Prado, "Jurisprudencia vinculante y pluralidad de agentes en el delito de tráfico ilícito de drogas", art. cit., p. 790.

132 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 162.

concurren tres personas con codominio del hecho. Circunstancia que sin duda favorecerá la comisión de los delitos de tráfico de drogas con lo que se pretende justificar la agravación de estos tipos penales. Esta agravante no aparece en el derecho comparado, por ejemplo, en España la concurrencia de personas en la comisión de delitos de tráfico ilícito de drogas se considera como circunstancia agravante cuando los sujetos actúan como una estructura criminal de carácter estable y permanente, el concierto circunstancial de personas para la comisión de estos delitos no es considerado un factor de agravación de la respuesta penal. Con lo cual, por el principio de proporcionalidad, no cualquier concierto criminal circunstancial puede caer en esta figura agravada, como lo plantea el Acuerdo Plenario N.° 3-2005/CJ-116, quedando reservada la misma solo para los supuestos de coautoría. Coautoría que se enmarca dentro de la teoría del dominio del hecho.

El art. 23 del CP establece las distintas formas de autoría, en los siguientes términos: "el que realiza por sí, o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción". De este modo, se configuran normativamente la autoría directa o inmediata ("el que realiza por sí"); la autoría mediata ("por medio de otro") y la coautoría ("los que cometan conjuntamente"). Siendo así, es claro que nuestro Código ha optado por la teoría del dominio del hecho para distinguir entre autoría y participación[133].

El TC, en la sentencia N.° 1805-2005-HC/TC-Lima, Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, del 29 de abril del 2005, se inclina por la teoría del dominio de hecho al analizar los supuestos de intervencion delictiva, definiendo quién es autor y quién es partícipe; así para el TC autor es:

> [A]quel que, mediante una conducción consciente de fin, del acontecer causal en dirección del resultado típico, es señor sobre la realización del

133 Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 211-2015*, Áncash: 17 de abril del 2017.

> tipo. Es decir, el autor puede manipular sobre el resultado del hecho y puede desistirse inclusive, mientras que el partícipe [...] está supeditado a la actuación del autor, pues su intervencion solamente se produce siempre que el autor, por lo menos, arriba al grado de tentativa, sin el cual no hay complicidad ni instigación. Consecuentemente, el partícipe no tiene dominio del hecho[134].

Como sostiene Villavicencio, la coautoría es una forma de autoría, con la peculiaridad que en ella el dominio del hecho es común a varias personas. Coautores son los que toman parte en la ejecución del delito, en codominio del hecho (dominio funcional del hecho). Se presenta así un dominio funcional del hecho, donde se distingue claramente a la coautoría como una división de trabajo, en la que no basta cualquier aporte dentro de la distribución de funciones[135]. Bustos y Hormazábal explican que es coautor aquel autor que tiene el dominio de la realización del hecho conjuntamente con otro u otros autores, con lo cuales hay un plan común y una distribución de funciones en la realización de mutuo acuerdo. La coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho, todos deben responder como autores[136].

Pérez Alonso sostiene que la estructura de la coautoría se basa en el principio de la división del trabajo conforme a un plan común para la realización conjunta del hecho, es decir, en la acumulación de esfuerzos y correlación de contribuciones individuales que tomadas en sí complementan la total realización del tipo. Existe, por tanto, interdependencia funcional de los distintos aportes al hecho, que permite

---

134 *STC Exp. N.° 1805-2005-HC/TC*, f. j. n.° 34. El TC concluye en esa medida que: "Así, es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención; y es partícipe aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyudar en su ejecución".

135 Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 481.

136 Bustos y Malarée, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 406.

afirmar la existencia de un hecho en común realizado y perteneciente al colectivo de personas como tal[137]. García Cavero señala en ese contexto que la coautoría no se queda solamente en la exigencia del elemento subjetivo del acuerdo común de cometer un delito, sino que resulta imprescindible la ejecución de dicho acuerdo. No obstante, no basta cualquier intervencion en la realización del hecho, sino que resulta necesario que esa intervencion en la realización de cualidad (aporte indispensable para la realización del plan de acuerdo con la valoración judicial de las circunstancias) y otro de temporalidad (en la ejecución)[138].

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N.° 170-2010 Amazonas, entiende respecto a la coautoría el supuesto en que todos los intervinientes codominan el hecho:

> [L]os protagonistas respondieron a roles específicos expresados en la realización de un plan común correspondiéndoles a todos el dominio funcional de los hechos; que, siendo así, todos deben responder a título de coautores, pues en su comportamiento medio (i) una decisión común orientada al logro exitoso del resultado, (ii) un aporte esencial realizado por cada agente, así como (iii) tomaron parte de la fase de ejecución desplegando un dominio parcial del acontecer, por lo que lo sucedido en su perpetración, respecto de la conducta de uno de los coautores, le es imputable a todos[139].

137 Pérez Alonso, Esteban, "Autoría", en *Teoría del delito. Problemas fundamentales*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 356.

138 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 695.

139 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 170-2010-Amazonas*. Mientras que, el partícipe, será aquel que ayude a la realización del tipo, sin tener el dominio del hecho. Es necesario resaltar que el partícipe no tendrá un injusto propio, sino que su intervención se encuentra supeditada a la acción del autor, a la cual accede. De esta manera, en doctrina jurisprudencial vinculante, la Sala Penal Permanente ha precisado que: "3.9. La complicidad es definida como la cooperación a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro; o, de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro. El cómplice carece del dominio del hecho, que solo es ejercido por el autor del delito. 3.10. Desde la perspectiva de este Supremo Tribunal la diferencia entre ambas radica en el tipo de aporte prestado por el cómplice. Serán

Estos requisitos para la coautoría son puestos de manifiesto por Hurtado Pozo:

> [L]a imputación a título de coautoría se basa tanto en el principio de la división de las tareas entre los participantes, como en el de la distribución funcional de éstas. La coautoría se presentará, primero cuando los partícipes ejecutan conjuntamente el hecho punible [...]. En segundo término, cada participante realiza una parte de la acción típica conforme a la decisión común arribada [...]. Y finalmente, según la distribución funcional de las tareas, es superfluo que todos ejecuten el hecho de la misma manera, pues, unos pueden cometer una parte del hecho típico, mientras que los otros pueden completarlo, como se da en el caso de una violación sexual en coautoría, donde unos ejercen la violencia o la grave amenaza, mientras que los otros ejecutan el acto sexual propiamente dicho[140].

En esa misma línea, Villavicencio, haciendo referencia a la jurisprudencia nacional, plantea que los requisitos de la coautoría son:

> Tres requisitos básicos configuran la coautoría: a) decisión común, que posibilita una división del trabajo o distribución de funciones; b) aporte esencial, de modo que si uno de los intervinientes hubiera reiterado su aporte pudo haberse frustrado el plan de ejecución; y c) tomar parte en la fase de ejecución, donde cada sujeto coautor tiene un dominio parcial del acontecer[141].

---

susceptibles de ser considerados actos de *complicidad primaria* aquellos actos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito. *Es el caso de aquella persona que proporciona las armas a una banda de asaltantes de bancos.* 3.11. De otro lado, la *complicidad secundaria* se compone por cualquier contribución, que no sea esencial para la comisión del delito. Se trata de aportes que no son indispensables. *Es el caso de aquel sujeto que tiene la función de avisar a los asaltantes de un banco de la llegada de la policía".* Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Casación N.° 367-2011,* Lambayeque: 15 de julio del 2013.

140 Hurtado Pozo, José y Prado Saldarriaga, Víctor, *Manual de derecho penal. Parte general,* t. II, 4.ª ed., Lima: Idemsa, 2011, pp. 155 y 156.

141 *Recurso de Nulidad N.° 6017-97,* citado por Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 482.

En el Recurso de Nulidad N.° 602-2004-Huánuco, de fecha 2 de julio del 2004, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en un caso de tráfico ilícito de drogas, se refiere expresamente a la coautoría ejecutiva, así como al requisito del "acuerdo previo y común", y señala:

> Tercero: Que los imputados alegan como agravio, en su impugnación que no actuaron en forma concertada sino cada uno tuvo una participación individual; que sin embargo, está probado que los imputados actuaron a sabiendas del total de droga transportada (acuerdo previo y común), con conocimiento de lo que cada uno haría, estos es de su concreta intervencion (división de tareas o funciones previamente acordadas),y, a su vez, aportaron una conducta específica, para el traslado o transporte de la droga intervenida por la policía (contribución esencial al hecho típico), lo que los constituye –al dominar funcionalmente el hecho- en coautores del delito imputado con las circunstancias agravantes antes mencionadas; todos ellos, pues, realizarán conjuntamente el delito a nivel de coautoría ejecutiva, y como tal, asumen por igual la responsabilidad de su realización[142].

En otro caso sobre tráfico ilícito de drogas, en el caso del Cartel de Tijuana, la Corte Suprema diferencia entre coautoría ejecutivo y no ejecutiva, siguiendo la propuesta teórica de Muñoz Conde:

> [S]on coautores los que de común acuerdo toman parte en la ejecución del delito codominando el hecho, los agentes intervienen en la oralización de la acción típica. Salvo muy contadas excepciones, los condenados, en general, adoptaron una decisión conjunta al hecho típico, que es lo que permite vincular funcionalmente los distintos aportes al mismo que llevaron a cabo; cada aportación objetiva al hecho en el estadio de ejecución está conectada a la otra mediante la división de tareas acordada en la decisión conjunta, y sus aportes fueron tales que sin ellos el hecho no hubiera podido concretarse. Su aporte durante la realización del delito, en su fase ejecutiva, tuvo un carácter necesario, difícilmente reemplazable, esencial o imprescindible; bien

142 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 602-2004*, Huánuco: 2 de julio del 2004.

condiciono la propia posibilidad de realizar el hecho, o bien redujo de forma esencial el riesgo de su realización.

Es de insistir, por lo demás, que lo decisivo para la coautoría, como apunta Muñoz Conde, es la importancia del aporte de todos los miembros de la organización en el momento de la ejecución, sino la importancia de su contribución, ejecutiva o no, en la realización del hecho; el artículo veintiocho del CP Español —similar en ese aspecto al artículo veinticuatro de nuestro CP— no toma como punto de referencia común a las distintas forma de autoría la "ejecución" sino la "realización " del hecho, que es un concepto más amplio que el de "ejecución" [Problemas de autoría y de participación en la criminalidad organizada. En: Delincuencia organizada–aspectos penales, procesales y criminológicos, Juan Carlos Ferré Olivé / Enrique Anarte Borallo Editores, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, mil novecientos noventa y nueve, página ciento cincuenta y siete][143].

En suma, la coautoría es una figura jurídico penal que supone la realización conjunta de un delito por varias personas que intervienen en el conscientemente. La ejecución de un plan común, aceptado por todos, importa que las distintas contribuciones deban como un todo y el resultado total atribuirse a cada coautor, independientemente de la

143 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 828-2007*, Lima: 8 de junio del 2007. Aunque es un concepto polémico, en otros casos la Corte Suprema también ha hecho referencia a la coautoría no ejecutiva, Villavicencio cita alguna de ellas: "Si bien el proceso no participó en la fase ejecutivo del delito, ha planificado su realización, como también aportó los elementos necesarios para su ejecución, fundamentos por los cuales es coautor", en otro caso: "La coautoría no solo es la ejecutiva —directa y parcial, sea que todos los autores realicen todos los actos ejecutivos o que entre ellos se produzca un reparto de las tareas ejecutivas— sino la no ejecutiva, que se da en los casos en que se produce un reparto de papeles entre los diversos intervinientes en la realización de un delito, de tal modo que alguno o algunos de los coautores ni siquiera están presentes en el momento de su ejecución, que es el caso del codominio funcional del hecho en base al reparto funcional de roles, en el que además del acuerdo previo en la realización del delito se requiere una contribución material en él, no necesariamente con actos ejecutivos". Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 487.

entidad material de su intervencion. El *pactum scaeleris* no necesariamente ha de ser formal, incluso puede ser tácito, basta que se desprenda su existencia de la misma naturaleza y dinámica de los hechos que se incriminan colectivamente. Dado los elementos subjetivo —dolo compartido o decisión conjunta— y objetivo —aportación causal delictiva—, es irrelevante la variedad y diversa entidad de los papeles asignados a los distintos coautores en el desarrollo del proyecto delictivo asumido, ya que cada uno de ellos no tiene por qué realizar la totalidad de la conducta típica, el hecho delictivo les pertenece en igual medida-vínculo de solidaridad penal[144].

Con lo cual, a efectos de la aplicación de la circunstancia agravada de la comisión del delito en pluralidad de personas en los delitos de tráfico ilícito de drogas, debe verificarse la concurrencia de los supuestos de la coautoría, *decisión común, aporte esencial y tomar parte en la fase de ejecución del delito;* en este caso, que suponga la intervencion en codominio funcional del hecho de por lo menos tres personas. Se debe acreditar en esa medida, el acuerdo común en la configuración y adscripción del plan criminal, el rol y aporte esencial de cada uno de los intervinientes en la fase ejecutiva del delito. Para delimitar los supuestos de aplicación de esta circunstancia agravante, el Acuerdo Plenario N.° 3-2005/CJ-116 precisa que no basta la simple concurrencia de tres o más personas, para su configuración debe existir una decisión conjunta o común del hecho que involucre a cuando a esa cantidad de personas, además, quien participa en el hecho, como parte de un plan determinado, debe conocer de la participación de cuando menos otras dos personas, incluyendo la suya.

Esta última precisión que plantea el Acuerdo Plenario N.° 3-2005/CJ-116, sobre el conocimiento de la participación de los otros coautores, resulta relevante, pues, a diferencia de otros delitos, como los patrimoniales, que son delitos de lesión donde la concurrencia de una pluralidad de personas aparece claramente en la fase ejecutiva del delito y los intervinientes conocen de la participación de otros sujetos, en los

144 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Casación N.° 55-2009,* La Libertad: 20 de julio del 2010.

delitos de tráfico ilícito de drogas donde se han adelantado las barreras de punición y la fase ejecutiva de los diferentes delitos corre paralela al ciclo de la droga, la participación plural de sujetos en la comisión de estos delitos no aparece tan clara para todos los participantes. Así, por ejemplo, como veremos con más detalle, en el caso de los "correo de drogas", que resulta ser, en muchos casos, el último eslabón de la cadena de partícipes en estos delitos, casi siempre conoce solamente a aquel sujeto que lo capta y le entrega la droga a transportar.

Cabe destacar que como en los delitos de tráfico ilícito de drogas, los delitos se configuran como tipos de consumación anticipada, que equiparan una serie de actos preparatorios y de formas de intervencion al castigar los actos de cultivo, elaboración o tráfico, o las conductas que promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal, o la posesión de dichas sustancias con tales fines; de esta manera, la mayoría de las figuras delictivas suponen adelantamientos de barreras de punición, donde la fase ejecutiva se configura en circunstancias que no necesariamente suponen la posesión de la droga para su comercialización al consumidor directo. Así, por ejemplo, en el caso del delito del primer párrafo del art. 296 del CP basta el aporte del sujeto realizando actos de promoción, favorecimiento o facilitación[145].

5.2. Supuesto especial del "correo de la droga": coautor con dominio limitado de los hechos

5.2.1. Aproximación al fenómeno de los "correos de la droga"

Un caso especial de "tráfico" en la modalidad de transporte lo constituye el accionar de los denominados "correos de droga", los jue-

145 Sobre las dificultades en la diferenciación de los supuestos de autoría y participación en el delito previsto en el primer párrafo del art. 296 del CP, Cfr. Rosas Castañeda, Juan Antonio, "Examen dogmático del delito de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas mediante actos de fabricación o tráfico ilícito", *Gaceta Penal y Procesal Penal,* n.° 104, Lima: 2018, pp. 161-168.

ces penales de la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N.° 03-2008/CJ-116, han referido al respecto:

> Se trata de individuos que se desplazan usualmente por vía aérea o terrestre transportando droga usualmente cocaína, marihuana u opio en sus bienes personales, en paquetes adheridos al cuerpo, en cápsulas ingeridas previamente al inicio del viaje o en contenedores colocados en otras cavidades del cuerpo. Ello implica, por lo demás, reconocer la existencia de organizaciones o agrupación de personas que se dedican a captar personas, las cuales pasan, en algunas oportunidades, sin ser descubiertos por la autoridad pública —agentes de Aduanas, personal de seguridad de Aeropuertos y efectivos policiales de control de carreteras—. Desde la experiencia criminalística, en muchas ocasiones, se detiene a esas personas sin que se logre identificar cabalmente a los que se dedican a reclutar personas con la finalidad de transportar droga o precursores y, en su caso, sin que se descubra la estructura y lógica de funcionamiento de las organizaciones criminales, que por lo general están detrás de ese acto de transporte delictivo[146].

Peña-Cabrera[147] afirma que los actos de transporte de sustancias prohibidas por los "correos de la droga", se llevan a cabo por lo general a través de la intermediación de terceros, de sujeto que se ocupan de captar personas con ciertas características (jóvenes desocupados o inmersos en el mundo de la drogadicción), que les permita fácilmente acceder a la propuesta criminal ofertada, dichos intermediarios por lo general son personas que forman parte de organizaciones delictivas, al ejecutar una función importante en el marco de los fines ilícitos que guía su proceder criminal. En tal entendido, se expresa el autor nacional, las ordenes provienen de los altos mandos de la estructura delictiva, quienes no dan la cara, escudándose en las corazas que se levantan en las bases de estas organizaciones; por ende, son los "hombres de atrás", quienes cuentan con el dominio funcional del hecho y no los sujetos transpor-

146 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 03-2008/CJ-116*, f. j. n.° 7.

147 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., pp. 107-114.

tistas, quienes se encargan de ejecutar una actividad propia y singular, sin ser miembros (pertenecer) de la asociación delictiva.

En esa línea, DEVIDA plantea que el empleo de "correos de la droga" supone una modalidad del tráfico ilícito de drogas para su exportación a otros países, se trata de sujetos que usualmente por vía aérea transporta droga entre sus pertenencias, en paquetes adheridos al cuerpo o en cavidades corporales, se precisa demás, que los traficantes utilizan esta modalidad para hacer llegar las drogas a los grandes mercados de consumidores, y que, con frecuencia los "burriers" o correos humanos son intervenidos en los *counters* de las aerolíneas internacionales, así sostiene:

> Una de las modalidades de tráfico para la exportación de drogas a otros países, es la utilización de personas correos humanos o "burriers" (jerga que combina los vocablos burro y courier) que se desplazan usualmente por vía aérea transportando fundamentalmente cocaína camuflada en sus bienes personales, en paquetes adheridos al cuerpo o en cápsulas de plástico ingeridas previo al inicio del viaje, o contenedores colocados en la vagina o el recto. Los traficantes de drogas utilizan esta modalidad en su intención de tratar de transportar su producto hacia los grandes mercados consumidores (EEUU, Europa, Asia, etc.). Las intervenciones y decomisos se realizaron, con mayor frecuencia, en los counter de las compañías aéreas internacionales, detectándose que viajan con mayor recurrencia hacia España, Brasil, Argentina, Holanda, Tailandia, Sudáfrica y otros[148].

En nuestro país, la mayor problemática de "correos de la droga" se da en los Aeropuertos internacionales, en especial el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez[149], en la "Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2017-2021" sobre esta modalidad se dice:

---

148 COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO Y VIDA SIN DROGAS, *Informe anual sobre drogas 2007*, Lima: FS, 2009, p. 46.

149 Sobre las acciones de inteligencia policial para la interdicción del tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de "correos de la droga", en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, Cfr. CARO MONDRAGÓN, Ronald Martín, *La implementación de estrategias de inteligencia antidrogas en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez del 2015*

> El tráfico ilícito de drogas usa esta modalidad para transportar droga desde aeropuertos internacionales del país hacia puntos de consumo final. Vgr. España, México, Brasil, Holanda, Bélgica, República Dominicana [...]. Entre el 2011 y 2016, mediante 1133 operativos, se intervino a 1,231 burrieres y se decomisó 4,477 kg de droga, casi en su totalidad, clorhidrato de cocaína[150].

En similares términos, AMERICAPOL, haciendo énfasis en el proceso de reclutamiento de los "correos de la droga", plantea:

> Los Correos Humanos y/o Mulas, es una modalidad que opera mediante redes compuestas por ciudadanos extranjeros y nacionales. El alcaloide es introducido al interior del país utilizando un proceso de reclutamiento de personas, tanto nacionales como extranjeras, solventando los costos que demanda el viaje, como trámites, pasajes y dinero, para finalmente recibirlos o contactarlos en los países de destino. En algunos de los casos estas redes criminales controlan los envíos en esta modalidad con personas vinculadas al delito, quienes viajan frecuentemente a través de estas conexiones[151].

---

al 2016, tesis para optar el grado de magíster en Ciencia Política y Gobierno con mención en Políticas Públicas y Gestión Pública, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, p. 119.

150 *Decreto Supremo N.° 061-2017-PCM*; "Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2017-2021", en *El Peruano*, 2017, p. 36.

151 AMERICAPOL-COMUNIDAD DE POLICÍAS DE AMÉRICA, *Análisis situacional del narcotráfico "una perspectiva policial". Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Panamá y Perú*, Bogotá: Americapol, p. 85. En este documento se explican las modalidades de ocultamiento de la droga: "Dentro de las formas de ocultación para el transporte de drogas mediante la utilización de los correos o mulas tenemos los siguientes: *Ingeridas*. El estupefaciente en forma de cápsulas cuya longitud no sobrepasa los 3 cm y su peso oscila entre los 7 y 10 gramos, es cubierto con material de látex (guantes quirúrgicos), y recubiertos por una capa de cera para facilitar su ingestión. En la mayoría de los casos, las personas infractoras de la ley según la contextura y morfología ingieren aproximadamente entre setenta y cien cápsulas. Esta forma de transporte de la sustancia puede resultar letal, pues, dependiendo de la permanencia de la sustancia dentro del organismo; después de un tiempo la acción de los jugos gástricos puede ocasionar la ruptura de estas cápsulas, causando sobredosis y posterior muerte de la persona. *Adherida*. Se presentan circunstancias en que la persona camufla la sustancia adhiriéndola a su cuerpo, en sus genitales, en sus extremidades o en cualquier lugar donde su morfología

Desde la perspectiva de los denominados "países consumidores" destinatarios de la droga elaboradas en los "países productores", Ambos *et al.*, explica que por "correo de drogas" se entiende:

> [A]la persona que lleva a cabo la actividad de transporte transfronterizo e ilegal de drogas. En esta definición, la característica de "transfronterizo" del transporte es imprescindible, pues solo así se puede utilizar la actividad de "introducción", que es especialmente relevante en los ordenamientos de ciertos Estados a los efectos de la tipicidad de la conducta[152].

En esa línea, también se utiliza el término 'mula de drogas' para conceptualizar este fenómeno; así, según Fleetwood se trata de:

> Una persona que transporta a través de fronteras internacionales drogas pagadas por otra persona. La persona puede ser remunerada o no [...] la cantidad de drogas que se transporta depende siempre de la decisión de quien paga, agrega en esta definición la referida autora que se trata de una 'mula' experimentada, [...] si las drogas se transportan dentro del propio cuerpo, sujetas a este o a la ropa, o bien en el equipaje[153].

---

lo permita, empleando para ello fajas y cintas adhesivas, ceñidas al cuerpo. *Camuflada en prendas de vestir*. Se camufla especialmente en las chaquetas, suela de zapatos, camisas, pantalones, parcialmente a estas formas se ha incrementado un nuevo sistema: impregnar la droga ilícita en diferentes prendas de vestir, después de un proceso de secamiento, que la deja en condiciones inodoras e incoloras, dificultando su detección. *Camuflaje en equipajes*. La modalidad más conocida es ocultar en el interior de los compartimientos de las maletas, en el doble fondo y en sus estructuras metálicas, mientras que en varios casos detectados se ha descubierto la droga camuflada en objetos de uso personal, artesanías, envases y otros". Americapol, *Análisis situacional del narcotráfico "una perspectiva policial"*, art. cit., pp. 85 y 86.

152 Ambos y Núñez, "Marco jurídico internacional en materia de drogas", art. cit., p. 169.

153 Fleetwood, Jennifer, "Penalties and practice in the international cocaine trade", en *British journal of criminology*, n.° 51, 2011, p. 375. Citada por Lai, Gloria, "Drogas, crimen y castigo, proporcionalidad de las penas por delitos de drogas", en *Serie reforma legislativa en materia de drogas*, n.° 20, 2012, p. 8.

Por su parte, el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (OEDT) comprende en esta denominación a la "persona que actúa como correo de drogas a quien se le paga, se le coacciona o se le engaña para transportar drogas a través de una frontera internacional, pero que carece de mayor interés comercial en las drogas en cuestión"[154]. Dejando esta última definición constancia de que se trata del último eslabón de la cadena de comercialización de las drogas a nivel internacional. Lai expresa al respecto que son:

> [P]ersonas empleadas por organizaciones delictivas para transportar pequeñas cantidades de estupefacientes a través de fronteras son habitualmente mujeres, pertenecen a estratos sociales extremadamente vulnerables y se ven forzadas a realizar esta actividad, muchas veces poniendo en grave riesgo su salud, a cambio de pagos irrisorios[155].

Caro Coria, citando un informe del INPE, refiere que en estos casos:

> [S]e utiliza a los consumidores como transportadores de la carga ilícita por las organizaciones criminales, comúnmente denominados "burriers" cuando estos son ciudadanos extranjeros, y se han tornado como los principales candidatos para su ilícito negocio. Por lo que el tratamiento penitenciario, deberá diseñar otros mecanismos de apoyo, al ser un delito que tiene un origen de connotación económica"[156]. Atendiendo a esta realidad criminológica, en el derecho comparada se constatan esfuerzos por aplicar penas privativas de libertad de corta duración para los supuestos de "correos de la droga"[157].

---

154 Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, *A definition of "drug mules" for use in a european context*, Lisboa: EMCDDA, 2012, p. 3

155 Lai, "Drogas, crimen y castigo, proporcionalidad de las penas por delitos de drogas", art. cit., p. 8

156 Caro Coria, Carlos, "Análisis crítico de políticas criminales existentes en materia de drogas ilícitas en el Perú", en *Drogas ilícitas y narcotráfico. Nuevos desarrollos en América Latina*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2017, p. 194.

157 Cfr. Lai, "Drogas, crimen y castigo, proporcionalidad de las penas por delitos de drogas", art. cit., pp. 1-16.

En la jurisprudencia nacional los casos de "correos de droga" han sido tratados como actos de transporte una modalidad de los actos de tráfico regulados en el primer párrafo del art. 296 del CP. Así, por ejemplo, la sentencia de fecha 19 de julio del 2016, recaída en el Recurso de Nulidad N.° 3223-2014-Callao, la Sala Penal Transitoria, haciendo referencia un supuesto de *correo de drogas,* precisa los siguientes hechos:

> El día veintitrés de diciembre del dos mil doce, como a las siete horas, personal de la Dirandro del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, con la intervencion de un fiscal, intervino a la encausada Rosa Nilda Castillo Espinoza —condenada conformada— cuando pasaba por el arco de seguridad de salidas internacionales –se dirigía a México–, pues transportaba droga en la modalidad de "momia". En la revisión personal se estableció tenía adherida en diferentes paquetes del cuerpo once paquetes con un peso neto de cuatro kilos novecientos setenta y tres gramos netos de clorhidrato de cocaína.

El mismo supuesto de correo de la droga se advierte en la sentencia expedida en el Recurso de Nulidad N.° 2870-2014 Callao, de 12 de julio del 2016, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, los hechos se refieren a que el 21 de febrero del 2008, personal policial, con presencia del Fiscal, intervino a Salvatore Pietro Di Sauro Flores, cuando trataba de viajar a la ciudad de Madrid-España, siendo que al efectuarse su equipaje se encontraron en la estructura de la maleta, 3 paquetes conteniendo 2 kilos con 546 gramos de Clorhidrato de cocaína, conducta que fue tipificada en el primer párrafo del art. 296 del CP. Así también, en el Recurso de Nulidad N.° 2122-2014-Callao, de fecha 8 de setiembre del 2015, de la Sala Penal Transitoria, hace referencia a la intervencion del ciudadano mexicano Alejandro Pacheco Zambrano, el 29 de setiembre del 2010, en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, a quien al efectuarse el registro de su equipaje se encontró dos paquetes rectangulares que contenían 14 948 kilogramos de clorhidrato de cocaína. Lo que fue tipificado en el primer párrafo del art. 296, en concordancia con el art. 297.7

En la sentencia del Recurso de Nulidad N.° 922-2014 Callao, de fecha 16 de marzo del 2015, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, hace referencia a la intervencion y detención el 15 de setiembre del 2011, del ciudadano español López Alegre, cuando pretendía transportar droga al extranjero, siendo intervenido en el counter de la aerolínea LAN, porque uno de sus equipajes fue observado y, al realizarse el registro, se encontró entre sus prendas de vestir, 8 sobres de productos comestibles que contenían 5 kilos 671 gramos de clorhidrato de cocaína, conducta tipificada en el primer párrafo del art. 296 del CP. La modalidad de ingesta fue la utilizada en los hechos juzgados en el Recurso de Nulidad N.° 2214-2015-Lima, de fecha 13 de setiembre del 2016, de la Sala Penal Permanente, aquí se explica que el 12 de junio del 2005, el acusado Michael Yllesca Calderón ingreso al servicio de emergencia del Hospital Dos de Mayo-Cercado de Lima, al haber ingerido vía oral una cápsula conteniendo 5.8 gramos de clorhidrato de cocaína, se explica que la pretensión del acusado era viajar a Argentina, pero no pudo seguir ingiriendo las cápsulas acondicionadas con droga, lo que fue tipificado en el primer párrafo del art. 296 de la norma penal.

En todos los casos reseñados sobre correos de la droga, queda claro que se trata de actos de transporte, donde el destino predeterminado por la organización delictiva (que el correo de la droga contribuye factualmente poseyendo la droga para transportarla) es la introducción de la misma en el mercado internacional (o eventualmente nacional), descartándose de plano cualquier intención de comercialización directa de la misma al consumidor final que se requiere en el segundo párrafo del 296, siendo subsumidos estos hechos de manera uniforme en el primer párrafo del art. 296 del CP, transporte de drogas entendido como actos de tráfico[158].

158 Para Naval Linares, el tráfico "se refiere a todo acto de comercio, de negociación o transferencia de bienes —delictivos, en este caso—, y comprende las actividades que le son inherentes, entre ellas las de distribución y de transporte, que en este último supuesto ha de entenderse como el acto de desplazamiento de dichas sustancias de un lugar a otro, con independencia de la distancia, el medio utilizado y la forma de posesión". Naval Linares, "El tráfico ilícito de drogas en

Finalmente cabe anotar que, según el Informe Estadística del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), a enero del 2017:

> El 2 % de la población penitenciaria está conformada por internos de distintas nacionalidades. Se encuentran recluidos 1793 internos extranjeros, divididos en 1519 varones y 274 mujeres. La mayoría de estos internos (85 % aproximadamente) están detenidos por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas y, en general, se ubican dentro del tipo básico de transporte del ilícito cargamento que proviene de organizaciones criminales internacionales[159].

Esto es, que la gran mayoría de extranjeros que purgan condena en el Perú o se encuentran con prisión preventiva es por su participación como "correos de la droga".

En suma, el "correo de la droga" es aquel sujeto que, al desplazarse por vía aérea o terrestre, cruzando fronteras o no, transporta droga en sus bienes personales, en paquetes adheridos al cuerpo, o en cápsulas ingeridas al interior de su cuerpo; usualmente a cambio de una contraprestación económica. Se constata en ese marco, que en muy pocos casos el "correo de la droga" actúa de forma individual en los actos de transporte de droga, sino que es un eslabón de organizaciones criminales que abarcan todo el ciclo de la droga, su conducta cumple un rol (actos de transporte), contribuye y se adscribe al plan criminal de esta organización; en ese marco, descrita así la participación criminal del "correo de la droga" su accionar se asimila a un supuesto de coautoría.

5.2.2. Supuesto de coautor con dominio limitado de los hechos: análisis del Acuerdo Plenario N.° 3-2008/cj-116

En principio, la contribución al hecho criminal del "correo de la droga", realizando actos de transporte de droga, se adscribe a un supuesto de

---

los acuerdos plenarios de la Corte Suprema de Justicia de la República", art. cit., p. 341.

159 Instituto Nacional Penitenciario, *Informe estadístico penitenciario 2017*, Lima: INPE, 2017, p. 48.

coautoría, (concurrencia de los elementos subjetivo: el acuerdo común en la configuración y adscripción del plan criminal; y objetivo: el rol y aporte esencial de cada uno de los intervinientes en la fase ejecutiva del delito) que conforme al Acuerdo Plenario N.° 3-2005/CJ-116, podría ser subsumido en la figura agravada "comisión del delito en pluralidad de personas" del art. 297.6 del CP, siempre que en el hecho de tráfico de drogas concurra tres o más personas y el "correo de la droga" tenga conocimiento de la intervencion de esa cantidad de personas. Y en este sentido se justifica la punición del "correo de la droga", pues:

> El presupuesto para determinar la punición de los "correos de droga" es el conocimiento que tienen de estar transportando droga o precursores —objeto material del delito— y que su conducta contribuye a difundir el consumo ilegal de drogas toxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas: conciencia de ilicitud del transporte de tales bienes delictivos. Su conducta ha de ser dolosa —que incluye el conocimiento que dichas sustancias se distribuirán a terceros—, pues de lo contrario incurrirían en un error de tipo[160].

Para Naval Linares:

> El conocimiento es un elemento esencial que debe estar presente y ser ponderado por el órgano jurisdiccional. Si quien participa en el hecho, como parte de un plan determinado, no conoce que en el mismo intervienen —o necesariamente intervendrán— por lo menos tres personas, incluida él, no será posible ser castigado por dicha agravante[161].

Sin embargo, este criterio interpretativo resulta muy amplio, ya que la concurrencia de tres personas bajo los supuestos del referido Acuerdo Plenario N.° 3-2005/CJ-116 no justifican la agravación de la pena atendiendo al principio de proporcionalidad. En esa línea, Caro Coria, plantea lo siguiente:

---

160 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario 3-2008/CJ-116*, f. j. n.° 8.

161 Naval Linares, "El tráfico ilícito de drogas en los acuerdos plenarios de la Corte Suprema de Justicia de la República", art. cit., p. 339.

> Con respecto a la circunstancia agravante del tráfico ilícito de drogas "cuando el hecho es cometido por tres o más personas", es necesario destacar que, como regla, este agravante no se aplica a los "correos de drogas" o "burriers", en la medida que el mero concurso de tres o más personas en el acto de transporte de drogas toxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, no es suficiente para su configuración[162].

Es por ello que se emite Acuerdo Plenario N.° 3-2008/CJ-116 con el objeto de profundizar en la interpretación del art. 297.6 del CP, refiriéndose específicamente a los casos de "correos de la droga" o "burriers", analizando si en estos supuestos se debe aplicar el agravante de la comisión del delito con el concurso de tres o más personas. De esta manera, el Acuerdo Plenario N.° 3-2008/CJ-116 inicia este análisis reiterando que el "correo de la droga" debe tener conocimiento de la participación de por lo menos tres personas en los diferentes roles y contribuciones al hecho delictivo.

Se requiere, entonces, que el agente pueda advertir la concurrencia en el hecho —en sus diversas facetas e indistintamente— de tres o más personas, de una red de individuos (a modo de ejemplo, y por lo común: quienes lo captan, luego le entregan la droga o precursores, a continuación, lo ayudan a esconderla o le prestan asistencia, y, finalmente, la reciben en el lugar acordado). Debe acreditarse, por tanto, un concierto punible de tres o más individuos, entre los que debe encontrarse el agente en cuestión. Basta, en este caso, una simple consorciabilidad para el delito, una ocasional reunión para la comisión delictiva[163].

En esa medida, el Acuerdo Plenario N.° 3-2008/CJ-116, luego de precisar que se debe entender por tráfico como todo acto de comercio, de negociación o de transferencia de bienes —delictivos en este caso—, y comprende las diversas actividades que le son inherentes, entre ellas

---

162 Caro Coria, "Análisis crítico de políticas criminales existentes en materia de drogas ilícitas en el Perú", art. cit., p. 182.

163 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario 3-2008/CJ-116*, f. j. n.° 8.

las de distribución y de transporte, y sostener que el acto de transporte supone el desplazamiento de dichas sustancias de un lugar a otro, con independencia de la distancia, el medio utilizado y la forma de posesión; plantea lo siguiente:

> El "correo de drogas" [...] solo interviene en el transporte, y es ajeno al núcleo de personas, integradas o no a una organización criminal, que lo captaron e hicieron posible el propio acto de transporte. Su labor se circunscribe a trasladar, instrumentalmente, los bienes delictivos, sin interesar por cuenta de quien se realiza el transporte[164].

Esta distinción entre la contribución y dominio del hecho del "correo de drogas" con el núcleo de personas que lo captaron e hicieron posible el propio acto de transporte se justifica plenamente, ya que, como sostiene Peña-Cabrera:

> [D]ebemos distinguir con corrección aquellos que de forma habitual transportan los estupefacientes prohibidos de un lugar a otros quienes son los que se exponen en mayor medida a ser descubiertos por la policía, de quienes dirigen, controlan y organizan todas las actividades a tomar lugar en el seno de la organización. Sobre estos últimos debe recaer la mayor severidad del resorte punitivo, conforme los fines preventivo-generales de la pena; en cambio, la actuación delictiva de los llamados "correos de la droga", debe ser ajustada a los marcos penales previstos en el inc. 1) del art. 296 del CP; en consonancia con los fines preventivo-especiales de la pena[165].

Con lo cual, si bien el "correo de drogas" es un coautor del delito tipificado en el primer párrafo del art. 296 del CP, pues los intervinientes dentro de un plan criminal bajo un codominio de los hechos han preparado y ejecutado los actos de transporte de drogas de bienes delictivos, y, el correo de drogas contribuye con su conducta en la fase ejecutiva del delito adscribiéndose al plan criminal; su accionar se en-

164 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario 3-2008/CJ-116*, f. j. n.° 9.

165 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 108.

cuentra alejado del núcleo de personas que hicieron posible el acto de transporte, y, al participar únicamente en la última fase de transporte de esos bienes por encargo de un tercero a cambio de una retribución económico, tiene un menor dominio los hechos. El "correo de droga" es un sujeto que ha sido captado por uno o varios del núcleo de coautores que hacen posible los actos de tráfico de drogas. El Acuerdo Plenario N.° 3-2008/CJ-116 lo plantea en estos términos:

> [E] el delito es una obra conjunta, realizada dentro de un plan común, de todos los que han participado en la preparación y en la ejecución del acto de transporte de bienes delictivos, conducta en la que obviamente está incurso el "correo de drogas". Este último es, por tanto, autor, más allá si, visto globalmente, existe de su parte un menor dominio cuantitativo en el hecho global. La conducta de tener la droga en su poder, con la finalidad de transportarla a otro lugar por encargo de un tercero o terceros, no puede ser calificada sino como autoría[166].

En ese marco, los jueces penales de la Corte Suprema entienden que, debido a la configuración del tipo penal de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas toxicas a través de actos de fabricación o tráfico, donde todos los aportes son considerados como autoría, descartándose la figura del facilitar del facilitador, el "correo de drogas", si bien posee un menor dominio del hecho global, su conducta jurídicamente se subsume como coautor en el primer párrafo del art. 296 del CP.

Este menor dominio del hecho por parte del "correo de drogas" debe ser tomando en cuenta al momento de calificar su conducta en la circunstancia agravada de pluralidad de personas en la comisión del delito, ya que, en virtud de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, no basta la simple concurrencia de tres o más personas en la comisión del delito del primer párrafo del 296, si fuese así todos los supuestos de concurrencia de tres o más personas encajarían en la

166 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario 3-2008/CJ-116*, f. j. n.° 9.

circunstancia agravante del art. 297.6 del CP y quedarían sin contenido los supuestos de codelincuencia. En suma, si el "correo de drogas" realiza únicamente actos de transporte de drogas ocasional, por encargo de un tercero y a cambio de una retribución económica, será considerado coautor del delito comprendido en el primer párrafo del 296, pero no en la circunstancia agravante del 297.6. Naval Linares también justifica que los "correos de droga" no sean considerados en la circunstancia agravante de pluralidad de personas en la comisión del delito, ya que:

> [E]l hecho de ser el "burrier" uno de los sujetos activos no importa en la mayoría de los casos que conocía de las actividades de la organización delictiva, no mucho menos que haya formado parte en las decisiones de la misma. Asimismo, el propio modus operandi demuestra que los "burriers", en la mayoría de los casos, participan únicamente en el acto de traslado de la droga o sustancias, mas no en las demás etapas del delito; con lo cual no se verifica agravación alguna de la conducta delictiva configurada[167].

Para ser considerado dentro de la circunstancia agravante de la comisión del delito por tres o más personas, se requiere un nexo más intenso y efectivo del agente con los demás coautores en el acto de transporte y de tráfico, en general. El accionar del "correo de drogas" debe exceder los meros actos de transporte:

> [E]l sujeto activo no solo ha de realizar exclusivas labores de transporte ocasional del bien delictivo y a título individual (si en el acto de transporte, concertadamente intervienen tres o más personas, la conducta en cuestión será subsumida en el sub tipo legal agravado en cuestión) —ese el rol típico del "correo de drogas"—, sino que su intervencion en el hecho total debe expresar y concretar un vínculo más intenso y reforzado con los titulares de las drogas toxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, o con quienes están

167 Naval Linares, "El tráfico ilícito de drogas en los acuerdos plenarios de la Corte Suprema de Justicia de la República", art. cit., p. 344.

> involucrados con cierta relevancia en todo el circuito de distribución de los mismos[168].

De esta manera, los jueces penales de la Corte Suprema explican que la agravante se activa cuando el "correo de drogas" participan en otras fases de los actos de tráfico de drogas que ponen de manifiesto su mayor adscripción al plan criminal y contacto, un nexo más intenso con a los otros coautores que pertenecen al núcleo de personas —integrantes o no de la organización criminal— que hicieron posible los actos de transporte de drogas. Realizando acciones concretan que hagan inferir esta mayor adscripción al núcleo de coautores y al plan criminal; así lo plantea el Acuerdo Plenario 3-2008/CJ-116:

> El sujeto activo ha de estar involucrado o haber participado en otras fases o actividades distintas de las propias o específicas del acto singular de transporte, tales como (1) la obtención, en cualesquiera de sus variables y de manos de terceros, de los citados bienes delictivos, o (2) la determinación o ubicación autónoma de los que recibirían tales bienes; asimismo, en la realización de otras fases, esta vez no anteriores o inmediatamente posteriores al transporte, pero concomitantes, en tanto sean funcionales y de aportación no reemplazables al transporte: (3) actos de intermediación, (4) actos de guarda previa o almacenaje, (5) actos de aportación de personas o bienes instrumentales, entre muchas conductas de similar entidad valorativa. El agente, en consecuencia, ha de haber realizado aquellas conductas que, además del mero acto de traslado de drogas toxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o precursores, significan un nexo más intenso, aun cuando ocasional, con los individuos que condicionan y están alrededor de la concreción o materialización del transporte, de suerte que permita concluir que su rol no es meramente periférico o marginal sino, al menos, de cierta entidad, en la finalidad y efectividad del transporte. En ese caso el agente ya no sería un mero "correo de drogas" sino un coautor incurso en el sub tipo agravado del inciso 6) art. 297 del CP, y como tal deberá ser sancionado[169].

168 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 3-2008/CJ-116*, f. j. n.° 10.

169 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 3-2008/CJ-116*, F. j. n.°10.

Finalmente, el Acuerdo Plenario N.° 3-2008/CJ-116 precisa que en el supuesto en que tres o más "correos de droga" o "burriers" se pongan de acuerdo para el transporte de la droga, aunque sus conductas solo hayan consistido en actos de transporte, sus contribuciones al hecho criminal, serán calificadas dentro de la circunstancia agravante del art. 297.6 del CP, "cuando el hecho es cometido por tres o más personas"[170]. En esos supuestos, el "correo de drogas" ya no sería un simple transportador de la droga, con un escaso dominio del hecho global, sino un miembro activo del núcleo de coautores que hicieron posible los actos de transporte de drogas y que se adscriben a la totalidad del plan criminal, sujetos que actúan como financistas, acopiadores, captadores o coordinadores de los actos de transporte de drogas, con el objeto de exportar y comercializar la sustancia ilícita a nivel internacional. Lo que justifica plenamente la aplicación de la circunstancia agravante bajo análisis; así lo entiende Naval Linares:

> El sujeto activo ya no sería un mero transportador, con vínculos tenues con los miembros de un grupo delictivo u organización criminal; sino que pertenecería a este conglomerado, se dedicaría a esta actividad y participaría verdaderamente en las etapas de ejecución del plan delictivo; generando de esta manera una mayor alarma social[171].

5.3. Diferenciación con la circunstancia agravante de "comisión del hecho como integrante de una organización criminal"

Como se ha precisado precedentemente, la circunstancia agravante por la comisión del delito con pluralidad de agentes se refiere a casos de coautoría, esto es, un concierto criminal en el que el proceder delictivo conjunto es circunstancial y no permanente, se trata, en suma, de un supuesto de coautoría donde concurren por lo menos tres coautores, además, quien participa en el hecho, como parte de un plan determinado,

170 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 3-2008/CJ-116*, f. j. n.° 11.

171 Naval Linares, "El tráfico ilícito de drogas en los acuerdos plenarios de la Corte Suprema de Justicia de la República", art. cit., p. 345.

debe conocer de la participación de cuando menos otras dos personas, incluyendo la suya. Quedando excluidos de esta agravante los "correos de droga" que, si bien son coautores, cuentan con un menor dominio del hecho global y menor adscripción al núcleo de personas, integradas o no a una organización criminal, que lo captaron e hicieron posible el propio acto de transporte. Su labor se circunscribe a trasladar, instrumentalmente, los bienes delictivos, sin interesar por cuenta de quien se realiza el transporte.

En suma, la figura agravada por la comisión del delito con pluralidad de agentes es un supuesto de codelincuencia circunstancial y no permanente. Si bien los Acuerdos Plenarios N.os 3-2005/CJ-116 y 3-2008/CJ-116, no establecen criterios para diferenciar las dos figuras agravantes contenidas en el art. 297.6 del CP, es posible recurrir a lo reseñado en el Acuerdo Plenario N.° 8-2007/CJ-116, sobre el delito de robo agravado, que la agravante por comisión del delito como integrante de organización criminal supone la existencia de una pluralidad de agentes que perpetran el delito como parte de una estructura criminal y cumpliendo los designios de la organización:

> [E]n la organización criminal la pluralidad de agentes es un componente básico de su existencia, mas no de su actuación. Es decir, esta clase de agravante exige mínimamente que el agente individual o colectivo del robo sea siempre parte de una estructura criminal y actúa bajo los designios de esta[172].

El dato característico de estas estructuras criminales es la permanencia o estabilidad de la actuación plural de los agentes, como se precisa en el Acuerdo Plenario N.º 4-2006/CJ-116. Se señala lo siguiente:

> Así queda claro que el indicado tipo legal sanciona el solo hecho de formar parte de la agrupación –a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de (a) relativa organización, (b)

172 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 8-2007/CJ-116*, f. j. n.° 7.

> permanencia o estabilidad y (c) número mínimo de personas— sin que se materialice sus planes delictivos. En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo[173].

En ese marco, se concluyó que "no se está ante un supuesto de codelincuencia en la comisión de los delitos posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar"174.

Zúñiga Rodríguez plantea lo siguiente:

> El elemento fundamental de lo que denominamos criminalidad organizada es la existencia de una organización criminal. Esto es, no se trata de la suma de dos o más personas, sino de "una ordenación formal de actividades consecutivas y ordenadas encaminadas a la realización de objetivos específicos y comunes"; es lo que los sociólogos denominan sistema social. Lo esencial en una organización (sea legal o ilegal), es la designación de los objetivos o fines comunes, pues es lo que le da racionalidad, en tanto que dichos objetivos son los que determinan todas sus características: estructura, fines intermedios, división del trabajo, las relaciones entre los miembros, el sistema de toma de decisiones, las relaciones con el mundo exterior y los códigos de conducta. Lo protagónico en la organización criminal es que los objetivos finales/o mediatos son la realización de delitos, siempre con un fin último: el ánimo de lucro[175].

173 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 4-2006/CJ-116*, f. j. n.° 12.

174 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 4-2006/CJ-116*, f. j. n.° 13.

175 Zúñiga Rodríguez, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada: Comares, 2009, p. 128.

En tal sentido, la Sala Penal Nacional en el caso "Caracol" ha definido los elementos constitutivos de la organización criminal en los siguientes términos:

> Los criterios para determinar la existencia de una organización criminal, con la concurrencia de los siguientes componentes: i) personal: una agrupación de tres o más personas; ii) de gestión: que se reparten diversas tareas o funciones; iii) estructural: cualquiera sea su estructura; iv) espacial: cualquier ámbito de acción: v) temporal: con carácter estable o por tiempo indefinido; vi) modal: de manera concertada y coordinada; vii) teleológica: con la finalidad de cometer uno o más delitos graves[176].

En este caso, la Sala Penal Nacional ha establecido que los elementos "estructural" y "modal" son determinantes para la existencia de una organización criminal; de esta manera cuando la entidad no presenta estos elementos se debe calificar la concertación de personas como un supuesto de pluralidad de personas, un supuesto común de codelincuencia. Así se precisa en la referida sentencia:

> Respecto al *elemento estructural* que: la organización necesita para su configuración de una estructura, esto es, unos medios técnicos materiales y personales, destinados al fin general de la organización, [...] pues no es una unión ocasional de personas, sino una agrupación que une sus esfuerzos para lograr un fin programático común [...], es decir, inexorablemente debe apreciarse armonía entre las actuaciones de cada uno de ellos, [...]. Respecto al *elemento modal*, tenemos que consiste en el conjunto de procedimientos estratégicos practicados de manera concertada y coordinada por los integrantes de la organización criminal, con la finalidad de facilitar la consumación delictiva. Ambos elementos —estructural y modal— confluyen principalmente para caracterizar a una organización criminal, distinguiéndola de los actos comunes de codelincuencia[177].

176 Sala Penal Nacional, *Sentencia N.° 03-2017-2SPAN-SPN*, 19 de julio del 2017; *Exp. N.° 00260-2014-15-5001-JR-PE-01.*

177 Sala Penal Nacional, *Sentencia N.° 03-2017-2SPAN-SPN*, 19 de julio del 2017; *Exp. N.° 00260-2014-15-5001-JR-PE-01.*

En suma, en los supuestos en que no se logre acreditar la existencia de una organización criminal en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, pero los hechos se perpetraron con pluralidad de agentes (tres o más personas), subsidiariamente se configura no la agravante de comisión del delito como integrante de organización criminal, sino la agravante por la pluralidad de agentes.

García Cavero, resalta la característica de permanencia de la organización criminal en tal sentido anota lo siguiente:

> [S]e produce una permanencia del grupo, de manera tal que la actividad criminal agrupada no termina en la comisión de un delito, sino que se prolonga a lo largo del tiempo. Esta permanencia hay que entenderla en cuento a la agrupación, puesto que puede ser que al interior de esta cambien las personas individuales pero el grupo se mantenga operativo[178].

En consecuencia, la diferencia sustancial entre las figuras agravadas contenidas en el art. 297.6 del CP radica en que, si bien en ambos supuestos es necesaria la concurrencia de una pluralidad de agentes en la comisión del delito, tres o más; la existencia de una organización criminal, como agrupación permanente y estructurada de personas en la comisión de esta clase de delitos es determinante para la configuración de la agravante de la comisión del delito como integrante de una organización criminal. De lo contrario, se calificará la concertación plural de personas como un supuesto común de codelincuencia, circunstancial y no permanente, configurándose subsidiariamente el supuesto fáctico de la agravante de pluralidad de agentes en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas.

5.4. Conclusiones del apartado

— El inciso 6) del art. 297 del CP comprende alternativamente dos circunstancias agravantes referidas a la comisión del delito del tráfico ilícito de drogas toxicas, estupefacientes o

178 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 393.

sustancias psicotrópicas: la primera, cuando el hecho es cometido por tres o más personas; y, la segunda, cuando el hecho es cometido por el agente en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o a la comercialización de insumos para su elaboración. En el caso de las circunstancias agravantes del art. 297.6 del CP, no se tratan de tipos autónomos, sino que suponen un incremento del desvalor de la conducta que es reconocido por el legislador asignándole una elevación de pena al sujeto.

— La circunstancia agravante por la comisión del delito con pluralidad de agentes del art. 297.6 del CP, se refiere a casos de coautoría, donde concurren por lo menos tres coautores, un concierto criminal en el que el proceder delictivo conjunto es circunstancial y no permanente. Para delimitar los supuestos de aplicación de esta circunstancia agravante, el Acuerdo Plenario N.° 3-2005/CJ-116 precisa que no basta la simple concurrencia de tres o más personas, para su configuración debe existir una decisión conjunta o común del hecho que involucre a cuando a esa cantidad de personas, además, quien participa en el hecho, como parte de un plan determinado, debe conocer de la participación de cuando menos otras dos personas, incluyendo la suya.

— La coautoría es una figura jurídico penal que supone la realización conjunta de un delito por varias personas que intervienen en el conscientemente. La ejecución de un plan común, aceptado por todos, importa que las distintas contribuciones deban como un todo y el resultado total atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervencion. El *pactum scaeleris* no necesariamente ha de ser formal, incluso puede ser tácito, basta que se desprenda su existencia de la misma naturaleza y dinámica de los hechos que se incriminan colectivamente. Dado los elementos subjetivos —dolo compartido o decisión conjunta— y objetivo —aportación causal delictiva—, es irrelevante la variedad y diversa entidad de los papeles

asignados a los distintos coautores en el desarrollo del proyecto delictivo asumido, ya que cada uno de ellos no tiene por qué realizar la totalidad de la conducta típica, el hecho delictivo les pertenece en igual medida-vínculo de solidaridad penal.

— El "correo de la droga" es aquel sujeto que, al desplazarse por vía aérea o terrestre, cruzando fronteras o no, transporta droga en sus bienes personales, en paquetes adheridos al cuerpo, o en cápsulas ingeridas al interior de su cuerpo; usualmente a cambio de una contraprestación económica. Se constata en ese marco, que en muy pocos casos el "correo de la droga" actúa de forma individual en los actos de transporte de droga, sino que es un eslabón de organizaciones criminales que abarcan todo el ciclo de la droga, su conducta cumple un rol (actos de transporte), contribuye y se adscribe al plan criminal de esta organización; en ese marco, descrita así la participación criminal del "correo de la droga" su accionar se asimila a un supuesto de coautoría.

— En el Acuerdo Plenario N.° 3-2008/CJ-116, que analiza si la intervencion delictiva del "correo de la droga" en los actos de transporte califica para configurar la agravante del art. 297.6 del CP, se hace referencia a la realización del delito como obra conjunta, dentro de un plan criminal común, donde el correo de la droga, al poseer la droga para transportarla es un coautor que ejecuta los actos necesarios de tráfico de drogas, pero que no conoce ni se adscribe a la totalidad del plan criminal, tampoco conoce a cada uno de los intervinientes. Ya que el "correo de drogas" solo interviene en el transporte, y es ajeno al núcleo de personas, integradas o no a una organización criminal, que lo captaron e hicieron posible el propio acto de transporte. Su labor se circunscribe a trasladar, instrumentalmente, los bienes delictivos, sin interesar por cuenta de quien se realiza el transporte.

— Este menor dominio del hecho por parte del "correo de drogas" debe ser tomando en cuenta al momento de calificar su

conducta en la circunstancia agravada de pluralidad de personas en la comisión del delito, ya que, en virtud de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, no basta la simple concurrencia de tres o más personas en la comisión del delito del primer párrafo del 296, si fuese así todos los supuestos de concurrencia de tres o más personas encajarían en la circunstancia agravante del art. 297.6 del CP y quedarían sin contenido los supuestos de codelincuencia. En suma, si el "correo de drogas" realiza únicamente actos de transporte de drogas ocasional, por encargo de un tercero y a cambio de una retribución económica, será considerado coautor del delito comprendido en el párr. 1 del 296, pero no en la circunstancia agravante del art. 297.6.

— Para que el "correo de drogas" sea considerado dentro de la circunstancia agravante de la comisión del delito por tres o más personas, se requiere un nexo más intenso y efectivo del agente con los demás coautores en el acto de transporte y de tráfico, en general. El accionar del "correo de drogas" debe exceder los meros actos de transporte, de esta manera, los jueces penales de la Corte Suprema explican que la agravante se activa cuando el "correo de drogas" participan en otras fases de los actos de tráfico de drogas que ponen de manifiesto su mayor adscripción al plan criminal y contacto, un nexo más intenso con a los otros coautores que pertenecen al núcleo de personas —integrantes o no de la organización criminal— que hicieron posible los actos de transporte de drogas. Realizando acciones concretan que hagan inferir esta mayor adscripción al núcleo de coautores y al plan criminal.

— El Acuerdo Plenario N.° 3-2008/CJ-116 precisa que en el supuesto en que tres o más "correos de droga" o "burriers" se pongan de acuerdo para el transporte de la droga, aunque sus conductas solo hayan consistido en actos de transporte, sus contribuciones al hecho criminal, serán calificadas dentro de la circunstancia agravante del inciso 6 del art. 297 del

CP, "cuando el hecho es cometido por tres o más personas". En esos supuestos el "correo de drogas" ya no sería un simple transportador de la droga, con un escaso dominio del hecho global, sino un miembro activo del núcleo de coautores que hicieron posible los actos de transporte de drogas y que se adscriben a la totalidad del plan criminal, sujetos que actúan como financistas, acopiadores, captadores o coordinadores de los actos de transporte de drogas, con el objeto de exportar y comercializar la sustancia ilícita a nivel internacional.

— La diferencia sustancial entre las figuras agravadas contenidas en el art. 297.6 del CP radica en que, si bien en ambos supuestos es necesaria la concurrencia de una pluralidad de agentes en la comisión del delito de TID, tres o más; la existencia de una organización criminal, como agrupación permanente y estructurada de personas en la comisión de esta clase de delitos es determinante para la configuración de la agravante de la comisión del delito como integrante de una organización criminal. De lo contrario, se calificará la concertación plural de personas como un supuesto común de codelincuencia, circunstancial y no permanente, configurándose subsidiariamente la agravante de pluralidad de agentes en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas.

6. Agravante por integrar una organización criminal

El tráfico ilícito de drogas es una de las perversas caras con la que se muestra el crimen organizado; su estructura se basa en distintos niveles y jerarquías que va desde los jefes y financistas hasta los eslabones más bajos de la cadena, los encargados de transportar y distribuir la droga. Una de las características más notables del tráfico es la superación de las fronteras nacionales por parte de sus personeros y el aprovechamiento de la economía globalizada, no solo para distribuir la droga, sino para el lavado de ingentes activos procedentes de esta abyecta actividad. Caracteriza al tráfico ilícito de drogas la actividad delictiva transnacional, por cuanto existen países productores de droga y países de tránsito y

centro de distribución y consumo, debiéndose poner de relieve que esta división no resulta tajante, ya que, a su vez, en cada uno de estos países, ese circuito puede quedar completado[179].

En la actualidad, el ciclo de la cadena productiva de las drogas ilícitas se encuentra dominado por redes transnacionales de organizaciones criminales que actúan coordinadamente, para elaborar la droga desde los países productores hasta la puesta a disposición de la misma a los "usuarios" finales en los países consumidores, claro que, como se ha dicho, esta distinción no es absoluta, en un solo país puede darse todo este proceso, pero se advierte la tendencia de que los países ricos absorben la mayor demanda de drogas ilegales. En esa línea, es de observar que, el "proceso o ciclo de la droga", ya no está dominado por una única organización criminal fuerte "cartel", sino por múltiples organizaciones nacionales, regionales y transnacionales, que actúan de forma coordinada, existe así una suerte de división internacional del trabajo, con países productores de droga y países de tránsito y centro de distribución y consumo donde las redes criminales interactúan encargándose de uno o algunos de esos ciclos productivos de drogas ilegales.

Bajo esa perspectiva, según la realidad criminológica somos un país productor de drogas. En países como el nuestro, el ciclo de la droga comprende desde los actos de siembra y cultivo de hoja de coca (incluso desde el acopio de los precursores químicos), pasando por la elaboración de drogas cocaínicas hasta la disposición final de las mismas al consumidor individual potencial en los países desarrollados. De ahí que la mayor cantidad de droga producida en el Perú es destinada principalmente al consumo externo, por lo que las modalidades delictivas relacionadas a este segmento del fenómeno del tráfico ilícito de drogas se vinculan con actos legales o ilegales del comercio exterior; donde solo una pequeña cantidad de estas sustancias se orientan al mercado local. Para abarcar todas estas etapas del ciclo de la droga, es evidente el accionar de organizaciones criminales que manejan todos o alguno

179 Cfr. Cornejo, Abel, *Estupefacientes,* ob. cit., p. 129.

de estos eslabones de la cadena y buscan en última instancia exportar la droga hacia los mercados europeos, norteamericanos y asiáticos. Y más recientemente al mercado brasileño.

La figura agravada de comisión del delito en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas contenida en el art. 297.6 del CP busca responder a esta realidad, agravando el tipo básico cuando interviene en su comisión una estructura criminal que la facilita. De ahí que el fundamento político-criminal de la agravación reside en la mayor capacidad de agresión al bien jurídico protegido, dimanante de la posibilidad de supervivencia del propósito delictivo que supone una organización, así como de la dificultad de su persecución y descubrimiento por los órganos de represión.

El art. 297.6 del CP comprende alternativamente dos circunstancias agravantes referidas a la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas toxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas: la primera, cuando el hecho es cometido por tres o más personas; y, la segunda, cuando el hecho es cometido por el agente en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o a la comercialización de insumos para su elaboración. En el caso de las circunstancias agravantes del art. 297.6 del CP, no se tratan de tipos autónomos, sino que suponen un incremento del desvalor de la conducta que es reconocido por el legislador asignándole una elevación de pena al sujeto.

En lo que respecta a la primera circunstancia agravante contenida en el art. 297.6 del CP, sobre la comisión del delito con pluralidad de agente, se puede concluir que se refiere a supuestos de realización conjunta del delito en coautoría, donde concurren por lo menos tres coautores, un concierto criminal en el que el proceder delictivo conjunto es circunstancial y no permanente. Mientras que la segunda circunstancia agravante contemplada en el art. 297.6 del CP comisión del delito "en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas", se configura cuando el hecho ilícito es cometido por un agente que actúa como integrante de una organización criminal, entidad que tiene una vocación de permanencia, y tiene a su disposición

de medios materiales y personales que facilitan la consecución de sus planes criminales.

El presente apartado tiene por objeto analizar a la luz de la doctrina y la jurisprudencia las condiciones de configuración de la circunstancia agravante específica "comisión del delito en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas". De esta manera, analizando los requisitos normativos para que se configure esta circunstancia agravante deben acreditarse dos aspectos básicos: la existencia de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas y que el agente integre o pertenezca esa organización criminal. Lo que ha de valorarse, por tanto, son dos extremos interrelacionados: la existencia de una estructura (medios materiales y personales) con capacidad de delinquir y que el imputado forme parte de dicha estructura.

Asimismo, a efectos de verificar el elemento "existencia de una organización criminal", se debe recurrir a la definición de "organización criminal" precisada en el art. 317 del CP y analizar en un caso concreto la concurrencia de las siete condiciones que ahí se enumeran para su constitución. El segundo elemento para la configuración de la agravante bajo comentario es que el agente actúe como integrante de una organización criminal, esto es que se adscriba a la estructura, a los planes, designios y los medios (operatividad) que posee la misma para la ejecución del delito, que se perpetra en el cumplimiento del programa delictivo de la organización.

6.1. Fundamentos de la agravación: el accionar transnacional del crimen organizado y el narcotráfico

El art. 297.6 del CP prescribe lo siguiente:

> La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al art. 36, incisos 1), 2), 4), 5) y 8) cuando: [...] 6) El hecho es cometido por tres o más personas, o en

> calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas, o al desvío de sustancias químicas controladas o no controladas o de materias primas a que se refieren los arts. 296 y 296.B.

Esta norma comprende alternativamente dos circunstancias agravantes referidas a la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas toxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas: la primera, cuando el hecho es cometido por tres o más personas; y, la segunda, cuando el hecho es cometido por el agente en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o a la comercialización de insumos para su elaboración.

La agravación en la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas cuando el agente actúa como miembro de una organización criminal, se justifica en la medida el agente ve facilitado su accionar delictivo debido su adscripción a una organización criminal, ya que este tipo de estructuras organizativas permanentes o con cierta permanencia disponen de medios que no solo facilitan la comisión de hechos delictivos, sino la realización de operaciones de gran envergadura, y en general suponen una mayor lesividad del bien jurídico protegido, salud pública.

6.1.1. El narcotráfico como manifestación de la criminalidad organizada transnacional

Como advierte Cornejo, el tráfico ilícito de drogas es una de las perversas caras con la que se muestra el crimen organizado; su estructura se base en distintos niveles y jerarquías que va desde los jefes y financistas hasta los eslabones más bajos de la cadena, los encargados de transportar y distribuir la droga. Una de las características más notables del tráfico es la superación de las fronteras nacionales por parte de sus personeros y el aprovechamiento de la economía globalizada, no solo para distribuir la droga, sino para el lavado de ingentes activos procedentes de esta abyecta actividad. Caracteriza al tráfico ilícito de drogas la actividad delictiva transnacional, por cuanto existen países productores de droga y países de tránsito y centro de distribución y consumo, debiéndose poner de

relieve que esta división no resulta tajante, ya que, a su vez, en cada uno de estos países, ese circuito puede quedar completado[180].

En esa medida, García Iglesias señala lo siguiente:

> [E]l narcotráfico es una variedad del crimen organizado que consiste en la producción, distribución, venta y consumo, normalmente a gran escala, de drogas, adictivas o no, de manera ilegal, con el fin de obtener beneficios económicos. Estas drogas o estupefacientes suelen tener consecuencias negativas para la salud y están prohibidas en la mayoría de los países del mundo. Los grupos ilegales, mafias, cárteles y grupos narcotraficantes son los que se encargan de desarrollar esta actividad y suelen tener presencia internacional y ostentan muchas veces un poder similar al de algunos gobiernos[181].

Según Naím, el narcotráfico es un problema global en el que todos los actores, incluidos los gobiernos, forman parte ya sea de forma directa o indirecta. En el actual negocio de la droga se ha producido un salto cualitativo en su organización. Las antiguas mafias han dejado paso a un modo de operar basado en células, mucho más ágiles y difíciles de rastrear. Sin menospreciar que las drogas han penetrado en prácticamente todos los sectores sociales, desde los de menor poder adquisitivo como jóvenes y estudiantes hasta los círculos empresariales y altas esferas[182].

Para entender el crecimiento del crimen organizado, en especial del narcotráfico, debe considerarse, a decir de García Iglesias radica en:

> [S]u condición de actor transnacional, que ha sabido aprovechar con mayor destreza y eficiencia los vericuetos de la globalización. En contraposición, el Estado posee un territorio demarcado y limitado. El margen de actuación e influencia de sus gobiernos está más definido y

180 Cornejo, Abel, *Estupefacientes,* ob. cit., p. 129.

181 García Iglesias, José Carlos, "El crimen organizado y el narcotráfico en el panorama internacional", p. 14. Recuperado de <https://bit.ly/2R1wLvQ>. En el mismo sentido, Castells, Manuel, *La era de la información: Fin del milenio*, Madrid: Alianza Editorial, 2006, p.207.

182 Naím, Moisés, *Ilícito*, Barcelona: Mondadori, 2006, p.97.

> delimitado. La movilización de su aparato burocrático y de seguridad es más lenta y pesada. Por el contrario, las redes criminales son, en efecto, redes, con gran capacidad de maniobra debido a su flexibilidad y agilidad. Sin olvidar que, al operar fuera de la ley, prácticamente no conocen más restricciones que la de sus recursos, fuerzas y estrategia[183].

Desde la perspectiva de Larriba y Vidales, se está produciendo un cambio importante en la estructura de las organizaciones de tráfico ilícito de drogas, de los grandes carteles de la droga a redes delictivas informales, integradas en el ámbito de la criminalidad organizada transnacional que operan coordinadamente, para estas autoras los cambios fundamentales en el tráfico de drogas mundial son:

> El primero es la transición desde el tradicional comercio ilegal de drogas llevado a cabo por redes jerárquicamente estructuradas con una marcada identidad étnica y social —por ejemplo, los cárteles colombianos o mexicanos—, hacia un entorno en el que redes delictivas informales, integradas en el ámbito de la criminalidad organizada transnacional, trafican con drogas de un modo más rápido y seguro, con el consiguiente aumento en los beneficios obtenidos por ese comercio ilegal. El segundo gran cambio al que nos queremos referir es el relativo a la expansión del tráfico de drogas, fundamentalmente en dos sentidos. De un lado, por el modo en el que el narcotráfico se está expandiendo en términos geográficos hacia nuevas regiones como África subsahariana y Afganistán. Y de otro lado, por la creciente expansión del narcotráfico en términos cualitativos, esto es, en la producción y el consumo[184].

En suma, en la actualidad el ciclo de la cadena productiva de las drogas ilícitas se encuentra dominado por redes transnacionales de organizaciones criminales que actúan coordinadamente, para producir la droga desde los países productores hasta los "usuarios" finales en los

183 García Iglesias, "El crimen organizado y el narcotráfico en el panorama internacional", art. cit., p. 11.

184 Larriba Hinojar, Beatriz y Caty Vidales Rodríguez, "Tráfico de drogas y crimen organizado: jaque a la Seguridad Nacional", pp. 3 y 4. Recuperado de <https://bit.ly/2Crg0WH>.

países consumidores, claro que esta distinción no es absoluta, en un solo país puede darse todo este proceso, pero se advierte la tenencia que los países ricos constituyen la mayor demanda de drogas ilegales; además es de observar que, el "proceso o ciclo de la droga", ya no está dominado por una única organización criminal fuerte "cartel", sino por múltiples organizaciones nacionales, regionales y transnacionales, que actúan de forma coordinada, existe así una suerte de división internacional del trabajo, existen países productores de droga y países de tránsito y centro de distribución y consumo donde las redes criminales interactúan encargándose de uno o algunos de esos ciclo productivos de droga ilegales.

En ese marco, según la realidad criminológica peruana, somos un país productor de droga, por lo que el ciclo de la droga en el Perú se inicia desde el cultivo de la hoja de coca. Así lo pone de manifiesto Chávez:

> La producción de drogas cocaínicas ha convertido al Perú en uno de los países con mayor actividad cocalera, donde los cultivos de coca se han convertido para muchos agricultores en el principal medio de subsistencia y peor aún, muchos de ellos se han involucrado en el procesamiento y comercialización de las drogas que producen, con el propósito de incrementar sus ganancias ante las variaciones del precio de la hoja de coca[185].

En países como el nuestro, el ciclo de la droga comprende desde los actos de siembra y cultivo de hoja de coca (incluso desde el acopio de los precursores químicos), pasando por la elaboración de drogas cocaínicas hasta la disposición final de las mismas al consumidor individual potencial en los países desarrollados, de ahí que la mayor cantidad de droga producida en el Perú es destinada principalmente al consumo externo, por lo que las modalidades delictivas relacionadas a este segmento del fenómeno del tráfico ilícito de drogas se vinculan con actos legales o ilegales del comercio exterior; donde solo una pequeña cantidad de estas sustancias se orientan al mercado local. Para abarcar todas estas etapas

185 Chávez, Víctor, "Cultivo y producción", en *El problema de las drogas en el Perú 2015*, Lima: Cedro, 2015, p. 56.

del ciclo de la droga, es evidente el accionar de organizaciones criminales que manejan todos o alguno de estos eslabones de la cadena y buscan en última instancia exportar la droga hacia los mercados europeos, norteamericanos y asiáticos. Y más recientemente al mercado brasileño.

Como lo explica SALAZAR[186], existen distintos puntos de salida para la droga que se produce en el Perú utilizados por organizaciones criminales, que abastecen los mercados internacionales: a) en el norte se emplean los puertos de Talara, Paita, Bayovar y muchas caletas no controladas del litoral, tales como Parachique, Puerto Rico y La Tortuga en Sechura; La Islilla en Paita; Cabo Blanco en Talara y La Cruz En Tumbes; b) las drogas que se produce en los valles del Huallaga estarían saliendo por el Monzón para llegar a Chimbote y Huacho en el norte chico y de allí pasar a Lima y los mercados del exterior; c) en la sierra sur se toman rutas vía Sandia y Desaguadero en Puno para llegar a los mercados internos de Bolivia y Brasil. También existen rutas aéreas desde VRAEM y Puno hacia Bolivia; d) en el caso del VRAEM se emplean caminos de herradura por las estribaciones andinas buscando salir a la costa por Nazca o mediante la región Junín; e) una ruta muy importante es la del Callao; incluyendo embarques a través de embarcaciones, con el apoyo de funcionarios aduaneros corruptos y mediante el aeropuerto Jorge Chávez. Parte de estos embarques son capturados por las autoridades; f) también se emplea el río Marañón y sus afluentes por La Libertad, Huánuco, Ancash y Cajamarca; siempre con el propósito de llegar a las zonas de exportación preferentemente de tipo marítimo y en menor cantidad por vía aérea. Se informa que además existen rutas para llegar a Colombia y Brasil. Este esfuerzo organizativo sin duda se despliega a través de estructuras criminales de carácter nacional y transnacional.

Pero el accionar del crimen organizado varía de tiempo en tiempo, evolucionando hacia mecanismos más complejos y, de alguna forma, más innovadores. En ese sentido, las rutas del tráfico de drogas también han variado, dependiendo de cuáles hayan sido las estrategias aplicadas en

186 SALAZAR, Rolando, "Narcotráfico", en *El problema de las drogas en el Perú 2015*, Lima: Cedro, 2015, pp. 61-64.

su contra. En la actualidad, según TORRES[187], en diversos reportes de investigación periodística y académica, señala que la forma de traslado de droga ha variado considerablemente. Si bien se sigue utilizando los puertos y aeropuertos nacionales para la "exportación" del material ilícito, también ha surgido un denominado "Corredor Sur". Al respecto, SOBERÓN precisa:

> Según los diversos Informes internacionales [...], los países andinos y los del Cono Sur parecen estar conformando un nuevo perímetro de un extenso y bien definido corredor geográfico que cruza desde las selvas peruanas del Vraem (Valle del Rio Apurímac Ene y Mantaro) y el Valle de Pichis Palcazú (región de Pasco), pasando por los altiplanos y valles interandinos bolivianos (desde Beni, Pando, Santa Cruz), hasta llegar a las llanuras y extensiones de las principales ciudades brasileñas en donde convergen las distintas favelas, (y) en donde el comercio y consumo de pasta base se constituyen en un verdadero problema de salud pública. Según los referidos documentos, el Brasil ya se ha convertido en uno de los principales demandantes de este sub producto de la coca [...] debido a su creciente desarrollo económico[188].

La figura agravada de comisión del delito en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas contenida en el art. 297.6 del CP busca responder a esta realidad, agravando el tipo básico cuando interviene en su comisión una estructura criminal que la facilita. Para SEQUEROS SAZATORNIL[189], comentando la figura agravada española similar, sostiene que resulta de todo punto indiscutible la agravación derivada del supuesto contemplado en la medida en la suma del concierto de una serie de voluntades estructuralmente organizadas para la consecución de un fin propicia en el ilegal comercio de drogas, como en cualquier otra actividad humana, mejores resultados y una

187 TORRES, Juan Manuel, "Criminalidad organizada en el Perú: narcotráfico, corrupción y otros delitos", p. 14. Recuperado de <https://bit.ly/2P9SF2t>.

188 SOBERÓN, Ricardo, "La Construcción de un corredor geográfico en torno a la cocaína del sur". Recuperado de <https://bit.ly/2FlN7g6>.

189 SEQUEROS SAZATORNIL, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., 208.

mayor productividad. En ese sentido, la STS español N.° 371-2014, de 7 de mayo, precisa:

> [E]l subtipo agravado de pertenencia a una organización criminal del art. 369 bis del CP, se basa, por lo tanto, en la complejidad y consistencia de la estructura organizativa, que ha de ser mayor en la organización criminal, pues es la conjunción de la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión del autor de la conducta, en tanto que las facilita afrontar operaciones de mayor nivel en cuanto a la cantidad de droga o al ámbito territorial en el que se desarrollan[190].

Méndez Rodríguez, reseñando la jurisprudencia española sobre el fundamento de la agravación del art. 369 bis del CP de ese país, resalta lo siguiente:

> Con respecto al fundamento agravatorio de este art. 369 bis, la jurisprudencia ha destacado la mayor capacidad de agresión al bien jurídico salud pública por la posibilidad de supervivencia del propósito criminal que representa la organización (STS N.° 889/2004, de 9 de julio), porque permiten multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las conductas delictivas que se realizan en su seno (STS N.° 544/2012, de 2 de julio), por los medios de que disponen estas organizaciones que no solo facilitan la comisión de estos hechos delictivos y la realización operaciones de mayor envergadura (STS N.° 356/2009, de 7 de abril), sino que también "generan procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquellas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley", (STS 544/2012, de 2 de julio), todo lo cual supone que al Estado le resulte más difícil luchar contra ellas (STS 492/2010, de 18 de mayo)[191].

190 *STS español 371-2014*, f. j. n.° 2, 7 de mayo.

191 Méndez Rodríguez, "Los delitos de pertenencia a organización criminal", art. cit., p. 520.

Para López Expósito, el fundamento de la cualificación es claro: la actuación conjunta de varias personas potencia la acción delictiva, obtienen una mayor facilidad para su ejecución y para evitar su descubrimiento. Además, la existencia de una organización o asociación mantiene el proyecto criminal con independencia de sus integrantes. Agrega la referida autora española, que, según el Tribunal Supremo de su país, la *ratio legis* de esta cualificación consiste en la dificultad del Estado de luchar contra estas organizaciones criminales y en la mayor gravedad de las operaciones que llevan a cabo. De igual modo, se fundamenta en el incremento de la agresión para el bien jurídico protegido ante la mayor capacidad de dichas organizaciones[192]. Según Álvarez García *et al.*[193], este subtipo agravado estriba en que la existencia de un complejo de personas con organigrama y planificación previa, pertrechadas normalmente con medios adecuados a los fines delictivos propuestos, hace que resulte más difícil al Estado luchar contra tales redes perfectamente estructuradas, que a su vez realizan, lógicamente, operaciones de mayor envergadura. Del mismo modo, se considera que la agravación obedece a la superior capacidad de agresión al bien jurídico de la salud pública por la posibilidad de supervivencia del propósito criminal que la organización representa.

De ahí que, como señala Rey Huidrogo, con esta agravante "se trata de distinguir la situación del traficante solitario, probablemente también consumidor, de las organizaciones criminales, verdaderos sindicatos del crimen que giran en torno a la produccion y el gran comercio de droga"[194]. En suma, el fundamento político-criminal de la agravación, reside en la mayor capacidad de agresión al bien jurídico protegido, dimanante de la posibilidad de supervivencia del propósito delictivo que

192 Expósito López, *Criminalidad organizada y tráfico de drogas,* ob. cit., p. 220.

193 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 167.

194 Rey Huidrogo, Luis Fernando, *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 44.

supone una organización, así como de la dificultad de su persecución y descubrimiento por los órganos de represión[195].

6.1.2. La represión de la criminalidad organizada en el Perú: precisiones político-criminales

Cuando se trata de la represión del crimen organizado, las legislaciones nacionales han optado por una doble vía, a través de la introducción en los principales delitos de una figura agravada por la "comisión del delito en calidad de integrante de una organización criminal", y la aparición de tipos penales de "pertenencia a una organización criminal", en este último supuesto estos tipos penales abarcan desde la clásica asociación ilícita para delinquir hasta los recientes delitos de grupo criminal, o banda criminal, y organización criminal, introducidos por influjo de la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Trasnacional, creándose los denominados tipos de organización.

Al respecto, Cancio Meliá advierte:

> En el plano del Derecho penal material, la consideración de estas organizaciones delictivas tiene lugar en dos formas principales: por un lado, mediante la utilización de causas de agravación de la pena previstas para la comisión de diversas infracciones en un grupo organizado; por otro, mediante las infracciones de mera pertenencia a una asociación ilícita [...][196].

En la misma línea, Silva Sánchez sostiene:

> El fenómeno criminológico de la criminalidad organizada se aborda jurídicamente en la mayoría de las legislaciones nacionales, a través de tres vías diversas. En primer lugar, mediante la tipificación de los delitos más característicos de tal forma de criminalidad. En segundo

195 Gómez de Liaño Fonseca-Herrera, Marta, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Madrid: Colex, 2004, p. 62.

196 Cancio Meliá, Manuel, "El injusto de los delitos de organización: peligro y significado", en *Icade*, 2008, pp. 247 y 248.

> lugar, mediante la introducción del elemento agravante de "organización" en una serie de delitos más o menos tradicionales, para atender a la especial peligrosidad de las formas estructuradas de actuación antijurídica. En tercer lugar, mediante los, no infrecuentemente criticados, clásicos delitos de pertenencia a asociaciones ilícitas o bien los nuevos tipos de pertenencia a organizaciones criminales[197].

Un ejemplo de esta situación se observa en la legislación penal española, MÉNDEZ RODRÍGUEZ explica que en ese ordenamiento jurídico penal coexisten el tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva (art. 369 del CP español) con los delitos de pertenencia a organización criminal (art.570) y grupo criminal (art. 570). Sobre el primer delito la referida autora precisa que fue incorporado en el CP español como un subtipo agravado del delito de tráfico de drogas del tipo básico (art. 368), mientras que el segundo grupo de delitos:

> Se incorporan al Código Penal en el año 2010 como consecuencia de lo acordado en la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000 (la "Convención de Palermo"), y de la adopción de la Decisión Marco 2008/841 del Consejo, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada (que sustituyo a la Acción común 98/733/JAI, de 21 de diciembre, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva) que obligo a incorporar en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea el delito de participación en organización delictiva[198].

En el caso de la legislación peruana sucede algo similar, el art. 297 inciso 6) del CP establece como subtipo agravado de los tipos básicos del 296, la comisión del delito en calidad de integrante de una organización criminal, que convive con el delito de organización criminal (art. 317), que sanciona al "que promueva, organice, constituya, o integre

197 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "¿'Pertenencia' o 'intervención'? del delito de 'pertenencia a una organización criminal' a la figura de la "participación a través de organización" en el delito", en *Lusíada. Direito*, 2005, p. 97.

198 MÉNDEZ RODRÍGUEZ, "Los delitos de pertenencia a organización criminal", art. cit., p. 514.

una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destina a cometer delitos [...]".

Y el delito banda criminal (art. 317.B), que reprime al que "constituya o integre una unión de dos o más personas; que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el art. 317, tenga por finalidad o por objeto la comisión de delitos concertadamente". Estos dos últimos delitos fueron introducidos conforme a los arts. 2 y 3 del D. Leg. N.° 1244, publicado el 29 de octubre del 2016, a efectos de cumplir con la armonización de la legislación nacional con la Convención de Palermo, suprimiéndose el antiguo delito de asociación ilícita para delinquir.

En la legislación penal peruana es frecuente la inclusión de la agravante de la comisión del delito en calidad de integrante de una organización criminal en diversas figuras delictivas como estrategia para la represión del crimen organizado, así tenemos: delito de robo agravado (art. 189 *infine* CP), forma agravada de los delitos de lavado de activos (art. 4.1 del D. Leg. 1106), forma agravada del delito de favorecimiento a la prostitución (art. 179.7 del CP), forma agravada del delito de proxenetismo (art. 181.4 del CP), forma agravada de los delitos monetarios (inc. 1 del art. 257.A del CP), forma agravada de los delitos ambientales (inc. 1, art. 310.C, párr. 2, CP), forma agrava del delito de trata de personas (art. 153.A, párr.2, inc. 3 del CP), forma agravada del delito del delito de pornografía infantil (art. 183.A *infine* CP), delito de hurto agravada (art. 186.2 párr. 2 CP), forma agravada del delito de marcaje o reglaje (inc.5, art. 317.A párr. 2 del CP), forma agravada de los delitos informáticos (art. 11.1 de la Ley N.°30096), entre otros. Antes de la dación de la Ley N.° 30077, Ley contra el crimen organizado, no existía un concepto legal de crimen organizado, por lo que los operadores de justicia para definir estas agravantes recurrían a la doctrina, tomando como referencia el antiguo delito de asociación ilícita para delinquir, tipo penal utilizado para comprender de manera subsidiaria los supuestos de estructuras

criminales destinadas a cometer delitos, diferenciando además esta categoría de la coautoría o coparticipación criminal.

Así, con la legislación anterior a la Ley N.° 30077, en el Acuerdo Plenario N.° 8-2007/CJ-116, sobre el delito de robo agravado, los jueces penales de la Corte Suprema sostuvieron que la agravante por comisión del delito como integrante de organización criminal (del art. 189 *infine* CP) supone la existencia de una pluralidad de agentes que perpetran el delito como parte de una estructura criminal y cumpliendo los designios de la organización:

> [E]n la organización criminal la pluralidad de agentes es un componente básico de su existencia, mas no de su actuación. Es decir, esta clase de agravante exige mínimamente que el agente individual o colectivo del robo sea siempre parte de una estructura criminal y actúa bajo los designios de ésta[199].

Mientras que la figura agravada del párr. 1 del art. 189.4, referida a la comisión del delito en pluralidad de agentes:

> [A]lude a un concierto criminal en el que el proceder delictivo conjunto es circunstancial y no permanente. Se trata, pues, de un supuesto básico de coautoría o coparticipación, en el que los agentes no están vinculados con una estructura organizacional y con proyecto delictivo de ejecución continua. Por otro lado, la agravante que contempla el párrafo in fine del citado artículo alude a un proceder singular o plural de integrantes de una organización criminal sea esta de estructura jerárquica —vertical o flexible—horizontal[200].

Precisando en ese sentido que no se puede aplicar de manera paralela, en concurso real o ideal, la circunstancia agravante de comisión del delito en calidad de integrante de organización criminal con el delito

---

199 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 8-2007/CJ-116*, f. j. n.° 7.

200 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 8-2007/CJ-116*, f. j. n.° 6.

de asociación ilícita para delinquir, que en ese momento se encontraba regulado en el art. 317 del CP.

> [L]a imputación paralela de cargos por integración en una organización criminal en estos casos no es procedente y, de plantearse, se le debe desestimar porque el art. 317 del CP opera como un tipo subsidiario a la comisión de uno o más robos por integrantes de dicha estructura delictiva. No se presenta en estos casos un concurso ideal o real de delitos. Obrar en sentido contrario implicaría una doble valoración del mismo factor agravante[201].

En el mismo sentido, en el Acuerdo Plenario N.º 4-2006/CJ-116, en un análisis de la legislación anterior a la Ley N.° 30077, los jueces de la Corte Suprema resaltaron que el dato característico de estas estructuras criminales, refiriéndose a la asociación ilícita para delinquir, es la permanencia o estabilidad de la actuación plural de los agentes:

> Así queda claro que el indicado tipo legal sanciona el solo hecho de formar parte de la agrupación —a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de (a) relativa organización, (b) permanencia o estabilidad y (c) número mínimo de personas— sin que se materialice sus planes delictivos. En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo[202].

En ese marco, se concluyó que "no se está ante un supuesto de codelincuencia en la comisión de los delitos posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar"[203].

---

201 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 8-2007/CJ-116*, f. j. n.° 8.

202 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 4-2006/CJ-116*, f. j. n.° 12.

203 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 4-2006/CJ-116*,

En términos similares, el TC, en la sentencia N.° 1805-2005-HC/TC-Lima, Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, del 29 de abril del 2005, destacó que el extinto delito de asociación ilícita para delinquir está referido a una agrupación de personas organizadas con el objeto de cometer varios delitos, y que han hecho del delito un modo de vida. Así, en virtud del principio de reparto funcional de roles y de las contribuciones de los intervinientes en el ilícito penal que se establece su intervencion delictiva.

> 36. Ahora bien, cuando el ilícito penal es cometido por una persona que, cual instrumento, actúa dentro de un aparato de poder organizado, que, como parte de su estrategia general, comete delitos o representa solo un ejemplo de un conjunto de conductas ilícitas similares, estamos frente a la existencia de un patrón de violaciones, lo que convierte a tal agrupación en una organización destinada a cometer delitos. Estamos, entonces, frente a un ilícito contra la paz pública previsto y sancionado en el art. 317 de la ley penal material. A mayor abundamiento, dicho tipo penal está referido a una agrupación de personas organizadas con el objeto de cometer varios delitos, y que han hecho del delito un modo de vida.
>
> 37. En consecuencia, es en virtud del principio de reparto funcional de roles y de las contribuciones de los intervinientes en el ilícito penal que se establecerá su intervencion delictiva.

Un concepto de crimen organizado en nuestra legislación recién aparece con la dación de la Ley N.° 30077, que, tratando de aproximarse a la definición planteada en la Convención de Palermo, en su art. 2 define al crimen organizado como:

> [C]ualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, exista o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el art. 3 de la presente ley.

---

f. j. n.° 13.

Sin embargo, esta definición tiene efectos eminentemente procesales, para establecer la competencia de los órganos jurisdiccionales y fiscales, para determinar el uso de técnicas especiales de investigación y uso de prueba trasladada. Con lo cual recién tenemos una definición de organización criminal para efectos penales con la aparición del delito de organización criminal del art. 317 del CP introducido por el art. 2 del D. Leg. N.° 1244, para dar contenido a la circunstancia agravante de comisión del delito en calidad de integrante de la organización criminal. En suma, en el Perú, como sucedió en España, para reprimir el crimen organizado se recurrió tradicionalmente a la figura de la asociación ilícita para delinquir (antiguo art. 317 CP) y las figuras agravadas de comisión del delito en calidad de integrante de una organización criminal, o como jefe o cabecilla de una organización criminal.

Con todo, para un sector de la doctrina, la inclusión de los delitos de pertenencia a una organización criminal o grupo criminal organizado, según las exigencias de la Convención de Palermo, resultan innecesarios pues el viejo delito de asociación ilícita para delinquir abarcaba todos estos supuestos delictivos. Así, Cancio Meliá observa:

> Al margen de los eventuales influjos futuros del fenómeno de la criminalidad organizada sobre el delito de asociación ilícita, en todo caso procede aquí subrayar que la amplitud (potencial: antes de una penetración y elaboración dogmática) de la formulación típica de los delitos de asociación ilícita ya existentes en ordenamientos como el español, el italiano o el alemán estaría en condiciones de absorber cualquier concepto de criminalidad organizada, por amplio que fuera[204].

Sin embargo, existen diferencias sustanciales entre el antiguo delito de asociación ilícita para delinquir y el delito de organización criminal

204 Cancio Meliá, "El injusto de los delitos de organización: peligro y significado", art. cit., pp. 248 y 249. En el mismo sentido, González Rus, Juan José, "Asociación para delinquir y criminalidad organizada (sobre la propuesta de desaparición del delito basada en una peculiar interpretación de la STS de 23 de octubre de 1997 —caso Filesa—)", en *Actualidad Penal,* n.° 2, 2000, p. 562.

que justifican la aparición de esta nueva figura delictiva. Así, Casas Ramírez observa:

> La organización criminal vendría a ser la especie, mientras que la asociación ilícita era el género [...]; la organización criminal presenta un gran nivel de organización, mientras que la asociación ilícita presentaba una relativa organización (fundamento jurídico n.° 12 del Acuerdo Plenario N.° 4-2006); respecto a la característica "elemento numérico" en las organizaciones criminales el número mínimo que acepta es 3 miembros, mientras que la asociación ilícita si aceptaba la posibilidad de que sean desde 2 personas; respecto a la característica "estructura" en la asociación ilícita no era tan marcada, mientras que si para la organización criminal; respecto a la característica de "número y magnitud del delito", en las organizaciones criminales solo se pueden cometer delitos graves, mientras que en la asociación ilícita se podían cometer tantos delitos graves así como también simples; y respecto a la característica "fin de lucro", en la asociación ilícita esta se presenta en forma indirecta, ya que directamente su finalidad era cometer los delitos establecidos en el art. 317 del CP.
>
> En relación con la tipificación del delito de organización criminal y la extinta asociación ilícita, en el primero se ha colocado 4 verbos rectores para la comisión del mismo (promover, organizar, constituir, e integrar), mientras que en el segundo solo tenía 3 (promover, constituir, e integrar; omitiendo la acción de organización misma); y en relación con la naturalidad del "ente delictivo" derivado de la tipificación del delito de organización criminal y la extinta asociación ilícita, respecto al primero se habla de una "organización criminal", mientras que en el segundo una "organización"[205].

El antiguo delito de asociación ilícita para delinquir, regulado en nuestra legislación, hacía referencia de manera genérica a una organización al que se integran dos o más personas para cometer delitos, a lo cual

205 Casas Ramírez, Wilfredo, "Organización criminal y su deslinde con otras acepciones semejantes. A propósito del D. Leg. N.° 1244", en *Actualidad Penal*, n.° 41, noviembre del 2017, p. 182.

la jurisprudencia[206] y la doctrina[207] le adscribió tres requisitos básicos a) relativa organización, b) permanencia o estabilidad y c) número mínimo de personas; sin embargo, en la práctica las organizaciones criminales que actúan en diversos ámbitos presentan mayores complejidad y se manifiestan en diversos estadios de organización y permanencia no abarcadas por este extinto tipo penal. Es por ello que el legislador peruano, siguiendo el modelo de la Convención de Palermo[208], describe

206 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 4-2006/CJ-116*, f. j. n.° 12.

207 Así, Castillo Alva sostiene: "En la doctrina penal comparada se distingue entre el concepto amplio de asociación y un concepto restringido. En el primer sentido, asociación es sinónimo de acuerdo de voluntades, decisión común o simplemente asociación de hecho. En el segundo sentido, el cual posee mayor rigurosidad jurídica, alude a una agrupación de dos o más personas vinculadas a través de una organización que tiene vocación de estabilidad y permanencia en el tiempo". (Castillo Alva, José, Asociación para delinquir, Lima: Grijley, 20105, p. 59). Por su parte López Barja de Quiroga, desde la perspectiva de la doctrina española entiende por este concepto: "Aquella asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un período de tiempo, y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos graves, con independencia de que estos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales". (López Barja de Quiroga, Jacobo, "Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado", en Granados, Carlos (direc.), *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 113. Así también Sánchez precisa: "Por asociación criminal se entiende generalmente un grupo de personas —por encima de dos o tres— dotadas de una cierta estructura u organización y concertadas durante al menos un tiempo para la comisión de delitos". (Sánchez García de Paz, Isabel, "Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado", en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca: Universidad de Castilla/Universidad Salamanca, 2001, p. 645.

208 El art. 2.a de la Convención de Palermo precisa: "Por 'grupo delictivo organizado' se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material"; mientras que el inc. c) de ese artículo: "Por 'grupo estructurado' se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones

en los nuevos tipos penales que reemplazan la antigua asociación ilícita para delinquir dos supuestos de organizaciones criminales, la contenida en el delito de organización criminal y la contenida en el delito de banda criminal. En el primer caso, describe una organización criminal compuesta por tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que, de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destina a cometer delitos; en el segundo caso, una organización criminal que le falte alguno de los elementos descritos para el primero. Como se advierte, los nuevos tipos penales describen grupos estructuradas organizados no abarcados por el extinto delito de asociación ilícita para delinquir. Así, para la configuración de la organización criminal contenida en el delito del nuevo art. 317 no basta la concurrencia de los tres requisitos básicos que se exigía para la anterior figura delictiva.

Así, SÁNCHEZ, analizando la legislación salvadoreña, destaca lo siguiente:

> La criminalidad organizada debe ser pulcramente distinguida de la criminalidad asociada, y de la coautoría sea esta material o funcional, puesto que estas formas de pluralidad criminal, se ven desbordadas por la complejidad de la criminalidad organizacional, de ahí que, en estos casos la configuración legislativa debe guardar la debida racionalidad al momento de determinar legalmente la consideración sobre lo que debe constituir materia de crimen organizado, o en su caso en el ámbito de la hermenéutica penal, ha de hacerse una interpretación restrictiva, puesto que ni las asociaciones delictivas, ni la coautoría o la participación plural en el delito, deberían importar una verdadera criminalidad organizada, por cuanto ello sería disfuncional para la persecución de la actividad criminal mediante modelos complejos de organización[209].

---

formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada".

209 SÁNCHEZ, Carlos, "Sobre el concepto de crimen organizado. Significación de su contenido en la legislación penal salvadoreña", en *Revista Política y Seguridad Pública*, n.° 1, 2012, pp. 35 y 36.

6.2. La circunstancia agravante por la comisión del delito en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas

6.2.1. Requisitos para la configuración de la agravante de "comisión del delito en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al TID"

El art. 297.6 del CP prescribe lo siguiente:

> La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al art. 36, incisos 1), 2), 4), 5) y 8) cuando: [...] 6) El hecho es cometido por tres o más personas, o en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas, o al desvío de sustancias químicas controladas o no controladas o de materias primas a que se refieren los arts. 296 y 296.B.

Conforme se precisa en el Acuerdo Plenario N.° 3-2008/CJ-116, el art. 297.6 del CP comprende alternativamente dos circunstancias agravantes referidas a la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas toxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas: la primera, cuando el hecho es cometido por tres o más personas; y, la segunda, cuando el hecho es cometido por el agente en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o a la comercialización de insumos para su elaboración[210]. En el caso de las circunstancias agravantes del art. 297.6 del CP, no se tratan de tipos autónomos, sino que suponen un incremento del desvalor de la conducta que es reconocido por el legislador asignándole una elevación de pena al sujeto.

En lo que respecta a la primera circunstancia agravante contenida en el art. 297.6 del CP, sobre la comisión del delito con pluralidad de agente, se puede concluir que se refiere a supuestos de realización conjunta del delito en coautoría, donde concurren por lo menos tres coautores[211],

210 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 3-2008/CJ-116*, f. j. n.° 6.

211 Para delimitar los supuestos de aplicación de esta circunstancia agravante, el

un concierto criminal en el que el proceder delictivo conjunto es circunstancial y no permanente[212]. Mientras que la segunda circunstancia agravante contemplada en el art. 297.6 del CP comisión del delito "en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas", se configura cuando el hecho ilícito es cometido por un agente que actúa como integrante de una organización criminal.

Analizando los requisitos normativos para que se configure esta agravante, deben acreditarse dos aspectos básicos: la existencia de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas y que el agente integre o pertenezca esa organización criminal. Lo que ha de valorarse, por tanto, son dos extremos interrelacionados: la existencia de una estructura (medios materiales y personales) con capacidad de delinquir y que el imputado forme parte de dicha estructura[213]. López Expósito, comentando la legislación española, sostiene que para el análisis de la figura agravada debe partirse, en primer lugar, del concepto de organización y en segundo lugar, la exigencia de que el culpable pertenezca a una organización criminal, donde pertenencia equivale a ser integrante de la organización[214]. En el mismo sentido, para Méndez Rodríguez para analizar la configuración de la agravante en cuestión, "es necesario analizar el contenido de los requisitos normativos que exige la aplicación

---

Acuerdo Plenario N.° 3-2005/CJ-116 precisa que no basta la simple concurrencia de tres o más personas, para su configuración debe existir una decisión conjunta o común del hecho que involucre a cuando a esa cantidad de personas, además, quien participa en el hecho, como parte de un plan determinado, debe conocer de la participación de cuando menos otras dos personas, incluyendo la suya.

212 El Acuerdo Plenario 3-2008/CJ-116, que analiza si la intervención delictiva del "correo de la droga" en los actos de transporte califica para configurar la agravante del inciso 6) del art. 297 del CP, hace referencia a la realización del delito como obra conjunta, dentro de un plan criminal común, donde el correo de la droga, al poseer la droga para transportarla es un coautor que ejecuta los actos necesarios de tráfico de drogas, pero que no conoce ni se adscribe a la totalidad del plan criminal, tampoco conoce a cada uno de los intervinientes.

213 Cfr. *STS español 5239/2013,* 25 de octubre.

214 Cfr. Expósito López, *Criminalidad organizada y tráfico de drogas,* ob. cit., pp. 219 y 220.

de esta agravación que se reducen a dos: la existencia de una organización delictiva, y que el culpable "pertenezca a la misma"[215].

6.2.2. El elemento de existencia de una organización criminal

En la doctrina comparada existen diversas aproximaciones a la conceptualización de lo que se debe entender por organización criminal[216], por ejemplo, Giménez-Salinas, propone una definición criminológica de organización criminal, que justifica una especial respuesta penal, señalando que se debe concebir como:

> Cualquier organización creada con el propósito expreso de obtener y acumular beneficios económicos a través de su implicación continuada en actividades predominantemente ilícitas y que asegure su supervivencia, funcionamiento y protección mediante recurso a la violencia y la corrupción o la confusión con empresas legales[217].

Mientras que, Silva Sánchez ofrece una aproximación jurídica a este concepto como un sistema penalmente antijurídico:

> Una organización delictiva es un sistema penalmente antijurídico (strafrechtliches Unrechtssystem), o sea, un sistema social en el que las relaciones entre los elementos del sistema (básicamente, personas)

215 Méndez Rodríguez, "Los delitos de pertenencia a organización criminal", art. cit., p. 521.

216 Zúñiga Rodríguez destaca la dificultad de definir el crimen organizado por las diversas manifestaciones en que se presenta este tipo de criminalidad y lo problemático de resumen en una definición todas sus las características: "Un primer problema que hallamos es definir a la criminalidad organizada. Las diversas manifestaciones que ha desarrollado en distintos países, la pluralidad de actuaciones que realiza, la diversa dimensión del fenómeno, hacen que resulte difícil acoger un concepto que reúna unas notas características consensuadas en todos los ámbitos y países. Incluso se discute si es posible aprender en un concepto general un fenómeno tan proteico". (Zúñiga Rodríguez, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, ob. cit., p. 41).

217 Giménez-Salinas, Andrea, *El crimen organizado*, Barcelona: Universidad Oberta de Cataluña, 2013, p. 8.

> se hallan funcionalmente organizadas para obtener fines delictivos. La organización criminal como sistema de injusto tiene una dimensión institucional --de institución antisocial-- que hace de ella no solo algo más que la suma de sus partes, sino también algo independiente[218].

Con lo cual el crimen organizado se caracteriza por ser un tipo de delincuencia que, por lo general, se presenta bajo la forma de una estructura organizada de poder, de cierta permanencia o continuidad temporal, integrada en un sistema vertical que le posibilita alcanzar cierto nivel de coordinación central en sus actividades[219]. García Cavero, resalta la característica de permanencia de la organización criminal; en tal sentido anota:

> Se produce una permanencia del grupo, de manera tal que la actividad criminal agrupada no termina en la comisión de un delito, sino que se prolonga a lo largo del tiempo. Esta permanencia hay que entenderla en cuento a la agrupación, puesto que puede ser que al interior de esta cambien las personas individuales pero el grupo se mantenga operativo[220].

La Corte Constitucional de Colombia ha planteado un concepto de crimen organizado como una estructura empresarial:

> Funciona como una empresa y requiere como ella de elementos básicos como la existencia de normas internas, sistemas de comunicaciones especiales, división del trabajo, estructura jerárquica, rutinas y procedimientos estandarizados, competencias técnicas especializadas y profesionalización de sus miembros, lo cual potencia y multiplica su efectividad. [...] La criminalidad organizada constituye una empresa mundial que mueve miles de millones de dólares y que resulta una antítesis de la sociedad civil, tal como lo destaca el prefacio de la Con-

218 Silva Sánchez, "¿"Pertenencia" o "intervención"? del delito de "pertenencia a una organización criminal" a la figura de la "participación a través de organización" en el delito", art. cit., p. 95.

219 Cordini, Nicolás, "Jurisdicción regional y delitos de organización: diversas alternativas", en *Política Criminal,* n.º 23, vol.12, 2017, p. 65.

220 García Cavero, *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 393.

vención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional[221].

En esa línea, Virglioni destaca que una organización criminal de tipo empresarial, el verdadero crimen organizado, requiere de máximos niveles de organización, por lo que debe contener los siguientes elementos: a) la actividad de un centro de poder en la organización, en el cual se toman las decisiones de orientación criminal, qué hacer, como hacer, quién va hacer, pero a nivel de grandes directrices; b) distintos niveles de jerarquía en la actuación de la empresa criminal bien diferenciados, desde la jerarquía hasta los ejecutores y proveedores; sin embargo, los niveles de jerarquía no tienen una interacción directa, sino sectorial, con lo cual se desconoce por los ámbitos de menor jerarquía, la totalidad de los planes, conociéndose solo el área que les toca desarrollar; c) utilización de tecnología "de punta" y una amplia logística, índices elevados de profesionalidad en las áreas a desarrollar; d) fungibilidad absoluta de los miembros que integran la estructura criminal en las áreas inferiores; anonimato internivelario para los miembros de las cúpulas. Mientras en la cúpula se tiende a la estabilidad, en los niveles inferiores se tiende a la renovación por inclusión; e) nivel de obediencia altamente potenciado, y correspondencia disciplinaria al cumplimiento de órdenes; f) trasnacionalidad y corporatividad en el crimen internacional; g) apariencia de legalidad e infiltración en los centros financieros; h) y vinculación con centros de poder estatal de mediana y larga entidad[222].

Desde esta perspectiva, según Lampe[223], son cinco los requisitos fundamentales distinguen a la organización criminal de la multiplicidad de partícipes reunidos de modo esporádico, ellos son: 1) ingreso de recursos que posibilitan o facilitan la comisión de hechos ilícitos; 2) una ideología de justificación de las conductas criminales; 3) un estatus

221 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia N.° C-334*, 13 de junio del 2013.

222 Cfr. Virglioni, Julio E. S., *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Buenos Aires: Del Puerto, 2004, pp. 208 y 209.

223 Lampe, Klaus von, "Was ist 'organisierte kriminalität'?", en *Aus Politik und zeitgeschichte*. Bundeszentrale für politische bildung, Bonn: p. 346.

social; 4) seguridad ante la persecución penal; y 5) seguridad ante otros criminales. Mientras que, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, anterior a la dación del art. 570 bis, sobre delito de pertenencia a una organización criminal, se destacó que los elementos que integran la organización son los siguientes: a) existencia de una estructura más o menos normalizada y establecida; b) empleo de medios de comunicación no habituales; c) pluralidad de personas previamente concertadas; d) distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones; e) existencia de una coordinación, y f) estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado jurídico apetecido, esto es, una "mínima permanencia" que permita integrar en el concepto de organización a las que detentan un carácter transitorio[224].

Joshi destaca las características del crimen organizado de forma sectorial, como en el caso del tráfico ilícito de drogas, a tales efectos precisa:

> a) Existencia de una seria planificación y preparación del hecho criminal..; b) la ejecución del hecho será realizada por profesionales altamente cualificados...; c) las ganancias obtenidas se intentan introducir mediante el blanqueo de dinero en la economía legal; d) los grupos mantienen vínculos suprarregionales; e) estructuración fuertemente jerarquizada; f) gran poder corruptor; g) ámbitos de actuación del más diverso tipo; h) actitud criminal de grupos[225].

Se advierte que existen diversas posturas y aproximaciones de lo que se debe entender por organización criminal. Sin embargo, debido a que nuestro legislador, en el plano sustantivo ha establecido una definición de organización criminal en el CP, para efectos de aplicar la circunstancia agravante de comisión del delito en calidad de integrante

224 Cfr. Méndez Rodríguez, "Los delitos de pertenencia a organización criminal", art. cit., p. 527.

225 Joshi Jubert, Ujala, "Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español", en *Libro Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*, t. I, Caracas: Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, 1998, pp. 199 y 200.

de una organización criminal, nos debemos remitir a esta definición legal, verificando en un caso concreto la concurrencia de los elementos que ahí se describen.

De ahí que, para establecer el elemento de "existencia de organización delictiva", de la figura agravada de comentamos, hay que remitirse a la definición de "organización criminal" que proporciona el delito de organización criminal del art. 317 del CP, introducido por el art. 2 del D. Leg. N.° 1244, "el que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que, de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destina a cometer delitos [...]".

De esta definición legal se advierten siete elementos o características de la organización criminal, que han sido recogidos por una reciente sentencia de la Sala Penal Nacional, así en el caso *Caracol* se definen los elementos constitutivos de la organización criminal en los siguientes términos:

> [L]os criterios para determinar la existencia de una organización criminal, con la concurrencia de los siguientes componentes: i) personal: una agrupación de tres o más personas; ii) de gestión: que se reparten diversas tareas o funciones; iii) estructural: cualquiera sea su estructura; iv) espacial: cualquier ámbito de acción: v) temporal: con carácter estable o por tiempo indefinido; vi) modal: de manera concertada y coordinada; vii) teleológica: con la finalidad de cometer uno o más delitos graves[226].

En este caso, la Sala Penal Nacional ha establecido que los elementos "estructural" y "modal" son determinantes para la existencia de una organización criminal, de esta manera cuando la entidad no presenta estos elementos se debe calificar la concertación de personas como un

226 Sala Penal Nacional, *Sentencia N.° 03-2017-2SPAN-SPN*, 19 de julio del 2017; *Exp. N.° 00260-2014-15-5001-JR-PE-01.*

supuesto de pluralidad de personas, un supuesto común de codelincuencia. Así se precisa en la referida sentencia:

> [R]especto al *elemento estructural* que: [L]as organización necesita para su configuración de una estructura, esto es, unos medios técnicos materiales y personales, destinados al fin general de la organización, [...] pues no es una unión ocasional de personas, sino una agrupación que une sus esfuerzos para lograr un fin programático común [...], es decir, inexorablemente debe apreciarse armonía entre las actuaciones de cada uno de ellos, [...]. Respecto al *elemento modal,* tenemos que consiste en el conjunto de procedimientos estratégicos practicados de manera concertada y coordinada por los integrantes de la organización criminal, con la finalidad de facilitar la consumación delictiva. Ambos elementos —estructural y modal—confluyen principalmente para caracterizar a una organización criminal, distinguiéndola de los actos comunes de codelincuencia[227].

En esa medida, cuando no se acredite la existencia de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas, conforme a los elementos antes anotados, contenidos en el art. 317 del CP, pero los hechos se perpetraron con pluralidad de agentes (tres o más personas), subsidiariamente se configura no la agravante de comisión del delito como integrante de organización criminal, sino la agravante por la pluralidad de agentes, siempre que esa concurrencia de agentes no tenga vocación de permanencia; si este segundo supuesto se verifica, esto es que la pluralidad de agentes tenga vocación de permanencia, pero le falta alguno de los requisitos para ser considerada una organización criminal, la conducta ilícita tendría que ser calificado en un concurso real de delitos entre el tipo básico de tráfico ilícito de drogas (art. 296 CP) y el delito de banda criminal (art. 317.B CP)[228].

---

227 Sala Penal Nacional, *Sentencia N.° 03-2017-2SPAN-SPN*, 19 de julio del 2017; *Exp. N.° 00260-2014-15-5001-JR-PE-01.*

228 En la jurisprudencia española se ha explicado el concepto de "grupo criminal", que en nuestra legislación sería el delito de banda criminal, como una figura entre la codelincuencia y la coautoría, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de España N.° 70/2013 de fecha 20 de diciembre, se explica que "el grupo criminal

En la misma línea, en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo español, analizando los tipos penales de pertenencia a una organización criminal y grupo criminal, ha precisado que para la configuración del primer delito se requiere de una organización criminal con estructura organizativa más compleja que se mantenga en el tiempo, así como una jerarquía establecida y una distribución de roles definida, lo que permite el incremento de su capacidad lesiva al facilitar las operaciones de mayor nivel en cuanto a la cantidad de la droga o al ámbito territorial en el que se desarrollan, así lo anota Rodríguez Méndez:

> Merece la pena, [...] destacar que reciente jurisprudencia del TS en la línea que ya apuntábamos en el epígrafe anterior y como forma de delimitar las organizaciones criminales de los grupos, va apuntando criterios materiales que remiten a la mayor calidad de la articulación interna de las organizaciones criminales que requerirían una "cierta cualidad o perfil empresarial" con la tendencial despersonalización de las relaciones. En resumidas cuentas, la organización criminal tiene una estructura organizativa más compleja, consistente y rígida que se mantiene en el tiempo, así como una jerarquía establecida y una distribución de roles definida, lo que permite el incremento de su capacidad lesiva al facilitar las operaciones de mayor nivel en cuanto a la cantidad de la droga o al ámbito territorial en el que se desarrollan (STS 371/2014, de 7 de mayo). Estas características que remiten a un nivel mayor de estructuración, de profesionalización y de tecnificación de las organizaciones criminales, permitirían aplicar el tipo de pertenencia a organización criminal, dejando subsidiariamente el de grupo criminal para los casos en que dichas agrupaciones no alcanzasen tal nivel[229].

---

contempla *estructuras* destinadas a la ejecución de una pluralidad de hechos delictivos". Por esta razón y como indicios de su existencia, detalla una serie de hechos probados que permiten afirmar la existencia de una "estructura de cierta estabilidad que la soporte más allá del mero consorcio entre los cuatro acusados", y "una estructura con una mínima pluralidad de personas que permita abarcar las diversas tareas y cometidos del transporte transoceánico de cocaína". Citada por Méndez Rodríguez, "Los delitos de pertenencia a organización criminal", art. cit., p. 540.

229 Méndez Rodríguez, "Los delitos de pertenencia a organización criminal", art. cit., p. 545.

En el caso del Cartel de Tijuana, Recurso de Nulidad N.° 828–2007-Lima, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, considerando trigésimo primero, punto dos, ofrece una aproximación de los elementos constitutivos para determinar la existencia de una organización criminal:

> Ahora bien, la existencia de una organización criminal es evidente en el presente caso. No solo concurrieron al hecho varios sujetos [delito obviamente plurisubjetivo] —lo que potencia su ejecución y propicia la recíproca protección— que, de uno u otro modo, actuaron coordinadamente, con distribución de funciones, papeles o roles, en los marcos de un plan previamente concertado, y con diferencias en sus niveles de dirección y de ejecución. También concurre en este caso, y de modo esencial, a) la fijación de una cierta estructura jerárquica: mando, coordinación y ejecución —esto es presencia de órganos decisivos y órganos ejecutivos—, que concreta la distribución de papeles y responsabilidades de sus miembros, con sus propios cometidos —elementos objetivos—, a través de una seria planificación y preparación del hecho delictivo, y de una ejecución del hecho por medio de personas idóneas a tal fin; y, b) la nota característica de una cierta estabilidad y perdurabilidad en el tiempo —requisito temporal— [el transcurso del tiempo es indispensable para que la organización pueda estructurarse, distribuir funciones entre sus miembros y lograr desplegar alguna clase de actividad, en este caso vinculada al tráfico de drogas], que a su vez expresa una relevante capacidad operativa —con ámbitos de actuación de muy diverso típico—, más allá que solo se forme para un objetivo concreto u operación específica, como sería el caso de la organización objeto de examen recursal[230].

En el Recurso de Nulidad N.° 5385-2006-Lima, del 14 de diciembre del 2007, caso *Abimael Guzmán,* la Corte Suprema estableció las características de una organización criminal de tipo terrorista en los siguientes términos:

a) En el marco del funcionamiento de una modalidad de criminalidad organizada, que presenta las siguientes características: (i) Perma-

230 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 828-2007*, Lima: 8 de junio del 2007.

nencia delictiva; es decir, la existencia temporal indeterminada y dinámica de la organización terrorista, a fin de realizar sus planes y programas delictivos; (ii) Vocación delictiva indeterminada: la organización criminal y en particular, la organización terrorista Sendero Luminoso concreto sus planes a través de la comisión de un conjunto masivo e indeterminado de actos delictivos; (iii) Estructura jerarquizada rígida o flexible, en la que dicha organización funciono mediante un sistema de roles, mandos o tareas distribuidos racionalmente de manera vertical; (iv) Alcance nacional de sus actos, con proyección internacional, concretados en atentados, sabotajes, aniquilamientos, agitación o propaganda terroristas, en el ámbito urbano y rural; (v) Red de fuentes de apoyo ideológico, técnico, operativo o social que se evidenciaron en el funcionamiento de órganos como los que la Sala Suprema ha descrito en el considerando precedente.

b) De manera sistemática y en función de planes elaborados, trasmitidos e implementados desde las estructuras superiores y centralizadas de la organización criminal.
c) Por personas, plenamente responsables, pero pertenecientes a una estructura colectiva, a quienes se les juzga de acuerdo con los criterios de imputación individual, aplicables a cualquier delito y a cualquier ciudadano.
d) Poniendo en peligro el funcionamiento de las condiciones fundamentales de convivencia social, trascendiendo incluso a los daños a bienes jurídicos individuales.
e) Causando graves perjuicios personales y materiales, cuya determinación efectiva y probable, debe realizarse de acuerdo con criterios amplios.
f) Haciendo use de medios especialmente violentos, arteros y crueles[231].

La doctrina ha destacado la importancia de la presencia del elemento "existencia de una organización criminal", a efectos de la configuración de la agravante. Zúñiga Rodríguez plantea:

231 Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, *Recurso De Nulidad N.° 5385-2006*, 14 de diciembre del 2007.

> El elemento fundamental de lo que denominamos criminalidad organizada es la existencia de una organización criminal. Esto es, no se trata de la suma de dos o más personas, sino de "una ordenación formal de actividades consecutivas y ordenadas encaminadas a la realización de objetivos específicos y comunes"; es lo que los sociólogos denominan sistema social. Lo esencial en una organización (sea legal o ilegal), es la designación de los objetivos o fines comunes, pues es lo que le da racionalidad, en tanto que dichos objetivos son los que determinan todas sus características: estructura, fines intermedios, división del trabajo, las relaciones entre los miembros, el sistema de toma de decisiones, las relaciones con el mundo exterior y los códigos de conducta. Lo protagónico en la organización criminal es que los objetivos finales y/o mediatos son la realización de delitos, siempre con un fin último: el ánimo de lucro[232].

Lo cierto es que, para la aplicación de la circunstancia agravante bajo comentario y a efectos de verificar el elemento "existencia de una organización criminal", se debe recurrir a la definición de "organización criminal" precisada en el art. 317 del CP y analizar en un caso concreto la concurrencia de los siete condiciones que ahí se enumeran para su constitución: i) personal: una agrupación de tres o más personas; ii) de gestión: que se reparten diversas tareas o funciones; iii) estructural: cualquiera sea su estructura; iv) espacial: cualquier ámbito de acción: v) temporal: con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido; vi) modal: de manera organizada concertada y coordinada; vii) teleológica: con la finalidad de cometer delitos de tráfico ilícito de drogas. Siendo, los componentes esenciales para la existencia de una organización criminal, los elementos estructural y modal, por el elemento estructural se entiende que la organización necesita para su configuración de una estructura, esto es, unos medios técnicos materiales y personales, destinados al fin general de la organización, pues no es una unión ocasional de personas, sino una agrupación que une sus esfuerzos para lograr un fin programático común, es decir, inexorablemente debe apreciarse armonía entre las actuaciones de cada uno de ellos. Mientras que, en el

232 Zúñiga Rodríguez, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, ob. cit., p. 128.

elemento modal, tenemos que consiste en el conjunto de procedimientos estratégicos practicados de manera concertada y coordinada por los integrantes de la organización criminal, con la finalidad de facilitar la consumación delictiva. Ambos elementos —estructural y modal— confluyen principalmente para caracterizar a una organización criminal, distinguiéndola de los actos comunes de codelincuencia y de la figura de la banda criminal.

6.2.3. Hecho ilícito (TID) es cometido como integrante de una organización criminal dedicada al TID

El segundo elemento para la configuración de la agravante bajo comentario es que el agente actúe como integrante de una organización criminal, esto es, que se adscriba a la estructura, a los planes, designios y los medios (operatividad) que posee la misma para la ejecución del delito, en suma, que el hecho ilícito se perpetre en cumplimiento del programa delictivo de la organización. Para Zúñiga Rodríguez[233], el significado de pertenencia a una organización criminal resulta ser un concepto compuesto a su vez por otros dos conceptos; por tanto, complejo, primero, el concepto de organización criminal, definición que da la propia ley, y, segundo, un comportamiento personal de conexión con la organización criminal, que se entiende como "miembro, dirigente, fundador, integrante", quienes forman parte del *pactum sceleris*, es decir, del acuerdo de voluntades con finalidad criminal. Por consiguiente, se entiende que pertenecen a una organización criminal quienes con conciencia y voluntad forman parte de una estructura estable para realizar delitos.

Sobre este último aspecto, Naval Linares sostiene:

> La circunstancia agravante "en calidad de integrante de una organización criminal [...]", se configura cuando el agente no solo actuó en concierto junto a dos o más personas, sino que su participación

233 *Ibid.*, p. 357.

> se realizó como parte de una organización estructurada dedicada al tráfico de drogas[234].

En la misma línea Prado Saldarriaga explica que "el legislador toma en cuenta la integración y dependencia del agente a una organización criminal. Esto es, que el delito lo cometa en tal condición"; además, precisa:

> [P]odemos sostener que para el derecho penal peruano existirá el agravante aún en el supuesto de que el agente actúe y sea procesado individualmente. Claro está, siempre que su conducta haya significado el cumplimiento de los designios y operatividad de una organización criminal con la cual se encuentra vinculado[235].

Méndez Rodríguez sostiene:

> Pertenecer a la organización significa ser miembro de la misma. Y es justamente la condición de miembro la que permite establecer los límites de la organización. Los miembros conocen y comparten el objetivo de la organización y contribuyen de diversas formas a su mantenimiento, formando parte de su estructura a través del desempeño de alguna función o cargo, aunque no se trate de una función de carácter permanente, sino simplemente contingente, lo que permite distinguir entre unos miembros y otros, según el grado de estabilidad en su condición de miembro, tratándose de una posición de carácter indefinido en el caso de los miembros permanentes, o de carácter temporal, en el caso de los contingentes[236].

En ese entendido, refiere la referida autora española:

> Hay que distinguir a los miembros, de los colaboradores o cooperadores que no forman parte de la organización, aunque puedan realizar

234 Naval Linares, "El tráfico ilícito de drogas en los acuerdos plenarios de la Corte Suprema de Justicia de la República", art. cit., pp. 345 y 346.

235 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 163.

236 Méndez Rodríguez, "Los delitos de pertenencia a organización criminal", art. cit., p. 525.

> incluso aportes que son necesarios para su mantenimiento, como asesorar, proporcionar información o realizar tareas específicas. Se trata de personas externas pero próximas al entorno de la organización que pueden provenir del mundo profesional, político o empresarial[237].

En esa línea, MILITELLO advierte lo siguiente:

> [P]ertenece a una organización delictiva aquel que aporte una contribución no ocasional a la comisión de los delitos objeto de las actividades de la organización, o al mantenimiento de sus estructuras operativas, cuando sea consciente de que de este modo está fortaleciendo la capacidad delictiva de la organización; es decir, de que hace que el cumplimiento del programa delictivo sea más probable o más rápido, o de que incrementa el grado de su realización[238].

De esta manera, a efectos de configurar la agravante el agente debe cometer el delito como parte del programa criminal y por designios de la organización criminal a la cual se encuentra integrado, así en el caso del Cartel de Tijuana, Recurso de Nulidad N.° 828-2007-Lima, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, dejo sentado que la persona imputada por esta agravante debe desplegar una conducta como parte del plan criminal de la organización criminal. Esto supone que su concreta actividad debe ligarse, irremediablemente, al plan criminal en su conjunto en función de su ligazón con sus máximos responsables, de ahí que el agente responde no como cómplice sino como coautor.

> El Tribunal Superior en la sentencia recurrida declaro probado que el citado imputado Cano Jiménez llego al Perú a pedido de su padre Cano Gonzáles, administrador de la operación criminal montada en el país para la elaboración y exportación de droga hacia México. Una tarea concreta que realizo fue llevar dinero, a instancia de su padre, a policías del puesto de machente para que permitan el acceso y, luego, el regreso del camión cisterna. [...].

237 *Ibid.*, pp. 525 y 526.

238 MILITELLO, Vincenzo, "La pertenencia a una organización criminal como tipo penal modelo europeo", en *Persona y Derecho*, n.° 51, 2004, p. 294.

> Su vinculación con uno de los principales gestores de la operación delictiva de la organización criminal: el encausado Cano Gonzáles —quien además es su padre, quien lo trajo al Perú para que secundara sus tareas delictivas—, así como con Libardo Montealegre, y a partir de ellos a otros muchos coimputados, revela que no era un periférico a la propia organización ni a la ejecución de acciones de tráfico de drogas. Su concreta actividad debe ligarse, irremediablemente, al plan criminal en su conjunto, que, en función de su ligazón con sus máximos responsables, en consecuencia, no es un cómplice sino un coautor.
>
> Es menester precisar, a este respecto, que la coautoría importa la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran dolosamente; que, a su vez, la coautoría no ejecutiva, exige a sus autores la prestación de tareas, por su nivel de integración al plan criminal, necesarias para comisión del delito; que, en el presente caso, esas tareas, que importan un dominio funcional del hecho, fueron realizadas por el imputado Cano Jiménez, toda vez que, ya integrado a la organización y a sus planes ejecutivos, facilito el éxito del transporte de los insumos químicos y de la droga —viajo en dos oportunidades al Puesto de Control de Machente para entregar dinero y, de ese modo, garantizar el pase del camión cisterna, tanto de ida como de vuelta, llevando insumos químicos y, luego, la droga elaborada—, así como se vinculó a quienes producían la droga para garantizar su cometido y a los que dirigían toda la operación en su conjunto —no solo tenía conocimiento del cargamento de droga, sino también mantenía contacto con Libardo Montealegre—[239].

En este caso el sujeto imputado actuó como parte de los designios y plan criminal de la organización criminal. De esta manera, se integró a la organización y sus planes ejecutivos, vinculándose a quienes producían la droga para garantizar su cometido y a los que dirigían toda la operación en su conjunto; fue el encargado de traer el dinero desde México para financiar los actos ilícitos de la organización; se encargó de transportar insumos químicos para la elaboración de la droga, así como de transportar la droga ya elaborada, participando activamente

239 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 828-2007*, Lima: 8 de junio del 2007.

en varias etapas del plan criminal ideado desde las estructuras organizativas dirigenciales, plan al que se adscribió, ejecutándolo. Bajo esa perspectiva, la Corte Suprema concluye:

> [E]n el delito perpetrado no solo existe una pluralidad de agentes, sino que ellos conformaron una organización ilícita de estructura flexible dedicada al tráfico ilícito de drogas, que a su vez cumplía órdenes y dependía de una superior, pero que dentro de sí asumía los indicadores principales e imprescindibles de toda organización criminal[240].

Peña-Cabrera advierte en ese sentido que la participación del agente debe efectuarse en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas, de ahí que cualquier contribución ocasional fuera del aparato criminal no satisface esta figura agravada. Así lo plantea el referido autor nacional:

> [E]l agente debe actuar como integrante de una organización delictiva dedicada al TID, —al momento de la perpetración del injusto típico (tempus comissi delicti)—, por lo que aquellos individuos que de forma circunstancial (ocasional) colaboran con la organización para la comisión de actos de disvalor jurídico-penal, al estar fuera del aparato criminal, no pueden ser penalizados según esta agravante[241].

En la misma línea, Álvarez García *et al.*[242] plantean que lo que agrava el precepto es únicamente la integración ("pertenencia") en la organización, que no debe ser confundida con los supuestos de colaboración más o menos esporádicos con la misma, esta colaboración con la organización podría ser tenido en cuenta en el momento de la individualización judicial de la pena.

240 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 828-2007*, Lima: 8 de junio del 2007.

241 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 181.

242 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 170.

Según Méndez Rodríguez[243], la jurisprudencia española entiende que la pertenencia a la organización excluye la simple colaboración esporádica, aunque sea más o menos repetida, o el mantenimiento de relaciones con aquella (aunque reciba de ella droga con mayor o menor periodicidad. Es decir, el hecho de que se participe en un delito cometido en el seno de una organización, no convierte al partícipe en miembro de la misma, si solo colabora puntualmente, sin vocación de integración más o menos permanente en el grupo organizado. Por ello, concluye la citada autora, la nota que, según la jurisprudencia española, identificaría la pertenencia y permitiría deslindarla de la coparticipación sería la "integración" en la organización (aunque fuese para una operación concreta), esto es, el hecho de ser miembro (permanente o temporal de la misma).

La permanencia en la adscripción a la organización criminal es el elemento que distingue la actuación del agente en codelincuencia ocasional, de la integración o pertenencia a la organización, con lo cual la pertenencia a la organización según STS español N.° 544/2011, del 7 de junio:

> No se trata, por lo tanto, de una colaboración en actos ejecutados por una organización, sino de que el culpable pertenezca a ella, lo cual implica una relación caracterizada no solo por la presencia de elementos jerárquicos, sino también por otros aspectos más relacionados con la estabilidad o permanencia o con la vocación de participación en otros hechos futuros del mismo grupo, o, al menos, la disponibilidad para ello[244].

En términos similares, en STS español N.° 603/2010, del 8 de julio del 2010 se señala:

243 Méndez Rodríguez, "Los delitos de pertenencia a organización criminal", art. cit., pp. 526 y 527.

244 *STS español 544/2011*, 7 de junio del 2011.

> La pertenencia, de esta forma, supone la integración de manera más o menos definitiva, pero superando la mera presencia o intervencion episódica, y sin que signifique necesariamente la participación en los actos violentos característicos de esta clase de delincuencia, pues es posible apreciar la pertenencia a la organización como integrante de la misma cuando se desempeñan otras funciones diferentes como consecuencia del reparto de cometidos propio de cualquier organización, a la que no es ajena la de carácter criminal[245].

Razón por la cual, cuando el concierto de persona se da fuera de una organización criminal, la agravante que se configura según sea al caso, resulta ser el supuesto de agravación de pluralidad de agentes en la comisión del delito. Así lo plantea Prado Saldarriaga al comentar que "si el delincuente realiza su acción delictiva fuera de una estructura criminal no se producirá el efecto agravante [...], la pluralidad de agentes en mero concierto es cubierta por otra agravante específica [...]"[246]. Además, respecto a la diferenciación de la integración con la colaboración se ha sostenido, en STS español del 23 de diciembre del 2014, que los integrantes tienen vínculos estables y permanentes con la organización, estando sometidos a su disciplina, a diferencia de los colaboradores que no mantienen este tipo de vínculos, sino una actividad puntual y ocasional[247].

En el caso del Cartel de Tijuana, Recurso de Nulidad N.° 828-2007-LIMA, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el considerando trigésimo, punto dos, destaca que cuando se analiza la participación de diversos agentes en calidad de integrantes de una organización criminal debe apreciarse el rol o función que desempeñaban en el colectivo de personas que integraban la organización y en aras de consolidar

245 Citada por Rosas Oliva, Juan Ignacio, *La participación en una organización delictiva como tipo penal autónomo. Una aproximàción a su injusto y tipificación en España*, tesis para optar el grado de doctor, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2015, p. 296.

246 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada*, ob. cit., p. 163.

247 Citada por Rosas, *La participación en una organización delictiva como tipo penal autónomo. Una aproximación a su injusto y tipificación en España*, ob. cit., p. 296.

la efectividad de diversos actos de fabricación o tráfico de drogas[248], resultando suficientes estos actos para la consumación de la figura básica, del primer párrafo del art. 296 del CP, no siendo necesario la ejecución perfecta del plan criminal de la organización, consistente en la exportación de droga al extranjero, ya que por sí solos los actos de fabricación y/o tráfico (tales como manipulación, venta, aportación, transporte, intermediación, custodia o almacenaje, descarga, vigilancia y recepción) son considerados delitos autónomos.

> En el presente caso, la actividad de la organización comprendió ambas fases del ciclo de la droga, en sus múltiples variedades [actos de fabricación y tráfico]. Quienes intervinieron en ellas, lo hicieron conscientemente del rol o función que desempeñaban en el colectivo de personas que integraban la organización y en aras de consolidar la efectividad, tanto de la fabricación como del tráfico o comercialización de drogas. Si bien, como todo parece ser, la droga en cuestión: clorhidrato de cocaína —desde el plan de los autores— no llego al barco que la esperaba en alta mar, pues se incautó cuando estaba almacenada, preparada para su inmediata y ulterior exportación, ello en modo al-

248 Haciendo un análisis del primer párrafo del art. 296 del CP, la Corte Suprema ha precisado: "El tipo básico del delito de tráfico ilícito de drogas, previsto y sancionado por el artículo doscientos noventa y seis del Código Penal, en lo pertinente, comprende a quien ejecuta concretos actos de fabricación o de tráfico y, con ellos, promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas a potenciales usuarios —primer párrafo—. La conducta típica del denominado "delito-fin": tráfico ilícito de drogas, exige no cualquier acto de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas, sino solo los actos de fabricación y tráfico, aunque por la amplitud de esos últimos conceptos, la ley asume una tendencia de criminalizar todo el ciclo de la droga —penalización de todo comportamiento que suponga una contribución, por mínima que sea, a su consumo—, que abarca los dos momentos fundamentales de todo circuito económico que va ínsito en la comercialización de la droga: de un lado, la fabricación —la elaboración de la misma, es decir, todos aquellos procesos que permitan obtener droga: preparación, depuración y transformación—; y, de otro, la distribución por medio de múltiples maneras —todas aquellas conductas que importan extender y expandir la droga mediante su transferencia a terceros en virtud de cualquier título, tales como manipulación, venta, aportación, transporte, intermediación, custodia o almacenaje, descarga, vigilancia y recepción—". Sala Penal Permanente De La Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 828–2007,* Lima: 8 de junio del 2007.

> guno significa que no se está un delito consumado, pues ya se habían cumplido muchas de las fases que, autónomamente, son penalmente relevantes y con entidad consumativa propia, y, por lo demás, ya existía disponibilidad sobre la droga. Como es obvio, debe diferenciarse entre consumación y agotamiento; la efectiva exportación y ulterior entrega al destinatario no significa otra cosa que el agotamiento del delito, que es una fase posterior a la propia consumación —de carácter formal—[249].

En esa medida debe apreciarse la contribución de los agentes a los actos criminales de la organización en base al concepto de coautoría, donde sus conductas (aportes fácticos) signifiquen el cumplimiento de los designios y operatividad de una organización criminal a la cual se integraron. Apreciándose, además, si su aporte durante la realización del delito, en su fase ejecutiva, tuvo un carácter necesario, difícilmente reemplazable, esencial o imprescindible; bien condiciono la propia posibilidad de realizar el hecho, o bien redujo de forma esencial el riesgo de su realización. Es importante resaltar adicionalmente, que cuando se aprecia el aporte de sujetos adscritos a una organización criminal, lo decisivo para esta forma de coautoría no solo es la importancia del aporte de todos los miembros de la organización en el momento de la ejecución, sino la importancia de su contribución, ejecutiva o no, en la realización del hecho. Así, en el Recurso de Nulidad N.° 828-2007-Lima, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el considerando trigésimo, punto tres, analizó lo siguiente:

> Han participado en el hecho numerosas personas [de las cincuenta y cuatro imputadas, ocho han sido absueltas, veintisiete han sido condenadas y diecinueve están en la condición de no habidas]. Más allá de la amplitud del tipo legal, desde luego es posible diferenciar entre conductas de autoría y conductas de participación. Empero, la intervencion de los imputados —en el presente caso— debe apreciarse desde la coautoría. Así: son coautores los que de común acuerdo toman parte en la ejecución del delito codominando el hecho, los agentes

249 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 828-2007*, Lima: 8 de junio del 2007.

> intervienen en la correalización de la acción típica. Salvo muy contadas excepciones, los condenados, en general, adoptaron una decisión conjunta al hecho típico, que es lo que permite vincular funcionalmente los distintos aportes al mismo que llevaron a cabo; cada aportación objetiva al hecho en el estadio de ejecución está conectada a la otra mediante la división de tareas acordada en la decisión conjunta, y sus aportes fueron tales que sin ellos el hecho no hubiera podido concretarse. Su aporte durante la realización del delito, en su fase ejecutiva, tuvo un carácter necesario, difícilmente reemplazable, esencial o imprescindible; bien condiciono la propia posibilidad de realizar el hecho, o bien redujo de forma esencial el riesgo de su realización.
>
> Es de insistir, por lo demás, que lo decisivo para la coautoría, como apunta Muñoz Conde, es la importancia del aporte de todos los miembros de la organización en el momento de la ejecución, sino la importancia de su contribución, ejecutiva o no, en la realización del hecho; el art. veintiocho del CP Español —similar en ese aspecto al artículo veinticuatro de nuestro Código Penal— no toma como punto de referencia común a las distintas forma de autoría la "ejecución" sino la "realización" del hecho, que es un concepto más amplio que el de "ejecución" [Problemas de autoría y de participación en la criminalidad organizada. En: Delincuencia organizada-Aspectos penales, procesales y criminológicos, Juan Carlos Ferré Olivé / Enrique Anarte Borallo Editores, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, mil novecientos noventa y nueve, página ciento cincuenta y siete][250].

Con lo cual responden en calidad de coautores y se les aplica la circunstancia agravante específica de "comisión del delito en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas", a quienes ejecutaron actos aparentemente no trascendentes —como la constitución de una empresa para la adquisición de un barco con que sacar la droga o la adquisición de inmuebles para el acopio y almacenaje de la droga—pero que visto en conjunto con el plan criminal, eran aportes indispensables para consecución de los actos de tráfico ilícitos de drogas, y también responde bajo esta figura agravada

250 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.°* 828-2007, Lima: 8 de junio del 2007.

quienes ejecutaron actos de fabricación y/o transporte de la droga hacia el puerto para su exportación al extranjero. Al respecto, en el Recurso de Nulidad N.° 828-2007-Lima, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el considerando trigésimo, punto cuatro, advierte:

> Así, conectados como parte de un plan —común porque algunos lo idearon y todos lo concretaron progresivamente—, los imputados, sin perjuicio de las tareas específicas que llevaron a cabo, en su conjunto y de modo individual, realizaron indistintamente actos —muchos solo uno y algunos varios—: a) de dirección y de coordinación general del conjunto de sus pasos y del trabajo criminal que implementaron, que incluyo la administración del dinero y la búsqueda y concreción de los aportes individuales —los menos—; b) de adquisición o aporte de droga bruta o primaria, materias primas e insumos químicos; c) de elaboración de la droga, previa construcción de un laboratorio clandestino con sus implementos; d) de transporte terrestre, con todo lo necesario para su consecución, incluyendo la facilitación para superar sin problemas los controles policiales; e) de concreción, frustrada, de transporte aéreo a través de aeronaves militares; f) de montaje de una aparente empresa pesquera y adquisición de una nave destinada al transporte final de la droga hacia alta mar; g) de consecución de una estructura inmobiliaria, y de apoyo material y conexión tanto con el barco que se encontraba en alta mar cuanto con su tripulación; h) de carga y descarga de la droga, así como de su almacenaje; e, i) de traslado, frustrado, de la droga hacia alta mar, donde se encontraba el barco de bandera mexicana.
>
> Intervinieron, como es evidente, una pluralidad de personas que se pusieron de acuerdo con tal fin, que actuaron coordinadamente a través de una estructura jerárquica, que explica las distintas tareas encomendadas y realizadas por cada uno de ellos[251].

De esta manera, en el Recurso de Nulidad N.° 828-2007-Lima, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el considerando trigésimo, punto cinco, destaca que, en función de las grandes dimensiones de la operación criminal montada al efecto, a las tareas que desarrollaron se-

251 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 828-2007*, Lima: 8 de junio del 2007.

gún el plan, ninguno de los intervinientes —más allá de su nivel directriz o de coordinación sectorial— llevó a cabo todos los elementos del tipo con exclusividad; ninguno tenía el dominio del hecho en su totalidad. Esto supone que en todos los intervinientes reside el dominio global de los hechos, por lo que todos los que han realizados aportes esenciales a la consecución del plan criminal deben responder como coautores del delito tráfico ilícito de drogas[252]; que, al actuar en el marco de una estructura criminal, responden además bajo la circunstancia agravante de la "comisión del delito en calidad de integrante de una organización criminal".

> Como es evidente, muchos de esos actos, en sí mismos, constituyen actos típicos de ejecución del delito en cuestión, y alguno de ellos –enlazados con el acto típico intermedio según el plan general– constituyeron un paso imprescindible para su concreción: para la configuración de una empresa, para lograr que el transporte de insumos o de droga cumpliera su cometido, para ubicar e incorporar a las personas y obtener los aportes imprescindibles para que las metas trazadas se cumplieran, etcétera. Así las cosas, en función de las grandes dimensiones de la operación criminal montada al efecto, a las tareas que desarrollaron según el plan, ninguno de los intervinientes –más allá de su nivel directriz o de coordinación sectorial– llevó a cabo todos los elementos del tipo con exclusividad; ninguno tenía el dominio del hecho en su totalidad, con exclusión de los demás, pues en ese caso habría autoría directa unipersonal o plural focalizada en unos cuantos sujetos, y los demás intervinientes serían partícipes.
>
> En conclusión, todos los imputados cuya situación jurídica ha sido materia de reproche impugnativo, son coautores del delito de tráfico ilícito de drogas, ello sin perjuicio de apreciar la entidad concreta —el

252 Así se advierte en la jurisprudencia española que cuando se ha determinado la aplicación del subtipo agravado de pertenencia a una organización criminal, el sujeto responde por los actos de tráfico de drogas del cual todos participan, "La pertenencia al grupo, cuya existencia se declara probada, implica que resulta responsable de la posesión de la droga perteneciente a aquel, destinada al tráfico en el que todos participaban". *STS español N.° 371-2014,* 7 de mayo del 2014.

> ámbito específico—de su aporte en el hecho global, cuya significación es de valorar para medir la pena.[253]

En el mismo sentido, Sequeros Sazatornil destaca que en el concepto normativo penal de organización debe entenderse en unos parámetros comprendidos entre los de simple coautoría, como modalidad básica de forma de participación plural y el de agrupación paramercantil, derivada de una concepción societaria con fines lucrativos. En aquella primera concepción —absorbida por el tipo básico— basta que entre todos los que concurran a la ejecución del hecho se establezca, por virtud de la unidad de voluntades, un vínculo de solidaridad que los haga responsables igualmente y en el mismo grado cualquiera que sea la parte que cada uno tome, mientras todos coadyuven de un modo directo y eficaz a la persecución del fin propuesto, con independencia de los actos que realice cada uno de ellos. Dicha unión será el resultado de un *pactum scaeleris*, que establezca entre las personas que se conciertan un nexo de unión que las haga la función o cometido que a cada uno de los concertados se les asigne, siempre que el convenio se desarrolle dentro de los presupuestos y fines concertados[254].

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N.° 3227-2014- Lima, ha establecido que cuando se analiza la responsabilidad penal de sujetos que han actuado en el marco de una estructura criminal, debe tener en cuenta el rol y el comportamiento conjunto de todos los imputados, cuyas conductas se integran en orden a la finalidad del plan criminal de la organización, vinculada al tráfico de drogas. De esta manera plantea:

> [P]ara dilucidar la situación jurídica de los involucrados en este proceso penal, es de tener presente que se trata de un delito cometido en los marcos del funcionamiento de una estructura criminal. El modelo de

253 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 828-2007*, Lima: 8 de junio del 2007.

254 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, ob. cit., p. 210.

> imputación debe tener en cuenta el rol y el comportamiento conjunto de todos los imputados, cuyas conductas se integran en orden a la finalidad del plan criminal de la organización, vinculada al tráfico de drogas (injusto de organización e injusto personal). Todos los hechos del conjunto de integrados a la organización, como de los vinculados a ella, forman parte del hecho total o único de la estructura criminal actuante. No es, pues, un injusto individual y, por ende, no puede tratarse de esa forma.
>
> De igual manera, la valoración de la prueba debe asumir esos criterios de imputación, objetiva y subjetiva. La inferencia probatoria que corresponde, luego de extraer el elemento de prueba y ordenar la información que resulte de ella, debe asumir las lógicas de actuación de una organización criminal y las máximas de experiencia producto del conocimiento y de la criminalística configurada para esta modalidad de injusto[255].

Así, por ejemplo, se analiza el aporte fáctico de un imputado, que participo en el alquiler del terreno donde se construyó un laboratorio para la fabricación de droga, y, además, realizaba actos de fabricación de dichas sustancias, siendo que fue detenido en el laboratorio, otros coimputados han referidos que se dedicaba a la elaboración de drogas, mantuvo comunicaciones y contactos con otros miembros de la organización y su coartada para justificar su presencia en el laboratorio no tiene consistencia. Concluyendo la Corte Suprema que el rol que desempeñaba era activo y, como es obvio, su presencia en un laboratorio de droga no puede ser accidental, pues solo puede explicarse a raíz de un involucramiento en los hechos: no se lleva a un local delictivo a un extraño. Aplicando en este último extremo una máxima de la experiencia, que quien es intervenido en un laboratorio de droga se encuentra involucrado con actividades de tráfico ilícito de drogas, pues a estos lugares no se lleva a extraños[256].

---

255 Sala Penal Transitoria De La Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 3227-2014*, Lima: 24 de agosto del 2016.

256 Esta máxima de la experiencia similar fue invocada por la Sala Penal Nacional, en este caso se refirió a que solo se lleva a una persona al lugar secreto donde se almacena casi siete toneladas de drogas, cuando esta es del entorno de la

> Que el encausado Herrera Jiménez (colombiano) fue capturado en el laboratorio, conjuntamente con otros diez encausados. Además, fue quien coordino con Limaco Bermudo para el alquiler del predio donde se construyó el laboratorio (Puesto Dos), así como intervenía en la elaboración de droga [declaración preliminar, con fiscal de fojas ciento veintitrés, e instructiva de fojas dos mil setecientos sesenta]. Está vinculado sentimentalmente con Lorita Arrieta Bermudo, también involucrada en este delito. El encausado Roca Padilla lo vincula pues fue quien lo envió al laboratorio, además se encargaba de parte de la transformación de la droga [declaración preliminar de fojas ciento cincuenta, con fiscal, no desvirtuada en su declaración instructiva de fojas dos mil seiscientos treinta y tres]. En igual sentido declaro Arrieta Bermudo [declaración preliminar, con fiscal, de fojas ciento cincuenta y siete, e instructiva de fojas dos mil cuatrocientos setenta y ocho]. Lo menciona Almeida de la Cruz [fojas noventa y ocho, dos mil cuatrocientos ochenta y seis y dos mil novecientos uno].
>
> Asimismo, este imputado está registrado en el teléfono del condenado Carlos Rosero Granobles [declaración de fojas setenta y dos]. Ha sido visto con los condenados Almeida de la Cruz y Paredes Montoya [vídeo cuatro, del acta de visualización de fojas cuatrocientos ocho].
>
> Estos datos son categóricos. Su versión, en el sentido que solo tenía vínculos de amistad con algunos imputados y que estuvo en el laboratorio por indicación de Rafael Vélez Rengifo para un negocio de ganadería [instructiva de fojas dos mil cuatrocientos] carece por entero de racionalidad —no existe la menor acreditación de una actividad empresarial próxima a la línea de conducta del imputado, tanto más si era un extranjero sin mayor experiencia laboral—. El rol que desempeñaba era activo y, como es obvio, su presencia en un laboratorio de droga no puede ser accidental, pues solo puede explicarse a raíz de un involucramiento en los hechos: no se lleva a un local delictivo a un extraño[257].

---

organización criminal, así se expresó: "[S]e puede llevar a una persona a una zona secreta o reservada donde se almacenan caso siete toneladas de cocaína, cuando esa persona es del entorno, los riesgos se controlan y se conjuran en esta clase de organizaciones". Segunda Sala Penal de Apelaciones, Exp. *N.° 00241-2014,* 28 de marzo del 2018.

257 Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 3227-2014,* Lima: 24 de agosto del 2016.

Asimismo, resulta importante resaltar que, en este recurso de nulidad, se analiza el aporte factual de un imputado a quien se le atribuye haberse encargado de la construcción del referido laboratorio utilizado por la organización criminal para la elaboración de droga, siendo que fue intervenido en el referido laboratorio, fue captado en la construcción del laboratorio, mantuvo comunicaciones y contactos con otros miembros de la organización.

> Que el encausado Mauro Manuel Choquehuanca Anco (a) "Jorge" fue capturado en el interior del Puesto Dos (Laboratorio). Se le incauto su teléfono celular número novecientos cincuenta y siete guion ochocientos sesenta y nueve y guion seiscientos diecinueve [acta de fojas doscientos cincuenta y nueve]. En su memoria constan llamadas de Jesús Rosero Granobles (a) "Tito" [acta de deslacrado y lectura de memoria de fojas trescientos noventa y cuatro]. En el acta de visualización de vídeo de fojas cuatrocientos ocho (video número ocho) se advierte una reunión con los primos Quispe Celestino y Marcos Celestino; allí también aparece el vehículo de placa de rodaje HO guion cinco mil doscientos cuarenta y uno, coche incautado en el Puesto Cuatro y que en una oportunidad se le vio con el encausado Quispe Celestino.
>
> Dicho encausado estuvo en la construcción del laboratorio —su coartada, en el sentido que se construyó un galpón para cuyes no tiene consistencia y, además, no explica qué hacía en el lugar de los hechos cuando fue capturado; ese local no es un galpón, sino un laboratorio—. Las continuas llamadas telefónicas entre él y Quispe Celestino dan cuenta de que la construcción no era lo que alude, y que allí se llevaban diversos productos —obviamente, los IQF—[véase fojas mil doscientos veintinueve, mil doscientos sesenta, mil trescientos cuatro, mil trescientos veinte, mil trescientos veintiunos, mil trescientos sesenta y uno y ciento veintisiete].
>
> En coordinación con Quispe Celestino alquilo un terreno —uno de los intervenidos por la Policía— [así lo reconoce este último, y se trataba de un terreno dedicado a cochera: declaración preliminar de fojas ciento tres], pero aduce que fue al local allanado para cobrar lo que se le debía por su trabajo [declaraciones de fojas noventa, doscientos veintiséis y cuatro mil cuatrocientos treinta y seis]. Tal coartada, sin embargo, no tiene mérito. La construcción, como es de insistir, tenía las características de un laboratorio, no de un galpón para la crianza de

> cuyes; y, es evidente que esa construcción para un destino delictivo no podía encargase a terceros ajenos a la organización criminal, y menos que se encuentre en el lugar cuando incursiono la policía. Sus contactos con miembros de la misma consolidan su intervencion delictiva, y la utilización de seudónimos es relevante al respecto.
>
> Que es importante destacar, frente a la causa de pedir impugnativa, que se le incauto un celular y que este fue utilizado para la interceptación telefónicas, al igual que de sus coimputados. Si bien no existe pericia de voz, es de puntualizar que más allá de ese defecto existe prueba distinta que lo vincula con los hechos: su propia presencia en el laboratorio es definitiva y además ha sido filmado en una ocasión[258].

Se reafirma, entonces, que cuando nos encontramos frente al accionar de organizaciones criminales, debido la complejidad operación criminal que puede abarcar varias etapas del ciclo de la droga, las tareas que desarrollaron los intervinientes según el plan criminal, ninguno —más allá de su nivel directriz o de coordinación sectorial— lleva a cabo todos los elementos del tipo con exclusividad; ninguno tenía el dominio del hecho en su totalidad. Esto supone que en todos los intervinientes reside el dominio global de los hechos, por lo que todos los que han realizados aportes esenciales a la consecución del plan criminal deben responder como coautores del delito tráfico ilícito de drogas, que al actuar en el marco de una estructura criminal, responden además bajo la circunstancia agravante de la "comisión del delito en calidad de integrante de una organización criminal".

Además, es de resaltar que en los casos donde se analiza la participación del delito de tráfico ilícito de drogas en el marco de una organización criminal, a efectos de evaluar a cabalidad la contribución criminal de cada uno de los intervinientes es necesario realizar un análisis del conjunto de las evidencias, lo que permite comprender la trama delictiva en toda su difusa concreción, y tener en cuenta la situación de cada uno de los imputado en función de la organización que integran o a la que

258 Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 3227-2014*, Lima: 24 de agosto del 2016.

de uno u otro modo colaboran. Este examen global permite advertir la presencia de un conjunto de personas en variadas funciones específicas, relaciones mutuas y vinculaciones entre sí, pero de uno u otro modo unidas en torno a un eje organizativo, a partir del cual se adscribían o colaboraban con su designio o propósito materializado en el tráfico ilícito de drogas. De esta manera se aprecia la estructura, dinámica y funcionamiento de la organización criminal cuya accionar se dirige a la consecución de sus objetivos criminales, dentro de un plan que parte desde su eje organizativo y es compartido por sus demás componentes. El Caso Zevallos es ejemplificador al respecto:

> La lógica de delincuencia organizada que se juzga en este proceso penal obliga a un tratamiento de la prueba de tal magnitud que permita entender un modelo de comportamiento criminal complejo que se proyecta en el tiempo y que comprende a numerosas personas y variadas situaciones. Por tal razón es que, de un lado, se acude a la prueba por indicios y, de otro, se realiza un análisis del conjunto de las evidencias, lo que a su vez permite comprender la trama delictiva en toda su difusa concreción. No se puede analizar la situación jurídica de un imputado sin referirse también a la de los restantes, ni la de estos entre sí, y a la de todos ellos en función de la organización que integran o a la que de uno u otro modo colaboran. El examen global de esta causa, de singular complejidad y de accidentado cauce, permite advertir la presencia de un conjunto de personas en variadas funciones, específicas relaciones mutuas y vinculaciones entre sí, pero de uno u otro modo unidas a partir de un eje organizativo —los hermanos López Paredes— y de contactos con otras mafias en el exterior, a partir de la cual se adscribían o colaboraban con su designio o propósito materializado en el tráfico ilícito de drogas. De ahí que es trascendente para una valoración global no solo las declaraciones que los implicados han venido exponiendo en el curso del proceso, las computaciones que luego de un tiempo se han venido sucediendo de modo progresivo y que, como es evidente, fracturan la lógica cerrada y de adhesión de sus miembros—, y el hallazgo —como prueba material incontrovertible de una gran cantidad de droga, todo lo cual revela sin duda alguna la presencia de una organización bien estructurada y un funcionamiento y expansión muy anterior a su descubrimiento —no de otra forma se puede explicar, desde la experiencia general,

> un embarque tan grande, el ámbito territorial que comprendió y el importante número de implicados—. A ello se agrega, en el ámbito financiero, y desde la perspectiva de uno de los implicados: Zevallos Gonzáles —con diversos roles—, la presencia de una compañía aérea, cuyo origen y expansión, a partir del análisis pericial económico ya valorado, solo se explica por la inyección de capitales procedente del tráfico ilícito de drogas[259].

Cabe advertir que la forma en que se producen los hechos, como la modalidad de acondionamiento y cantidad droga decomisada, la cantidad de personas que actúan de manera concertada y coordinada para lograr los fines delictivos, cumpliendo cada una de ellas un rol específico, son indicios determinantes para establecer la existencia de una organización criminal, a pesar de que, debido al actuar clandestino de su accionar, no sea posible determinar la identidad de su eje central o directivo. En esa medida, al acreditarse que los hechos ilícitos se realizaron en el marco de una organización criminal, los mismos se ven agravados por la concurrencia de las circunstancias referidas a la pertenencia de los agentes a una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas.

> [S]e da cuenta de la existencia de un total de 582.420 kilogramos de clorhidrato de cocaína, hallados en el inmueble ubicado en la Mz. C Lt. 36, 37 y 38 de la comunidad campesina Nueva Esperanza, Paita, Piura. [...] el Colegiado concluye que se tiene por acreditado la existencia de un cargamento de droga, específicamente clorhidrato de cocaína, sustancia toxica que, si se tiene en cuenta su cantidad, el modo de su acondicionamiento y el contexto en que fue hallado, válidamente se concluye que estaban destinada a su ilícito comercio en el mercado internacional.
>
> Por lo tanto, [...] este Colegiado concluye que se tiene por plenamente acreditada la existencia del delito de tráfico de drogas; delito que, además, dada la envergadura del hecho que se juzga, se ve agravado

259 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 1882-2006*, Lima: 6 de agosto del 2007.

> por la concurrencia de las circunstancias referidas a la pertenencia de los agentes a una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas [...].
>
> Aquí debe quedar establecido que, por la cantidad de la droga incautada, esto es, 582 kilos más 420 gramos de clorhidrato de cocaína así como por la forma como estaba siendo preparada la mercadería ilícita para ser exportada al exterior, camuflada en un cargamento de productos hidrobiológicos, la cantidad de personas que intervienen, el colegiado llega a la conclusión que tal mercadería ilegal pertenecía a una organización criminal dedicada a esta ilícita actividad y por lo tanto, todas aquellas personas que intervinieron en su acondicionamiento para su exportación formaban parte de la organización y cada uno cumplía un rol específico. No debe obviarse que las organizaciones criminales que se dedican a estos menesteres ilegales son cerradas y se cuidan mucho de hacer intervenir a terceros o personas que nada tienen que ver con ella, pues el temor a la delación o descubrimiento de sus actividades es altísimo. Esta precisión es importante tenerlo resaltarlo, pues como ha sucedido en el presente caso si bien el Ministerio Público no ha llegado a determinar o identificar quién sería el líder de la organización, no puede desconocerse su existencia. La forma de actuación clandestina de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas, hace imposible identificar a todos sus integrantes como ha ocurrido en el presente caso, no obstante, tal imposibilidad material no puede servir como argumento para desconocer su real existencia y actuación criminal[260].

Finalmente, en el caso del Cartel de Tijuana, Recurso de Nulidad N.° 828-2007-LIMA, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en el considerando trigésimo primero, punto tres, se precisa para que un sujeto sea reputado como integrante de una organización criminal debe realizar una serie repetida de hechos con la misma estructura asociativa u organizativa, que evidencian una vocación de continuidad, cuyo comportamiento debe subsumirse en alguna de las conductas típicas descritas en el art. 296 del CP.

> La noción de integración o pertenencia a una organización criminal –elemento personal– es el criterio base para esta circunstancia agra-

260 Sala Penal Nacional, *Exp. N.° 470-2013-0-5001-JR-PE-02.*

> vante del extremo pertinente del inciso sexto del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal La integración —que no solo puede ser permanente al complejo organizativo— se expresa —para lo que es esencial la prueba indiciaria— cuando se realiza una serie repetida de hechos con la misma estructura asociativa u organizativa o cuando, en caso se trata solo de un único hecho delictivo, sus características evidencian una vocación de continuidad, una intención de repetir —no hace falta que tenga capacidad de decisión en la organización—, que descarta una intervencion ocasional, episódica, no institucional. Es obvio que el comportamiento de cada asociado, como premisa, debe ser subsumible en alguna de las conductas típicas del artículo doscientos noventa y seis del CP[261].

En suma, el segundo elemento para la configuración de la agravante bajo comentario es que el agente actúe como integrante de una organización criminal, esto es, que se adscriba a la estructura, a los planes, designios y los medios (operatividad) que posee la misma para la ejecución del delito, es decir, que el delito se perpetre en cumplimiento del programa delictivo de la organización. Esto supone que la persona imputada por esta agravante debe desplegar una conducta como parte del plan criminal de la organización criminal, con lo cual su concreta actividad debe ligarse, irremediablemente, al plan criminal en su conjunto, en función de su ligazón con sus máximos responsables, lo que acarrea como consecuencia, de que el agente no es un cómplice sino un coautor. Además, debe evaluarse la vocación del agente de integración más o menos permanente en el grupo organizado; esto supone que, para que un sujeto sea reputado como integrante de una organización criminal, debe realizar una serie repetida de hechos con la misma estructura asociativa u organizativa, que evidencian una vocación de continuidad, cuyo comportamiento debe subsumirse en alguna de las conductas típicas descritas en el art. 296 del CP.

261 Sala Penal Permanente De La Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 828-2007*, Lima: 8 de junio del 2007.

Es importante destacar como plantea Prado Saldarriaga[262], que el D. Leg. N.° 1237 modificó la circunstancia agravante de comisión del delito en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas, introduciendo que los agentes del delito también pueden vincularse con "el desvío de sustancias químicas controladas o no controladas o de materias primas a que se refieren los arts. 296 y 296-B", esto es, que la organización criminal también puede dedicarse a la comisión de estos delitos.

Por último, es evidente que cuando se verifica la circunstancia agravante de comisión del delito en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al TID, art. 297.6 del CP, se produce un concurso aparente de leyes o unidad de ley con el art. 317 del CP, referido al delito de Organización Criminal, que en virtud del principio de especialidad se opta por la aplicación de la agravante del art. 297.6 del CP.

6.3. Conclusiones del apartado

De lo analizado en el presente apartado se pueden arribar a las siguientes conclusiones:

— El art. 297.6 del CP comprende alternativamente dos circunstancias agravantes referidas a la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas toxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas: la primera, cuando el hecho es cometido por tres o más personas; y, la segunda, cuando el hecho es cometido por el agente en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o a la comercialización de insumos para su elaboración. En el caso de las circunstancias agravantes del art. 297.6 del CP, no se tratan de tipos autónomos, sino que suponen un incremento del desvalor de la conducta que es reconocido por el legislador asignándole una elevación de pena al sujeto.

262 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 164.

— En lo que respecta a la primera circunstancia agravante contenida en el art. 297.6 del CP, sobre la comisión del delito con pluralidad de agente, se puede concluir que se refiere a supuestos de realización conjunta del delito en coautoría, donde concurren por lo menos tres coautores, un concierto criminal en el que el proceder delictivo conjunto es circunstancial y no permanente. Mientras que la segunda circunstancia agravante contemplada en el art. 297.6 del CP comisión del delito "en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas", se configura cuando el hecho ilícito es cometido por un agente que actúa como integrante de una organización criminal.

— Analizando los requisitos normativos, para que se configure la circunstancia agravante de comisión del delito "en calidad de integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas", deben acreditarse dos aspectos básicos: la existencia de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas y que el agente integre o pertenezca esa organización criminal. Lo que ha de valorarse, por tanto, son dos extremos interrelacionados: la existencia de una estructura (medios materiales y personales) con capacidad de delinquir y que el imputado forme parte de dicha estructura.

— A efectos de verificar el elemento "existencia de una organización criminal", se debe recurrir a la definición de "organización criminal" precisada en el art. 317 del CP y analizar en un caso concreto la concurrencia de los siete condiciones que ahí se enumeran para su constitución: i) personal: una agrupación de tres o más personas; ii) de gestión: que se reparten diversas tareas o funciones; iii) estructural: cualquiera sea su estructura; iv) espacial: cualquier ámbito de acción: v) temporal: con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido; vi) modal: de manera organizada concertada y coordinada; vii) teleológica: con la finalidad de cometer delitos de tráfico ilícito de drogas. Siendo, los componentes esenciales para la existen-

cia de una organización criminal, los elementos estructural y modal, por el *elemento estructural* se entiende que la organización necesita para su configuración de una estructura, esto es, unos medios técnicos materiales y personales, destinados al fin general de la organización, pues no es una unión ocasional de personas, sino una agrupación que une sus esfuerzos para lograr un fin programático común, es decir, inexorablemente debe apreciarse armonía entre las actuaciones de cada uno de ellos. Mientras que, en el *elemento modal,* tenemos que consiste en el conjunto de procedimientos estratégicos practicados de manera concertada y coordinada por los integrantes de la organización criminal, con la finalidad de facilitar la consumación delictiva. Ambos elementos —estructural y modal— confluyen principalmente para caracterizar a una organización criminal, distinguiéndola de los actos comunes de codelincuencia y de la figura de la banda criminal.

— El segundo elemento para la configuración de la agravante bajo comentario es que el agente actúe como integrante de una organización criminal, esto es, que se adscriba a la estructura, a los planes, designios y los medios (operatividad) que posee la misma para la ejecución del delito, es decir, que el delito se perpetre en cumplimiento del programa delictivo de la organización. Esto supone que la persona imputada por esta agravante debe desplegar una conducta como parte del plan criminal de la organización criminal, con lo cual su concreta actividad debe ligarse, irremediablemente, al plan criminal en su conjunto, en función de su ligazón con sus máximos responsables, lo que acarrea como consecuencia que el agente responda no como cómplice, sino como coautor.

— La contribución de los agentes a los actos criminales de la organización debe analizarse en base al concepto de coautoría, donde sus conductas (aportes fácticos) signifiquen el cumplimiento de los designios y operatividad de una organización criminal a la cual se integraron. Apreciándose, además, si su

aporte durante la realización del delito, en su fase ejecutiva, tuvo un carácter necesario, difícilmente reemplazable, esencial o imprescindible; bien condiciono la propia posibilidad de realizar el hecho, o bien redujo de forma esencial el riesgo de su realización. Es importante resaltar adicionalmente, que cuando se aprecia el aporte de sujetos adscritos a una organización criminal, lo decisivo para esta forma de coautoría no solo es la importancia del aporte de todos los miembros de la organización en el momento de la ejecución, sino la importancia de su contribución, ejecutiva o no, en la realización del hecho.

— En función de las grandes dimensiones de la operación criminal montada al efecto, a las tareas que desarrollaron según el plan, ninguno de los intervinientes —más allá de su nivel directriz o de coordinación sectorial— llevó a cabo todos los elementos del tipo con exclusividad; ninguno tenía el dominio del hecho en su totalidad. Esto supone que en todos los intervinientes reside el dominio global de los hechos, por lo que todos los que han realizados aportes esenciales a la consecución del plan criminal deben responder como coautores del delito tráfico ilícito de drogas; que, al actuar en el marco de una estructura criminal, responden además bajo la circunstancia agravante de la "comisión del delito en calidad de integrante de una organización criminal".

— Cuando nos encontramos frente al accionar de organizaciones criminales, debido la complejidad operación criminal que puede abarcar varias etapas del ciclo de la droga, las tareas que desarrollaron los intervinientes según el plan criminal, ninguno —más allá de su nivel directriz o de coordinación sectorial— lleva a cabo todos los elementos del tipo con exclusividad; ninguno tenía el dominio del hecho en su totalidad, esto supone que en todos los intervinientes reside el dominio global de los hechos, por lo que todos los que han realizados aportes esenciales a la consecución del plan criminal deben

responder como coautores del delito tráfico ilícito de drogas, que al actuar en el marco de una estructura criminal, responden además bajo la circunstancia agravante de la "comisión del delito en calidad de integrante de una organización criminal".

— En los casos donde se analiza la participación del delito de tráfico ilícito de drogas en el marco de una organización criminal, a efectos de evaluar a cabalidad la contribución criminal de cada uno de los intervinientes es necesario realizar un análisis del conjunto de las evidencias, lo que permite comprender la trama delictiva en toda su difusa concreción, y tener en cuenta la situación de cada uno de los imputado en función de la organización que integran o a la que de uno u otro modo colaboran. Este examen global permite advertir la presencia de un conjunto de personas en variadas funciones específicas, relaciones mutuas y vinculaciones entre sí, pero de uno u otro modo unidas en torno a un eje organizativo, a partir del cual se adscribían o colaboraban con su designio o propósito materializado en el tráfico ilícito de drogas. De esta manera se aprecia la estructura, dinámica y funcionamiento de la organización criminal cuya accionar se dirige a la consecución de sus objetivos criminales, dentro de un plan que parte desde su eje organizativo y es compartido por sus demás componentes.

— La pertenencia a la organización excluye la simple colaboración esporádica, aunque sea más o menos repetida, o el mantenimiento de relaciones con aquella. Es decir, el hecho de que se participe en un delito cometido en el seno de una organización, no convierte al partícipe en miembro de la misma, si solo colabora puntualmente, sin vocación de integración más o menos permanente en el grupo organizado. De esta manera, para que un sujeto se reputado como integrante de una organización criminal debe realizar una serie repetida de hechos con la misma estructura asociativa u organizativa, que evidencian una vocación de continuidad, cuyo comportamiento

debe subsumirse en alguna de las conductas típicas descritas en el art. 296 del CP.

— Cuando se analiza la participación de diversos agentes en calidad de integrantes de una organización criminal debe apreciarse el rol o función que desempeñaban en el colectivo de personas que integraban la organización y en aras de consolidar la efectividad de diversos actos de fabricación o tráfico de drogas, resultando suficientes estos actos para la consumación de la figura básica, del primer párrafo del art. 296 del CP, no siendo necesario la ejecución perfecta del plan criminal de la organización, consistente —por ejemplo— en la exportación de droga al extranjero, ya que por sí solos los actos de fabricación y/o tráfico son considerados delitos autónomos.

7. Agravante por excesiva cantidad del objeto de acción del delito

El art. 297.7 del CP recoge como agravante un criterio cuantitativo sobre el objeto material de los actos de tráfico ilícito de drogas:

> La droga a comercializarse o comercializada excede las siguientes cantidades: veinte kilogramos de pasta básica de cocaína o sus derivados ilícitos, diez kilogramos de clorhidrato de cocaína, cinco kilogramos de látex de opio o quinientos gramos de sus derivados, y cien kilogramos de marihuana o dos kilogramos de sus derivados o quince gramos de éxtasis, conteniendo Metilendio-xianfetamina-MDA, Metilendioxi-metanfetamina- MDMA, metanfetamina o sustancias análogas.

Según precisa Prado Saldarriaga, se trata de una agravante estrictamente cuantitativa, donde el mayor desvalor del injusto se vincula al volumen excesivo de las drogas que son objeto de la acción delictiva del agente. En esa medida, explica el referido autor, basta con superar, aun mínimamente, las cantidades que fija el texto legal para la configuración total del agravante[263]. Matizando esta aseveración, Peña-Cabrera sostiene que la acreditación de la presente hipótesis requiere del pesaje del

263 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 165.

objeto material —incautado— y que la sustancia exceda los volúmenes regulados en la norma antes descrita, precisa el autor nacional que para la configuración de la agravante se debe tener en cuenta dos aspectos:

> [P]rimero, que se determine con toda exactitud, mediante la prueba pericial respectiva, no solo el volumen de la droga incautada, sino también su grado de pureza, pues puede que la cantidad coincida con lo previsto en el enunciado legal, empero al haber sido mezclada con otras sustancia, su pureza puede verse afectada de forma significativa y, segundo, que el agente debe saber que está transportando (poseyendo), la cantidad anotada en el tipo penal, de no ser así podría presentarse un Error de Tipo, por ende, que la conducta incriminada al agente sea sancionada por el tipo base y no por la agravación[264].

En la sentencia emitida en el Recurso de Nulidad N.° 1006-2015-Lima, de fecha 12 de octubre del 2016, en el considerando cuarto, se dio como hechos probados la "exportación" hacia España de más de cien kilos de clorhidrato de cocaína acondicionados en madera para piso, hecho que sin duda configura la circunstancia agravante del art. 297.7 del CP.

1. Mediante diferentes acciones de Inteligencia, bajo el marco de la "Operación Huracán", se identificó a Carlos Espartaco Valdez del Águila, alias "Ingeniero" o "Capirona"; Lino Eduardo Caballero Pérez, alias "Chino" o "Profe"; Cuenén Delfín Soto Aranda, alias "Franco"; Raúl Erdulfo Palacios Matamba, alias "Negro Azul" o "Morocho" o "Morochito"; Raúl Alberto Signori Indiveri, alias "Flaco Mauricio"; David Javier Tuesta Rojas, entre otros, quienes para enviar la droga al extranjero crearon, el dos de octubre del dos mil nueve, la empresa J. M. Amazon Expor S. A. C., cuyos socios fundadores fueron los procesados Jim Hendrix Mariño Orbe y Armando Silva Arimuya.
2. El doce y trece de diciembre del dos mil nueve, las citadas personas enviaron ciento dieciséis kilos de alcaloide de cocaína, acondicionada en veintidós toneladas de madera para piso (capirona), en

264 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos,* ob. cit., p. 190.

el contenedor N.° MSCU-6090250, abordado en la embarcación MSC ANDES, la que en el mes de enero de dos mil diez hizo escala en Panamá y transbordo el referido contenedor a la embarcación MSC POHLIN, la que continuo su travesía hacia el puerto de Freeport, en las Bahamas y tuvo como destino final la ciudad de Barcelona, en España, a donde arribo el ocho de febrero de dos mil diez.

3. Gracias a las acciones de Inteligencia, el ocho de febrero de dos mil diez se intervino en Barcelona a Francisco Rebollo Benavente, Alberto Ricart Paya y Andrés Domenech Pasarisa. Se comisión o la droga y se remitió al Instituto Nacional de Tecnología y Ciencias Forenses de España, que emitió el dictamen N.° 0717/10, en el que concluyo que "en veintiuna tabletas analizadas, con un peso total de catorce mil quinientos treinta y dos gramos, se detectó cocaína. En las otras cinco tabletas, con un peso de tres mil doscientos cincuenta gramos, se detectó cocaína y lidocaína. El peso total fue de ciento dieciséis kilogramos de cocaína[265].

Otro caso interesante donde se aplica la circunstancia agravante del art. 297.7 del CP, cuando la droga a comercializarse supera los diez kilogramos de clorhidrato de cocaína, es la sentencia de fecha 21 de diciembre del 2016, Exp. N.° 470-2013-0-5001-JR-PE-02, emitida por el Colegiado "C" de la Sala Penal Nacional que se refiere a la intervencion de un grupo de personas el 08 de octubre del 2013, en el interior del inmueble ubicado en la Mz. C, lotes 36, 37 y 38 de la Comunidad Campesina Nueva Esperanza-Paita-Piura, lugar donde fueron hallados los contenedores Thermo King CGMUV 4798118 de la empresa Northen Fishing EIRL, y HLXU 4767142 de la empresa Hapag Lloyd, siendo que en el contenedor HLXU 4767142 se hallaron 15 costales que contenían cada uno de ellos veinte paquetes tipo ladrillos conteniendo clorhidrato de cocaína; sustancia que tenía un peso neto total de 299.890 Kilogramos, asimismo, en el contenedor Thermo King se halló clorhidrato de cocaína en solución o líquida, la que estaba congelada para emular tratarse de trozos de hielo que congelaban la pota que contenía este contenedor,

265 Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 1006-2015*, Lima: 12 de octubre del 2016.

sustancia que tenía un peso neto de 282.530 kilogramos. Al respecto, la Sala Penal Nacional analizó:

> 5.1.1. En el primer nivel de análisis probatorio se tienen en cuenta los documentos ofrecidos por el Representante del Ministerio Público, referidos a la existencia del delito; documentos tales como el acta de registro de inmueble (deposito) e incautación, prueba de campo y descarte, pesaje, comiso y lacrado de droga, el resultado preliminar de análisis químico N.° 9884/2013 y el dictamen pericial de química. Por el mérito de estos documentos se acredita el hallazgo del contenedor HLXU 4767142, dentro del cual se encontraron múltiples costales conteniendo trozos de aleta de pota congelada; no obstante, se hallaron quince costales cada uno de los cuales contenía veinte paquetes tipo ladrillo que hacían un peso neto total de 299.890 kilogramos de clorhidrato de cocaína.
>
> 5.1.2. Obra también en los actuados el acta de deslacrado de contenedor, registro, prueba de campo, descarte e incautación, así como las actas de continuación de estas diligencias, el acta de pesaje de droga, el resultado preliminar de análisis químico N.° 9885/2013, y el dictamen pericial de química –drogas–. Con estos documentos se acredita que con fecha 8 de octubre del 2013, en el interior del contenedor Thermo King CGMUV 4798118, se halló un total de 3,531.679 kilogramos de clorhidrato de cocaína en solución, por lo que mediante método gravimétrico se determinó que la muestra contenía 282.530 kilogramos de clorhidrato de cocaína.
>
> 5.1.3. Por estos documentos se da cuenta de la existencia de un total de 582.420 kilogramos de clorhidrato de cocaína, hallados en el inmueble ubicado en la Mz. C Lte. 36, 37 y 38 de la Comunidad Campesina Nueva Esperanza, Paita, Piura. En relación con el valor probatorio de los documentos que se han señalado, el Colegiado concluye que se tiene por acreditado la existencia de un cargamento de droga, específicamente clorhidrato de cocaína, sustancia toxica que, si se tiene en cuenta su cantidad, el modo de su acondicionamiento y el contexto en que fue hallado, válidamente se concluye que estaban destinados a su ilícito comercio en el mercado internacional.
>
> 5.1.4. Por tanto, otorgando a los documentos citados el valor probatorio que les corresponde, este Colegiado concluye que se tiene por plenamente acreditado la existencia del delito de tráfico ilícito

> de drogas; delito que además, dada la envergadura del hecho que se juzga, se ve agravado por la concurrencia de circunstancias referidas a la pertenencia de los agentes a una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas; asimismo, aparece acreditado que la droga a comercializarse supera ampliamente los diez kilogramos de clorhidrato de cocaína a que hace referencia el inciso 7) del art. 297 del CP. En conclusión, está acreditado el delito de tráfico ilícito de drogas agravado objeto de acusación[266].

En ambos casos, el criterio cuantitativo sobre la droga incautada, que se pretendía comercializar, resulta determinante para la configuración de la circunstancia agravada bajo análisis, dato objetivo que se obtiene de las actas de hallazgo y pesaje, y de los dictámenes periciales de química forense sobre las características, pureza y peso de las sustancias comisadas. Para Peña-Cabrera la justificación político-criminal de esta agravante radica en que una mayor cantidad de la droga a comercializar y/o traficar supone una mayor peligrosidad para el bien jurídico tutelado, en este caso la salud pública[267]. En el mismo sentido, Álvarez García y otros, haciendo referencia a la figura agravada cuando "la cantidad de droga fuera de notaria importancia", entienden que el fundamento de la agravación reside en el mayor riesgo para la salud de las personas que deriva de la potencial puesta en circulación y consiguiente consumo de cantidades relevantes de droga, en esa medida entienden los autores españoles que, es evidente que una gran cantidad de droga puede llegar a un colectivo de personas superior que una cantidad menor, por lo que resulta a priori una conducta idónea para lesionar más gravemente el bien jurídico protegido salud pública[268].

Prado Saldarriaga explica que la racionalidad de las cantidades establecidas siempre será una decisión discutible, y siempre dependerá de la coyuntural voluntad político criminal del legislador, pues si se

266 Sala Penal Nacional, *Exp. N.° 470-2013-0-5001-JR-PE-02*, 21 de diciembre del 2016.

267 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 190.

268 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas*, ob. cit., p. 192.

analiza el derecho comparado respecto a la cantidad de clorhidrato de cocaína objeto del tráfico, que en el Perú se ha fijado en más de 10 kilogramos, en Colombia solo se requiere de 5 kilogramos y en Nicaragua medio kilo es suficiente para la configuración de la agravante de excesiva cantidad de la droga[269].

En la legislación española en relación con la cantidad de la droga objeto del delito, se ha prescrito dos circunstancias agravantes, la primera prescriba en el párr. 5 del art. 369.1 del CP español: "Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior"; así como el art. 370.3 del mismo Código que agrava las conductas descritas en el art. 368 (tipo básico) cuando fuesen de "extrema gravedad", entendiendo por extrema gravedad, entre otros, "los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el art. 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia". Como vemos en la legislación española se ha dejado al juez la tarea definir qué se entiende por "notoria importancia" o "extrema gravedad" respecto a la cantidad de la droga objeto de los actos de tráfico ilícito de drogas, sin establecer un quantum específico, lo que ha generado importantes problemas interpretativos[270].

En cuanto a la primera agravante, el Acuerdo del Pleno de la segunda Sala del Tribunal Supremo español, del 19 de octubre del 2001, determina la notoria importancia a partir de las 500 dosis referidas al consumo diario de cada sustancia. Para ello el Instituto Nacional de Toxicología elaboró un informe de fecha 18 de octubre del 2001. Para la determinación de la cantidad se debe tener en cuenta exclusivamente la sustancia estupefaciente o toxica (porcentaje de pureza), salvo en lo

269 Prado, *Criminalidad organizada,* ob. cit., pp. 165 y 166.

270 Sequeros Sazatornil refiere que la inconcreción de la expresión "notoria importancia" deja abierta un portillo generador de inevitable inseguridad jurídica que en ocasiones ha propiciado el pronunciamiento de resoluciones divergentes en casos sustancialmente análogos, así plantea que algunos autores han invocado que el precepto en cuestión, por su flexibilidad interpretativa e indefinición bordea el marco de la legalidad. Cfr. Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 188.

relativo al hachís y derivados. Algunas cantidades de sustancia estupefaciente en notoria importancia serían las siguientes: a) heroína 300 gr, b) morfina 1.000 gr; c) metadona 120 gr; d) cocaína 750 gr; e) marihuana 10 Kg; f) hachís 2,5 Kg; g) aceite de hachís 300 gr; h) LSD 300 mg; i) MDMA (éxtasis) 240 gr; j) anfetaminas 90 gr[271].

En lo que respecta a la segunda figura agravada, en atención a la sustancia intervenida, si esta excede notablemente de la considerada como de notoria importancia, para ser entendida como de "extrema gravedad", la Junta General de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas celebrada los días 18 y 19 de noviembre del 2004, siguiendo los criterios interpretativos adoptados por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo español de 19 de octubre del 2001, se pronunció en el sentido de considerar aplicable esta circunstancia de extrema gravedad cuando la cantidad de sustancia estupefaciente o psicotrópica objeto del delito sea 500 veces superior al límite mínimo acordado en dicho Pleno para fijar la de notoria importancia[272].

III. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE SEGUNDO NIVEL O GRADO

El último párrafo del art. 297 del CP, modificado por el artículo único del D. Leg. N.° 1237, publicado el 26 de setiembre del 2015, prescribe lo siguiente:

> La pena será privativa no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años cuando el agente actúa como jefe, dirigente o cabecilla de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o insumos para su elaboración. Igual pena se aplicará al agente que se vale del tráfico ilícito de drogas para financiar actividades terroristas.

271 Cfr. Lluch Ramírez, Fátima, "El delito de tráfico de drogas: aspectos penales, procesales y administrativos", pp. 17 y 18. Recuperado de <https://bit.ly/2sk1hGD>.

272 Cfr. Circular N.° 2/2005 sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas, pp. 10 y 11. Recuperado de <https://bit.ly/2AF7Yrr>.

Explica Prado Saldarriaga que la pena por estas circunstancias agravantes de segundo nivel o grado en la legislación vigente es una pena no menor de veinticinco años ni mayor de treinta y cinco, a diferencia de lo regulado antes de la Ley N.° 28002 donde se las sancionaba con cadena perpetua, observa el autor nacional que en el caso de los delitos sobre tráfico ilícito de drogas el legislador peruano ha establecido dos factores de agravación: a) la posición dirigente del agente en una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas o insumos para su elaboración; y b) la utilización del tráfico ilícito de drogas para financiar actividades terroristas[273]. Sobre las circunstancias agravantes de segundo grado o nivel, Sequeros Sazatornial plantea que se trata de supuestos especiales que agravan las penas correspondientes a un tipo ya de por sí agravado, en esa medida, sostiene el autor español que esta doble y progresiva agravación corre aparejada a las nuevas modalidades delictivas que en la medida de su indeseada eficacia se incorporan como empresas criminales en el ilegal tráfico de drogas[274].

Así, se manifiesta lo siguiente:

> Es muy común en la casuística judicial de nuestro país la presencia simultánea y plural, en un caso penal, de dos o más circunstancias agravantes específicas de distinto nivel o grado; y, por tanto, con diferente penalidad conminada. Ello ocurre con frecuencia en la comisión de delitos de cierta complejidad como el robo, sobre todo si tal ilícito fue realizado en casa habitada (agravante de primer grado), causando lesiones leves a la víctima (agravante de segundo grado) y por integrantes de una banda (agravante de tercer grado)[275].

273 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 166.

274 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 236.

275 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 2-2010/CJ-116,* f. j. n.° 8.

1. Agravante por dirigir una organización criminal

Según destacan Álvarez y otros, se trata de un subtipo agravado por la especial cualidad de los sujetos activos, caracterizados por poseer, en mayor o menor medida, una cierta capacidad de planificación y dirección sobre los demás integrantes de la organización o asociación; por ostentar, en definitiva, una posición relevante o cualificada en el seno de la misma[276]. Como plantea Prado Saldarriaga, la agravante se refiere a tres categorías u órganos de dirección de la organización criminal, el jefe, el dirigente y el cabecilla, para este autor no se trata de expresiones sinónimas, sino que se identifican diferentes niveles de mando o dirección dentro de la estructura criminal. De esta manera, desde la perspectiva de la realidad criminológica peruana el referido autor plantea que:

> [P]ara los efectos del agravante que estamos comentando, lo importante es verificar si el agente desempeña un rol de dirección central, tomando las decisiones estratégicas y de planeamiento de la organización; es decir, definiendo "el que" y "el cómo" de las actividades a realizar. Si su actividad en la organización responde a tal perfil estaremos ante el Jefe o el Dirigente. En el caso de las Firmas nacionales ese rol lo ostentarían *el Duro de Duros* (Capitalista y nexo con organizaciones extranjeras) y *el Duro* (Órgano central de nivel ejecutivo y visible de la firma).
>
> En cambio, cuando el delincuente solo se vincule con la planificación operativa y el control de las acciones ejecutivas de otros integrantes de menor nivel en el grupo criminal estaremos ante el Cabecilla. En el argot del narcotráfico peruano esta posición la compartirían *el Financista* (encargado de supervisar la compra de la droga) y *el Jefe Pañaco* (quien determina la cantidad de droga que se debe comprar y quien controla, también, su acopio)[277].

En esa medida, plantean Álvarez García y otros, que la tipificación de esta figura agravada responde a la finalidad de someter a un mayor castigo a los responsables de estas organizaciones, sancionando

276 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 236.

277 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 168.

de la forma más grave posible a los grandes traficantes de drogas, a los "verdaderos cerebros de las genuinas operaciones de narcotráfico"[278]. Peña-Cabrera destaca que el fundamento de esta agravante estriba en que existen mayores probabilidades para que se perpetre el delito, toda vez que una organización implica una cierta jerarquía y disciplina al momento de ejecutar el delito; de forma más específica la severidad de la penalidad se justifica en cuanto a la posición que asume el autor en el marco de la estructura criminal, en el sentido, de que al ostentar una posición de dominio, tiene también el dominio de la organización, al ser quien atrás, dirige, planifica y decide los actos constitutivos de ilicitud penal.[279] Bajo la misma perspectiva Beristain Ipiña, sostiene que con esta figura agravada se intenta cubrir el ámbito de las personas que, de una u otra manera, dirigen la actividad principal de promoción o favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas, de esta manera, el legislador ha pretendido llegar a los centros neurálgicos en donde y desde donde se trafica, es decir, ha pretendido llegar a los grandes padrinos[280].

Respecto a los criterios para determinar el papel del sujeto dentro la organización criminal, Álvarez García y otros sostienen lo siguiente:

> [L]a determinación de lo que deba entenderse por "jefe", "encargado" y "administrador" deba llevarse a cabo desde una perspectiva material, que atienda no tanto a la atribución formal de tales cargos cuando al desempeño efectivo y real de las funciones que pueden atribuirse a cada uno de ellos, que tienen como común denominador la existencia de facultades de dirección, planificación y decisión sobre las actividades de la organización y de cada uno de los integrantes[281].

278 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 237.

279 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos,* ob. cit., pp. 177 y 178.

280 Beristain Ipiña, Antonio, "Delitos de tráfico ilegal de drogas", en *Comentarios a la Legislación Penal. La reforma del Código Penal de 1983, tomo v, volumen 2 (libros ii y iii del Código Penal),* Madrid: Edersa, 1985, p. 786.

281 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas,* ob. cit., pp. 239 y 240.

Según Sequeros Sazatornil, comentando la figura agravada del art. 370 del CP español referida a la posición del sujeto como jefe, encargado o administrador, similar a la norma peruano bajo comentario, para determinar la función del sujeto dentro de la organización criminal:

> [C]omo circunstancia a valorar [...] la relevancia que haya alcanzado el papel o función del individuo en el grupo. Entre la figura del jefe, encargado o administrador —configurada en el subtipo agravado— y la del mero ejecutor material del acto de tráfico, de transporte, venta o similar, debe ponderarse a los efectos de individualización de la pena la existencia de otras figuras intermedias, de personas que, sin alcanzar la máxima jerarquía del grupo, realizan, sin embargo, una función de mayor responsabilidad que la del simple operario[282].

En ese sentido, Peña-Cabrera advierte que la agravante está encaminada a sancionar con mayor penalidad a los miembros que dirigen las organizaciones dedicadas al narcotráfico y también a aquellos de mando intermedio, que son los que mandan grupos encargados de las diferentes etapas por las cuales atraviesa la producción de cocaína y su comercialización[283].

Para la configuración de la agravante, Rodríguez Ramos y otros plantean, citando la sentencia N.° 241/2003, del 11 de febrero, emitida por el Tribunal Supremo español:

> [A]plica este subtipo agravado en el caso en que no solo existe una importante organización criminal para el tráfico de drogas, sino que es precisamente el recurrente quien aparece al frente de la misma y, así, se dice que es quien la programo y distribuyo las distintas competencias y cometidos de cada uno de sus miembros, que fue en sus embarcaciones donde se trasladaron los miles de kilos de hachís y que fue este

282 Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico,* ob. cit., p. 243.

283 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos,* ob. cit., p. 178.

> recurrente quien dio órdenes para que miembros de su organización partieran hacia las costas de Marruecos para recoger hachís[284].

En suma, para la configuración de la agravante se requiere de la existencia de una organización criminal y que el sujeto se coloque en la cúspide la misma, teniendo la capacidad programar, distribuir competencias y dar órdenes a otros miembros de la organización.

Sobre lo que se debe entender por el término "jefe", para Álvarez García y otros, se atribuye la condición de "jefe" a la persona o personas que ejercen el mando o la dirección sobre la organización y sus integrantes y, tratándose de organización con apariencia de legalidad, a sus dueños, gerentes o directivos. Ahora bien, esta condición ha de extenderse no solo a quienes se encuentran en la cúspide de la organización, sino también a quienes se encuentran al frente de un determinado sector o rama relevante de la misma, sobre el que ejercen las facultades mencionada. En consecuencia, la jefatura puede recaer en varias personas, lo que acontece con frecuencia cuando se trata de organizaciones con una cierta complejidad o que tienen un carácter transnacional[285]. Para Gallego el término jefe es definido como la persona que manda a otras o que es seguida por otras que se someten, voluntariamente o no a su autoridad[286].

En la jurisprudencia nacional, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en su sentencia del Recurso de Nulidad N.° 828-007-Lima, ha definido los términos "jefe", "dirigente" y "cabecilla" de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas:

> TRIGÉSIMO SEGUNDO. La circunstancia agravante de segundo grado solo ha sido aplicada al encausado Libardo Montealegre, de nacionalidad guatemalteca. No obstante, ello, es de rigor afirmar a)

284 Rodríguez Ramos, Luis (director) *et. al., Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias,* t. II, 4.ª ed., Madrid: La Ley, 2009, p. 1158.

285 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas,* ob. cit., pp. 241 y 242.

286 Gallego Soler, José, *Los delitos de tráfico de drogas,* ob. cit., p. 257.

que los supuestos de jefe, dirigente o cabecilla no son sinónimos, b) que no necesariamente, en los marcos de una organización, comprenden a una sola persona; y, c) que, por lo demás, identifican diferentes niveles de mando dentro de la estructura asociativa.

Uno. La jefatura y la dirección —jefe y dirigente— de la organización pueden repartirse entre varias personas, quienes a su vez pueden asumir roles paralelos o sectoriales coordinados entre sí. Esa calificación, junto con la del cabecilla, se destaca por exclusión de los meros ejecutantes. No es lo mismo quien da órdenes, distribuye cometidos y funciones, define el qué y el cómo de la organización, o de un ámbito territorial o función delictiva que ella realice, de quien no tiene capacidad de decisión y, por ello, es un simple ejecutante, un subalterno.

Dos. Tanto el jefe como el dirigente son personas que mandan en otras o que son seguidas por otras que se someten a su voluntad —tiene el papel principal o superior de la organización—. El primero, desde luego, si es del caso una mayor precisión y una diferenciación interna, es el que preside, desempeña la plaza de principal o suprema de la organización, al menos teóricamente. Por lo general, el jefe o el dirigente intervienen en la creación de la asociación delictiva o, a partir de su intervencion, le dan un contenido específico, y tendrían el financiamiento de las operaciones delictivas —serían el o los capitalistas— y también el control central de la organización, a cuyo efecto adoptan las decisiones e instrucciones fundamentales para concretar su finalidad delictiva: definen, programan, supervisan, dirigen y distribuyen con autoridad propia las funciones de quienes están a su cargo —gobierna y rige la actuación de la organización, desempeñando su papel superior—.

El cabecilla, en cambio, interviene más concretamente en líneas operativas de mando, controla las acciones ejecutivas de los integrantes del grupo y/o coordina las actividades sectoriales, propias de la división del trabajo criminal, en representación o en cumplimiento de las directivas del jefe o del dirigente —control sectorial—.[287]

De esta manera define la Corte Suprema que el jefe o dirigente es el que intervine en la creación de la organización y le da el contenido

287 Sala Penal Permanente De La Corte Suprema, *Recurso de Nulidad N.° 828-2007*, Lima: 8 de junio del 2007.

específico, así como, quienes definen, programan, supervisan, dirigen y distribuyen con autoridad propia las funciones de quienes están a su cargo gobierna y rige la actuación de la organización, desempeñando su papel superior, siendo que es posible que esta posición sea ocupada por varios individuos; mientras que el Cabecilla interviene en líneas operativas de mando, controla las acciones ejecutivas de los integrantes del grupo y/o coordina las actividades sectoriales, propias de la división del trabajo criminal, en representación o en cumplimiento de las directivas del jefe o del dirigente.

En la jurisprudencia española, el Tribunal Supremo en la Sentencia N.° 340/2001, del 30 de julio, ha esclarecido que la condición de jefes únicamente aquellas personas que estén ocupando los niveles más altos en el entramado criminal y no a cualquier integrante de la organización, al respecto señaló:

> [S]i bien es cierto que el tipo penal no requiere que la jefatura esté constituida por una sola persona, sino que pueden serlo varios en distribución horizontal de cometidos, no todos los partícipes deben ser incluidos en tal agravación, sino únicamente aquéllos que por su superior posición en el entramado de la organización delictiva tengan capacidad de decisión sobre los restantes, impartiendo las instrucciones necesarias que serán sucesivamente cumplidas por los distintos niveles [...] únicamente aquellas personas que estén ocupando los niveles más altos en el entamado criminal.

Así, también se pronuncia el Tribunal Supremo español en su Sentencia N.° 986/2004, del 13 de setiembre, que declaró:

> [C]orrecta la aplicación de esta agravación al acusado por su condición de "responsable de la organización", pues impartía órdenes, proyectaba transportes de sustancias estupefacientes y dinero, encargaba a los otros la realización material de dicho traslado, quedando aparentemente al margen de la operación[288].

288 Citado por Rodríguez, *Código Penal, concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias,* ob. cit., p. 1159.

Álvarez García y otras, amparados en la jurisprudencia española plantean que entran en la categoría de jefes, por ejemplo, quienes toman decisiones, establecen contactos con los suministradores o asignan funciones a los miembros de la organización; toman la decisión de buscar a otras personas para la formación de la organización y proporcionan la droga; programan y distribuyen las competencias y cometidos de cada uno de los integrantes de la organización, van en las embarcaciones en las que se efectúa el traslado de la droga y dan diversas órdenes; dirigen y dan las instrucciones necesaria para que la organización desarrolle sus objetivos; dirigen la organización y se ocupan del aprovisionamiento de las drogas, del pago de las operaciones y de la contabilidad; supervisan las entregas de cocaína recibidas de los proveedores extranjeros, asumiendo la dirección de las operaciones en su ausencia, fijan los precios y se ocupan de hacer llegar a otros el dinero para el "lavado" de los fondos; proyectan el transporte de la droga, encargando la búsqueda de medios y tripulantes, ordenando el lanzamiento de la droga al mar desde la embarcación y asumiendo un intervencion directa en las operaciones de recuperación de la misma[289].

Un problema importante que acarrea la participación del jefe, dirigente o cabecilla de una organización criminales es la de la responsabilidad penal que les corresponde a los jefes de las organizaciones criminales por los delitos cometidos por éstas bajo su mando. Ya que en la mayoría de casos los jefes no participan en los actos ejecutivos del delito, al respecto se han planteado diversas teorías, siendo las más destacadas las que a) considera al jefe como autor mediato por aparato organizado de poder, teoría desarrollada por el profesor alemán Roxin; y b) considera al jefe como coautor conjuntamente con los ejecutores directos de las actividades delictivas.

Como nos recuerda Pariona Arana, para la aplicación de la autoría mediata por aparato organizado de poder, según lo desarrollado

289 Álvarez García, *El delito de tráfico de drogas,* ob. cit., pp. 240 y 241.

por la doctrina a partir de la propuesta de Roxin, se deben presentar los siguientes requisitos:

> [E]n primer lugar, un "poder de mando sobre la organización". Este dominio supone en el agente la capacidad de dar órdenes que deben cumplirse para el funcionamiento mismo de la organización, siendo indiferente el nivel jerárquico que ocupa el agente, ya que únicamente importa que domine la parte de organización a él sometida. En segundo lugar, la organización de la cual se sirve el hombre de atrás debe encontrarse "al margen del Derecho". Pertenecen a este tipo de organización los aparatos de poder estatales, organizaciones criminales comunes, como también organizaciones terroristas. En tercer lugar, en la organización en concreto debe existir la posibilidad de reemplazar al actor inmediato, es decir, debe concurrir la fungibilidad del ejecutor. El actor inmediato sería solamente una figura intercambiable, un "engranaje" reemplazable en la maquinaria del aparato de poder". Finalmente, como cuarto elemento que ha sido desarrollado en sus últimos trabajos sobre el tema, Roxin considera que debe concurrir una alta disposición al hecho del ejecutor[290].

Al respecto, si bien Suárez López sostiene que la primera teoría puede ser perfectamente aplicable en organizaciones criminal al margen de la ley, plantea tres observaciones importantes que deben tenerse en cuenta para la aplicación de la autoría mediata del jefe o dirigente en este tipo de organizaciones:

> En primer término, se debe ser muy cuidadoso para no considerar como aparatos de poder organizados organizaciones criminales que en realidad no pueden ser catalogadas de tales. Como lo anota Ambos (1998: 47): "Desde un principio, el dominio de organización solo es posible en un aparato de poder formal, es decir, una organización que está estructurada de modo jerárquico-linear y que consiste en un número suficientemente grande de ejecutores intercambiables".

290 Pariona Arana, Raúl, "El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana. Análisis de la fundamentación dogmática de la sentencia de la Corte Suprema contra Alberto Fujimori", en *Revista Oficial del Poder Judicial*, n.° 6 y n.° 7, 2010-2011, p. 294.

> En segundo término, se debe ser muy escrupuloso al analizar la configuración de sus elementos o requisitos, cuales son —según Roxin—: (a) el dominio de la organización por los autores mediatos; (b) la fungibilidad de los ejecutores; y (c) la desvinculación del derecho del aparato de poder organizado.
>
> En tercer y último término, se debe tener presente que el solo hecho de ser miembro de la cúpula de una organización criminal no hace a una persona autor mediato de todos los crímenes cometidos por ella. Es necesario constatar que esta persona participo, de una u otra forma, en la concreta cadena de mando que dio lugar al específico delito por el que se le responsabiliza. Por supuesto, que esto no es óbice para que se configuren los delitos que supone per se la pertenencia a una organización criminal de esta índole, como, por ejemplo, el concierto para delinquir[291].

De otro lado, en una posición en contra, WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ sostiene que los mandos o cabecillas de organizaciones criminales que actúan al margen de la ley, tienen la condición de coautores, en el entendido de que los militantes de tales agrupaciones comparten no solo los ideales, sino las políticas de operación y, por ello, la responsabilidad de los hechos delictivos ordenados por las cabezas compromete en calidad de coautores, tanto a quienes los ejecutan, como a quienes los ordenaron. En estos eventos se está ante casos de coautoría material impropia, construcción que tiene lugar cuando entre las personas que concurren a la comisión del delito media división del trabajo, figura también denominada "empresa criminal", pues todos realizan una parte del delito, incluso algunos efectúan comportamientos objetivamente intrascendentes o atípicos, no por ello impunes, como cuando alguien se limita a esperar a otros miembros de la asociación ilegal en un automóvil fuera del lugar donde se comete el delito, con el propósito de transportarlos una vez culminada su tarea[292].

---

291 SUÁREZ LÓPEZ, Carlos Alberto, "Aproximación a la problemática de la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales: un estudio de Derecho comparado", en *RAI*, n.° 2, 2010, p. 51.

292 WOLFFHÜGEL GUTIÉRREZ, Christian, "La responsabilidad penal del mando o cabecillas de organizaciones criminales. Coautoría material impropia, empresa

La principal dificultad para considerar al jefe o dirigente de una organización criminal como autor mediato se refiere al tipo y tamaño de la organización criminal de que se trate, pues la autoría mediata por aparato de poder requiere la "fungibilidad" de los ejecutores directos, esto es, que cualquier miembro de la organización puede reemplazar al ejecutor directo y tomar su lugar cumpliendo la orden criminal del mando central sí o sí. Lo que no sucede necesariamente en organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas con estructura flexible, donde se asignan de tareas específicas a los miembros que otros no pueden cumplir, en toda la cadena de comercialización de la droga, hay sujetos encargados de la siembra y cultivo, otros dedicados a la fabricación o elaboración de las sustancias toxicas en las zonas de cultivo y producción, otros al acopio y transporte a los principales puertos o salidas del territorio nacional, y otros a la "exportación de la droga" al extranjero en sus diversas modalidad, muchas veces no pertenecen a una misma organización, sino a redes nacionales e internacionales de grupos organizados que cooperan en la exportación de la droga al extranjero. Es por ello que la teoría que mejor se ajusta a esta realidad para establecer la responsabilidad penal de los jefes, dirigentes o cabecillas de estas organizaciones es la de coautoría, pues los sujetos ubicados en el mando aporta la creación de la organización y le da el contenido específico, así como, quienes definen, programan, supervisan, dirigen y distribuyen con autoridad propia las funciones de quienes están a su cargo gobierna y rige la actuación de la organización, desempeñando su papel superior, realizando aportes financieros, logísticos y humanos determinantes para la consecución del plan criminal.

Según Villavicencio Terreros, el jefe de la organización tiene un codominio del hecho, pues el plan que diseña da sentido al comportamiento de los otros coautores. Así lo ha recogido también la jurisprudencia nacional, recurriendo a la figura de la coautoría no ejecutiva, en ese sentido son ilustrativos los casos citados por el referido autor nacional:

---

criminal y asociación ilícita. Se reitera doctrina", en *Cuadernos de Derecho Penal*, n.° 2, 2009, p. 51.

> Si bien el procesado no participo en la fase ejecutiva del delito, ha planificado su realización, como también aporto los elementos necesarios para su ejecución, fundamentos por los cuales es coautor. En otro caso: La coautoría no solo es la ejecutiva —directa y parcial, sea que todos los autores realicen todos los actos ejecutivos— sino la no ejecutiva, que se da en los casos en que se produce un reparto de papeles entre los diversos intervinientes en la realización de un delito, de tal modo que alguno o algunos de los coautores ni siquiera están presentes en el momento de su ejecución, que es el caso del codominio funcional del hecho en base al reparto funcional de roles, en el que además del acuerdo previo en la realización del delito se requiere una contribución material en él, no necesariamente con actos ejecutivos[293].

En suma, la persona considerada como jefe, dirigente o cabecilla de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas o insumos químicos, responde como coautor de los hechos concretos del tipo básico, con las circunstancias agravantes de integrante de una organización criminal y jefe de la misma, para efectos de la determinación de la pena en estos supuestos se aplica lo dispuesto en el f. j. n.° 12 del Acuerdo Plenario N.° 2-2010/CJ-116, donde se precisa:

"En estos casos la circunstancia de mayor grado absorberá el potencial y eficacia agravante de las de grado inferior. Por consiguiente, ella operará como pena básica a partir de la cual el juez determinará la pena concreta a imponer"[294], en el caso bajo análisis solo se aplica la circunstancia agravante de jefe de una organización criminal que absorbe la circunstancia de grado inferior, quedando establecido el marco punitivo con una pena conminada no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de la libertad.

293 *Ejecutoria Suprema, Exp. N.° 3900-97,* Lima: 20 de noviembre de 1997; y *Ejecutoria Suprema, R. N. N.°2220-2004,* Ayacucho: 29 de diciembre del 2004. Citados por Villavicencio Terreros, *Derecho penal. Parte general,* ob. cit., p. 487.

294 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 2-2010/CJ-116,* f. j. n.° 12.

2. Agravante por financiamiento de actividades terroristas

La última figura agravada contenida en el art. 297 del CP se refiere al agente que se vale del tráfico ilícito de drogas para financiar actividades terroristas, estableciendo una pena para este supuesto no menor de veinticinco años ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de la libertad. Prado Saldarriaga explica que la agravante que contiene el art. 297 *in fine* fue incorporada en 1993 con la Ley N.° 26223.[295]

Esta agravante se explica por cuanto, como destaca Caro Coria, el narcotráfico en nuestro país está fuertemente ligado al terrorismo, esto es, a lo que se conoce como "narcoterrorismo"; es así que, en la actualidad existen territorios, como el Alto Huallaga y el Vraem-Valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro, donde conviven y se mimetizan tanto traficantes de droga como terroristas. En ese marco, explica el autor nacional lo siguiente:

> Si bien en estas zonas, a fines de los 80's se produjeron enfrentamientos entre traficantes y terroristas —especialmente de Sendero Luminoso—, hoy estas agrupaciones conviven e incluso coordinan sus actividades con la finalidad de repeler las acciones de las Fuerzas Armadas en dichos territorios[296].

Obando observa que, en el Vraem, que es una zona montañosa y de bosque húmedo tropical, operan remanentes de Sendero Luminoso:

> Que si bien actúan como protectores armados de los narcotraficantes mantienen su carácter ideológico, como lo prueba el ataque a soldados del Ejército que llevaban ánforas para la votación presidencial de 2016 con el fin de frustrar las elecciones en la zona, lo que produjo diez soldados muertos[297].

---

295 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 169.

296 Caro Coria, "Análisis crítico de políticas criminales existentes en materia de drogas ilícitas en el Perú", art. cit., pp. 51-52.

297 Obando, Enrique, "El tráfico ilícito de drogas en el Perú, cuarenta años después", en *Revista Temática Centro de Altos Estudios Nacionales,* n.° 2, 2016, p. 39.

Por su parte, Prado Saldarriga señala que esta circunstancia agravante carece de precedentes en el derecho penal comparado, siendo que, la incorporación en nuestra legislación fue consecuencia de la coyuntura de violencia que asolo nuestro país entre 1980 y 2000, y como tal es un fenómeno temporal, cuestionando que exista una alianza permanente entre los remanentes de la subversión con el narcotráfico.

> En ese período las actividades bélicas de las organizaciones terroristas obtuvieron financiamiento voluntario o coactivo de las firmas de los narcotraficantes. Principalmente en las zonas de producción cocalera ilegal, se generó una práctica de cupos que fue impuesto por los grupos subversivos a los traficantes de drogas. Y estos, a fin de mantener su ilícito negocio, optaron por aceptar tales exigencias económicas a cambio de protección y tolerancia para sus pistas de aterrizaje y cargamentos. Las fuentes oficiales comenzaron a identificar a esta alianza táctica como narcoterrorismo. Sin embargo, los investigadores sociales declararon permanentemente que esa vinculación era coyuntural y no estratégica. En ese sentido, por ejemplo, Salcedo aclaraba que no era correcto "creer que la alianza táctica, entre narcotráfico y la subversión, signifique identidad de objetivos. La subversión se sirve del narcotráfico, así como los narcotraficantes pueden beneficiarse de la subversión"[298].

Soberón plantea que respecto al accionar de los remanentes de Sendero Luminoso en la selva alta y su relación con el narcotráfico se han elaborado tres perspectivas, Un primer grupo piensa, como Raúl González, que los remanentes de Sendero Luminoso se hallan en una etapa de acumulación de fuerzas ante la debilidad de los partidos políticos y el propio Estado; un segundo grupo propone, como Jaime Antezana (analista cercano a los planteamientos de la Embajada de los Estados Unidos), que lo que se da actualmente es una relación entre el narcotráfico y Sendero Luminoso, cuyos miembros actuarían como los sicarios que brindan protección a los trasiegos de droga; y, finalmente, un tercer grupo postula, como Carlos Tapia, que los mencionados re-

298 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada,* ob. cit., p. 168.

mantes no son un peligro, ya que se hallan en zonas alejadas del país. Evidentemente, los tres tienen parte de razón[299]. La Comisión Especial Investigadora Multipartidaria encargada de investigar y determinar la influencia del narcotráfico en los partidos políticos y movimientos regionales y locales del Congreso de la República ha constatado en esa medida que desde el año 2006 hasta la actualidad remanentes de Sendero Luminoso han actuado en el Alto Huallaga liderados por "Artemio" y en el Vraem bajo el mando de "Alipio", produciéndose rivalidades entre ambos grupos por el control del discurso senderista a nivel nacional, en el caso de "Artemio" se dedicó a la extorsión y la conformación de estructuras dedicadas al cobro de cupos alto largo del Huallaga que incluye a los narcotraficantes, asimismo, advierte la Comisión del Congreso que entre las organizaciones sociales de las cuencas cocaleras existe una convivencia con el narcotráfico y el terrorismo[300].

En suma, esta agravante responde a particularidades de nuestra realidad nacional, donde los remanentes de Sendero Luminoso en la Selva Alta actúan como protectores armados de los narcotraficantes manteniendo su carácter ideológico, en un reciente informe del diario *La República* se da cuenta de la recomposición de los remanentes de esta organización subversiva a la cabeza de Víctor Quispe Palomino, alias "camarada José", que opera con la denominación de Militarizado Partido Comunista del Perú (MPCP). Según *La República,* basado en fuentes de inteligencia de la Dirandro, el narcotráfico los financia y les entrega dinero para la compra de armas con las que emboscan a policías y militares y protegen a los barones de la droga del Vraem, así se precisa que el narcotráfico es la principal fuente de financiamiento de los subversivos:

299 Soberón, Ricardo, "El narcotráfico en el Perú y la ausencia de políticas de Estado", en *Un año sin rumbo*, Lima: Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo, 2007, pp. 275 y 276.

300 Comisión Especial Investigadora Multipartidaria, *Informe final*, t. I, Lima: Congreso de la República, 2015, p. 241.

> Un análisis de las fotografías y videos incautados recientemente a los terroristas del MPCP, indica que cuentan con nuevo armamento, obtenido en gran parte por intermedio de las organizaciónes del narcotráfico, que es la principal fuente de financiamiento del terrorista "José"[301].

Peña-Cabrera destaca que las organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas se asocian con organizaciones terroristas a fin de conseguir de las mismas les proporcionen seguridad en los lugares donde se produce el acopio de droga, donde se encuentran instalados los laboratorios procesadores de droga y donde se han construido pistas de aterrizajes clandestinas, a cambio las organizaciones terroristas reciben ayuda financiera que les permite agenciarse de capital suficiente para adquirir armas, municiones y otros elementos logísticos[302]. En sentido, similarmente Ibérico Castañeda explica:

> [E]l último párrafo del artículo 297 se refiere a quienes se valen del tráfico de drogas para la financiación de actividades terroristas o subversivas. El agente es miembro o afiliado de una organización terrorista que utiliza el narcotráfico para autofinanciarse, lo cual se diferencia de los meros actos, efectuados por terceros extraños a la organización. Este supuesto ya estaba recogido en la Convención de Viena de 1988. Habida cuenta del frecuente pacto entre organizaciones criminales dedicadas al TID y las organizaciones subversivas que brindan "servicios" de seguridad a sus operaciones (fabricación, acopio de droga, laboratorios, aeropuertos). A cambio, dichas organizaciones terroristas reciben el capital suficiente para financiar sus recursos (armas, municiones, condiciones logísticas) para ejecutar sus objetivos a lo largo del país[303].

---

301 Aguirre, Doris, "Terrorista 'José' amenaza con más ataques a las fuerzas del orden", en *La República*, 2018. Recuperado de <https://bit.ly/2xVwQMN>.

302 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., pp. 188 y 189.

303 Iberico Castañeda, Luis Fernando, *Manual autoinstructivo. Curso tráfico ilícito de drogas*, Lima: Academia de la Magistratura, 2016, pp. 186-187.

De cara a la realidad descrita, la agravante bajo comentario persigue evitar que las organizaciones terroristas cuenten con fuentes de financiamiento que faciliten sus actividades en perjuicio de la sociedad, y en este caso específico, se trata de evitar que utilicen los actos de tráfico ilícito de drogas para financiar las actividades terroristas. Siguiendo a Frisancho Aparicio, para la configuración de la circunstancia agravante se debe verificar que "la finalidad del agente es financiar actividades de grupos terroristas valiéndose del narcotráfico al igual que pudiera utilizarse otro delito"[304]. En esa línea, Prado Saldarriaga observa que lo esencial para la configuración de la agravante es que el agente se valga del tráfico ilícito de drogas con el objetivo de proveer recursos económicos para la ejecución de actos u operaciones integrantes de un proyecto terrorista, con lo cual basta que la finalidad que anima el delincuente a realizar los actos descritos en el art. 296, sea esa para que el agravante se perfecciona, no siendo necesario que el financiamiento se llega a concretar o que las acciones terroristas financiadas por el autor del delito de ejecuten. Siendo que, la expresión "actividades terroristas" hace referencia a las conductas descritas en el art. 2 del Decreto Ley N.° 25475[305].

Finalmente, es importante destacar que existe un delito autónomo de financiamiento del terrorismo, introducido en nuestra legislación mediante el art. 1 de la Ley N.° 29936, Ley que sanciona el Delito de Financiamiento del Terrorismo, publicado el 21 de noviembre del 2012, que incorpora en el Decreto Ley N.° 25475 (Decreto Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio) el art. 4.A, que prescribe:

> **Artículo 4-A. Financiamiento del terrorismo.**
> El que por cualquier medio, directa o indirectamente, al interior o fuera del territorio nacional voluntariamente provea, aporte o recolecte

304 Frisancho Aparicio, Manuel, *Tráfico de drogas y lavado de activos*, Lima: Jurista, 2006, p. 140.

305 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada*, ob. cit., p. 169.

> fondos, recursos financieros o económicos o servicios financieros o servicios conexos con la finalidad de cometer cualquiera de los delitos previstos en este decreto ley, cualquiera de los actos terroristas definidos en tratados de los cuales el Perú es parte o la realización de los fines de un grupo terrorista o terroristas individuales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.
>
> La pena será privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta y cinco años si el agente ofrece u otorga recompensa por la comisión de un acto terrorista o tiene la calidad de funcionario o servidor público. En este último caso, además, se impondrá la inhabilitación prevista en los incisos 1, 2, 6 y 8 del art. 36 del CP.

De esta manera, el legislador nacional ha cumplido con incorporar en el ordenamiento jurídico interno el delito de financiamiento del terrorismo, obligación internacional contenida en el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999, así como también en la Convención Interamericana contra el Terrorismo, aprobada en sesión plenaria de la Asamblea General de la Organización de Estados Interamericanos del 3 de junio del 2002. Además, la necesidad de castigar penalmente el finamiento al terrorismo se encuentra destacado en las Recomendaciones Especiales del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) sobre la financiación del terrorismo del 2001.

Estos documentos internacionales responden a la nueva estrategia adoptada a nivel global para el combate contra el terrorismo impulsado por los Estados Unidos de América después de los atentados terroristas del 11 de setiembre del 2001. Así lo destaca Blanco Cordero:

> La estrategia de lucha contra el terrorismo ha consistido durante muchos años en el ataque directo a la estructura de la organización, esencialmente mediante la detención de sus miembros. Como consecuencia de los trágicos atentados que tuvieron lugar el 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos se produce un viraje importante en dicha estrategia a nivel mundial, que pasa a tener como uno de sus pilares fundamentales la ofensiva sobre las finanzas de la organización.

> Estos atentados terroristas, junto con los acaecidos en Madrid el 11 de marzo del 2004, han sido determinantes en la actual articulación de políticas dirigidas a hacer frente a este fenómeno criminal. Entre ellas ha adquirido un notable auge la que intensifica el control de los fondos dirigidos a la financiación tanto de los ataques terroristas como de las redes terroristas[306].

Y es que el financiamiento del terrorismo se nutre de fuentes lícitas e ilícitas, así como aportes voluntarios y coactivos, utilizando prioritariamente el sistema financiero nacional e internacional[307]. De esta manera, como explican Adriasola y otros:

> [U]na tipología de metodologías del financiamiento del terrorismo puede ser la siguiente: a) ayuda financiera proporcionada por organizaciones, empresas o personas con medios económicos significativos, en todos los casos de origen lícito; b) fondos generados en actividades delictivas conexas al terrorismo —secuestros, extorsiones, fraudes, impuesto de protección—; y c) fondos generados en una combinación de fuentes legales e ilegales. Esto determina que para la organización terrorista el beneficio material no es un fin en sí mismo, sino que es instrumental y subordinado al ideológico o político [...][308].

Fondos procedentes de actividades ilícitas que, como hemos visto, también pueden generarse por actos de tráfico ilícito de drogas.

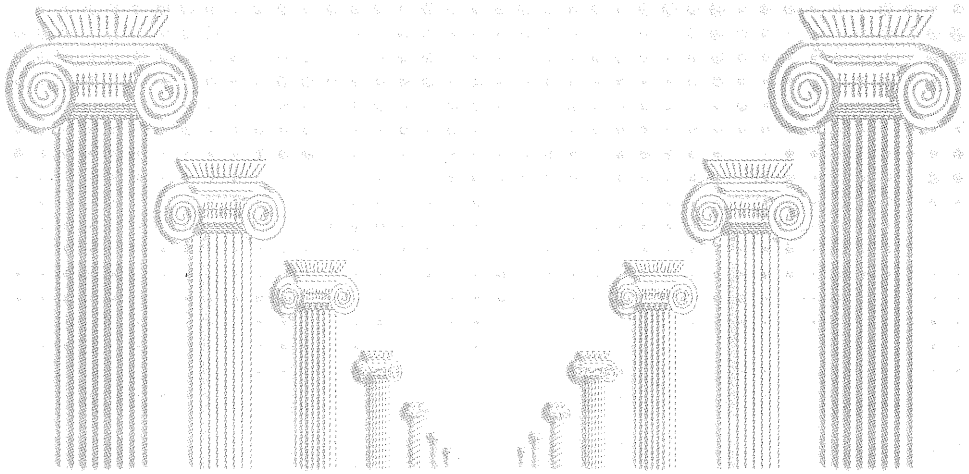
306 Blanco Cordero, Isidoro, "¿Es necesario tipificar el delito de financiación del terrorismo en el Código Penal español?" en *Athena Intelligence Journal*, vol. 4, 2009, p. 35.

307 Cfr. Salinas, José María, "El terrorismo y el financiamiento al terrorismo. Su tratamiento en la Argentina", en *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid: Ramón Areces, 2016, p. 1397.

308 Adriasola, Gabriel *et al.*, *Crimen organizado y lavado de dinero*, Montevideo: Carlos Álvarez, 2010, pp. 69 y 70.

CAPÍTULO IX

FIGURAS ATENUADAS Y OTRAS NORMAS PENALES: ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 298 AL 303 DEL CÓDIGO PENAL



Para completar el estudio de los delitos de tráfico ilícito de drogas reguladas en el CP, debemos analizar las disposiciones contenidas de los arts. 298 al 303 de este cuerpo legal, de esta manera, el art. 298 regula únicamente dos supuestos de atenuación en sus incisos 1 y 2. En ambos casos, la menor penalidad toma en cuenta el volumen de las drogas, materias primas e insumos que son objeto de la acción delictiva que ejecuta el agente. En la medida, pues, de que no se superen las cantidades definidas por la ley el atenuante se configurará. También es importante destacar que las conductas referidas a los verbos rectores fabricar, extractar y preparar pequeñas cantidades de drogas del art. 298.1 del CP deberán concordarse con el tipo básico del primer párrafo del art. 296, actos de fabricación; mientras que los actos de comercialización y posesión —con fines de comercialización de pequeñas cantidades de drogas, también contenidos en el art. 298.1, deberán ser concordados con el párr. 2 del art. 296, actos de posesión para su tráfico ilícito— tipo básico. En el caso del art. 298.2 del CP, referido a la comercialización de pequeñas cantidades de materias primas o insumos, deberá ser concordado con el tercer párrafo del art. 296, referido al tipo básico del tráfico ilícito de precursores.

De otro lado, el art. 2 del D. Leg. N.° 982, que incorporó el 298.3 del CP, refiere que una adición legislativa que pareciera responder a una situación de coyuntura social (en específico, por su fácil acceso a los menores drogadictos) es la sanción penal de microcomercialización de pegamentos sintéticos que expelen gases con propiedades psicoactivas (terokal). Se entiende que el tipo penal se configura por conductas alternativas de comercialización o distribución siempre que el objeto del delito cuente con las características típicas de estar acondicionado para el destino de consumo humano por inhalación. En ese sentido, la

droga objeto de distribución comercio tiene que estar acondicionado a su consumo de lo contrario haría atípica la imputación.

El último párrafo del art. 298 del CP establece supuestos de agravación de los casos de micro comercialización de drogas, materias primas e insumos, atendiendo a los criterios de agravación consagrados en el art. 297 del CP. Sobre esta norma FRISANCHO APARICIO observa que la microproducción y microcomercialización de drogas, materias primas e insumos químicos recibe trato agravado en tres circunstancias: a) cuando el sujeto activo del delito tiene una especial calificación, la misma que le facilita la comisión del delito y pone en mayor riesgo el bien jurídico salud pública (incs. 2, 3 y 6 del art. 297 del CP); b) cuando la microcomercialización se realiza en el interior o en inmediaciones de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, de salud, recinto deportivo, lugar de detención o reclusión (art. 297.4); c) si el agente vende, se vale o utiliza para la microcomercialización a menores de edad o a cualquier otra persona inimputable (art. 297.5).

También es importante destacar que, nuestra legislación ha optado por no criminalizar la mera posesión de drogas, cuando esta no viene acompañada de la intención de comercializarla, en esa línea, a través del art. 299 del CP en términos generales ha establecido que la posesión de droga para el propio e inmediato consumo no resulta perseguible penalmente, para lo cual ha establecido un criterio cuantitativo en la determinación de la dosis personal permitida. El art. 299 del CP se plantea como una disposición meramente declarativa y de reconocimiento que deja claro que en el Perú el consumo de drogas no se encuentra penalizado. No se estructura por tanto como una norma permisiva, pues poseer drogas para el propio consumo, es una conducta atípica y que no está prohibida, ya que la única posesión punible de drogas en el art. 296 es aquella destinada al tráfico ilícito. Esto quiere decir que, en la legislación peruana no hay ninguna disposición que sancione o castigue el consumo o posesión de drogas, siempre y cuando sea para el consumo personal. En esa medida, la posesión de drogas será punible siempre que exceda las cantidades determinadas por ley y se tenga además como finalidad el tráfico ilícito de drogas.

Los arts. del 300 al 302 tipifica tres delitos autónomos periféricos al tráfico ilícito de drogas, que tiene por finalidad la protección del bien jurídico: salud pública, al respecto, PRADO SALDARRIAGA, refiere que se trata de tres figuras autónomas que tiene como nexo común el estar vinculados con actos de consumo indebido de drogas, en estos casos, el agente propicia o ayuda dolosamente a que un tercero practique el consumo de drogas fiscalizadas, se trata de los delitos de: a) prescripción, administración y expendio de medicamentos compuestos con sustancias fiscalizadas (art. 300); b) consumo involuntario de drogas mediante coacción o engaño (art. 30); c) instigación al consumo indebido de drogas (art. 302).

Finalmente, culminando con las regulaciones sobre tráfico ilícito de drogas, el CP en su art. 303 regula la pena de expulsión del país para el extranjero que cumple una condena privativa de libertad por algún delito de tráfico ilícito de drogas; la pena de expulsión es un tipo de pena restrictiva de libertad, que restringen los derechos de libre tránsito y permanencia en el territorio nacional de los condenados. La pena de expulsión del país se aplica solo en los casos de delitos de tráfico ilícito de drogas (arts. 296 a 303 del CP).

I. LA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DEL ARTÍCULO 298 DEL CÓDIGO PENAL

Los incs. 1 y 2 del art. 298 del CP establece una circunstancia atenuada en supuestos de microcomercialización o microproducción de escasas cantidades de droga, estableciendo un criterio cuantitativo para efectos de su configuración. Así, la referida norma prescribe:

> La pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de siete años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días-multa cuando:
>
> 1. La cantidad de droga fabricada, extractada, preparada, comercializada o poseída por el agente no sobrepase los cincuenta gramos de pasta básica de cocaína y derivados ilícitos, veinticinco gramos de clorhidrato de cocaína, cinco gramos de látex de opio o un gramo de sus derivados, cien gramos de marihuana o diez

gramos de sus derivados o dos gramos de éxtasis, conteniendo Metilendioxianfetamina-MDA, o Metilendioximetanfetamina-MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas.

2. Las materias primas o los insumos comercializados por el agente que no exceden de lo referido para la elaboración de las cantidades de drogas señaladas en el inciso anterior.

Estos este precepto normativo, Prado Saldarriga observa que el art. 298 regula únicamente dos supuestos de atenuación en sus incisos 1 y 2. En ambos casos la menor penalidad toma en cuenta el volumen de las drogas, materias primas e insumos que son objeto de la acción delictiva que ejecuta el agente. En la medida, pues, de que no se superen las cantidades definidas por la ley el atenuante se configurará[1]. Al respecto, Caro Coria observa que en el CP peruano se ha tipificado una figura atenuada, esto es, la microcomercialización o microproducción de escasas cantidades de droga, siempre que no sobrepase ciertas cantidades (50 gr. de pasta básica de cocaína y derivados, 25 gr. de clorhidrato de cocaína, 5 gr de látex de opio o 1 gr. de sus derivados, 100 gr. de marihuana o 10 gr. de sus derivados o 2 gr. de éxtasis), estas conductas tienen una sanción penal de 3 a 7 años de pena privativa de libertad[2].

Peña-Cabrera Freyre observa acertadamente que la cantidad comercializada o producida repercutirá en menor proporción que cuando se trata de comercialización de grandes cantidades, esto quiere decir, que la introducción de una menor cantidad de droga prohibida, incidirá en un plano de menor lesividad para el interés jurídico —objeto de tutela penal—, lo que repercute en una reacción punitiva de contornos menos intensos[3]. Esto supone entonces que el legislador en aplicación

1 Prado Saldarriga, Víctor, *Criminalidad organizada. Parte especial. Constitución, promoción e integración de organizaciones criminales. Tráfico ilícito de drogas y otros delitos afines. Lavado de activos. Financiación del terrorismo. Trata de personas y minería ilegal. Acuerdos plenarios,* Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 172.

2 Caro Coria, "Análisis crítico de políticas criminales existentes en materia de drogas ilícitas en el Perú", p. 62.

3 Peña-Cabrera Freyre, Alonso, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, Lima: Rodhas, 2013, pp. 198 y 199.

al principio de proporcionalidad de las penas configura una atenuante en casos de escasas cantidades del objeto material del delito, Prado Saldarriaga comentando la evolución legislativa de la figura atenuada bajo comentario refiere que la intención del legislador al regular la misma es reducir la pena en los actos de producción o comercialización en pequeña escala, lo que coloquialmente se identifican como formas de "microcomercialización de drogas"[4]. También Frisancho Aparicio plantea que es necesario develar la innegable necesidad de un mínimo de discrecionalidad, de parte del juzgador, en la fijación de la determinación del carácter lesivo del objeto material del delito, así como la graduación de la pena en el rubro de los injustos relacionados al tráfico ilícito de drogas[5].

Navarro Dolmestch advierte lo siguiente:

> Una forma en que el delito de tráfico ilícito de estupefacientes se presenta en la cotidianeidad [...] es el tráfico ilícito de esas sustancias, pero en unas cantidades escasas o de poca relevancia por su calidad o naturaleza, lo que la práctica ha denominado microtráfico[6].

Ruiz Delgado, comentando la legislación chilena sobre tráfico ilícito de drogas, observa que la incorporación en esa legislación de una figura que penalice las pequeñas cantidades de droga viene impuesta por la necesidad de respetar en principio de proporcionalidad en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, pues no cabe imponer iguales penas a supuestos diferenciados por la cantidad de la droga comercializada o traficada, así se expresa el referido autor chileno:

---

4 Prado Saldarriga, *Criminalidad organizada. Parte especial,* ob. cit., pp. 169 y 170.

5 Frisancho Aparicio, Manuel, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, 2.ª ed., Lima: Jurista, 2006, p. 148.

6 Navarro Dolmestch, Roberto, "El tipo penal de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades del art. 4 del Proyecto de nueva Ley de Drogas", en *Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'higgins Ars Boni et Aegui*, n.° 3, 2007, pp. 97-98.

> La creación del tipo penal de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en adelante "microtráfico", y contenido en el art. 4 de la Ley N.° 2000, obedeció a la necesidad de solucionar problemas de proporcionalidad de penas, dado que el art. 5 de la anterior Ley N.° 19366, sancionaba con las mismas penas tanto a quien traficaba con grandes cantidades de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, incluso, en muchos casos traspasando controles fronterizos, como a quien comercializaba pequeñas dosis de estas mismas a los consumidores finales, sin contemplar ninguna diferenciación respecto del disvalor de la conducta ni la mayor puesta en peligro del bien jurídico protegido[7].

En esa línea, el último párrafo del art. 368 del CP español prescribe que "los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable", con lo cual se ha interpretado jurisprudencialmente que el término "escasa entidad del hecho" se puede referir a la pequeña cantidad de droga objeto material del delito. Así, por ejemplo, en la Sentencia N.° 32/2011 del 25 de enero del 2011, el Tribunal Supremo español aplicó el subtipo atenuado por la escasa entidad del hecho a un supuesto de posesión de pequeña cantidad de drogas:

> [N]os encontramos con un vendedor de papelinas, que constituye el último eslabón en la venta al menudeo, siendo poseedor de escasa cantidad de sustancias estupefacientes y padeciendo drogodependencia por su adicción a tales sustancias, y a supuestos como el presente pretende dar respuesta el subtipo atenuado que examinamos, atendiendo a una menos intensa gravedad en su culpabilidad, que encaja en esa escasa entidad del hecho y en unas circunstancias personales a las que se refiere el párrafo segundo del art. 368 del Código Penal, lo que determinará una reducción de pena, considerándose adecuada una pena privativa de libertad de un año y siete meses de prisión, que facilitará la aplicación de los arts. 81, 83 y 87 del mismo texto legal[8].

---

7 Ruiz Delgado, Fernando, "El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la Ley 20000", en *Política Criminal*, vol. 4, n.° 8, 2009, p. 409.

8 Tribunal Supremo Español, *Sentencia N.° 32/2011*, 25 de enero del 2011.

En otro caso, donde también se aplicó la atenuante de "escasa entidad del hecho" debido a la pequeña cantidad de droga objeto de comercialización, el Tribunal Supremo, en la Sentencia N.° 920/2013 del 11 de diciembre del 2013, explicó que esta atenuante se relaciona con la menor gravedad del injusto típico por la escasa afectación al bien jurídico tutelado.

> Como vemos el ejercicio de la discrecionalidad reglada que permite el precepto queda vinculado a la concurrencia de dos parámetros relacionados con la menor antijuridicidad del hecho y la menor culpabilidad del autor. La "escasa entidad del hecho" debe relacionarse con la menor gravedad del injusto típico, por su escasa afectación o capacidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, salud pública colectiva. Como se sugiere en la STS de 9.6.2010, en la que se invoca la "falta de antijuricidad y de afectación al bien jurídico protegido", siendo la antijuridicidad formal la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico representado por el precepto penal y la antijuridicidad material la lesión efectiva o puesta en peligro del bien jurídico protegido, la menor entidad o gravedad del delito debe relacionarse con la cantidad y calidad de droga poseídas por el autor y, en concreto, con la superación mínima o relevante de la llamada dosis mínima psicoactiva, de manera que cuanto menor sea la cantidad y calidad de la droga poseída con finalidad típica menor será la entidad o gravedad del hecho. Así, cantidades muy próximas a la dosis mínima psicoactiva o en cualquier caso de muy escasa relevancia cuantitativa y cualitativa se encontrarían en el radio de acción del subtipo por su escasa afectación al bien jurídico protegido.
>
> En cuanto a la "menor culpabilidad", las circunstancias personales del autor, nos obligan a ponderar todas las circunstancias subjetivas del culpable que permitan limitar su reprochabilidad personal por haber cometido el hecho antijurídico, en el bien entendido supuesto de que, dada la prohibición de doble valoración o desvaloración del art. 67 CP, las circunstancias que sean valoradas en el ámbito del subtipo atenuado no podrán contemplarse como circunstancias independientes. También parece que las circunstancias personales del subtipo atenuado

> deben ser distintas de aquellas que se configuren como atenuantes o agravantes en el CP[9].

La indeterminación del precepto español "escasa entidad del hecho", al no recurrir a un criterio cuantitativo como en el caso peruano, ha generado importante discusión en la doctrina respecto a la cantidad, tipo y pureza de droga que encaja en el subtipo agravado, así como las circunstancias en que el hecho debe acaecer para aplicar la reducción proporcional de la pena. Rey Huidobro explica al respecto:

> [D]eslindar la cantidad que puede estimarse para el consumo de la destinada al tráfico es algo, como señala Rodríguez Devesa, muy difícil y que exige estar a cada caso concreto; de ahí que autores como Arroyo (al que siguen Muñoz Conde y Belloch) sean partidarios, por razones de seguridad jurídica, de introducir legislativamente un criterio de mínima cuantía a establecer en función de la dosis media que requiere un toxicómano; otros, por el contrario, como García Pablo, entienden, que todo intento de limitar al máximo el arbitrio judicial en este campo "cuantificándolo" va condenado al fracaso, debido a la variedad y heterogeneidad de factores que deben ser tenidos en cuenta y que sugieren la objetivación del arbitrio judicial[10].

Es por ello que, en opinión de Frisancho Aparicio, resulta adecuada la técnica del legislador peruano de establecer de manera precisa la cantidad de droga que configura la figura atenuada, aunque advierte que no debe ser el único criterio a tomar en cuenta por el juzgador para determinar la tipicidad de la conducta, así se expresa el autor nacional:

> [E]n el caso de las drogas la "pequeña cantidad" se ha determinado en forma expresa, fijando el peso de cada una de ellas y de sus derivados. Esta cuantificación ayuda al juzgador en su labor de interpretación,

9 Tribunal Supremo Español, *Sentencia N.° 920/2013*, 11 de diciembre del 2013.

10 Rey Huidobro, Luis Fernando, *El delito de tráfico ilícito de drogas. Aspectos penales y procesales*, Barcelona: Tirant Lo Blanch, 1999, p. 36. En el mismo sentido, Álvarez García, F. Javier *et al.*, *El delito de tráfico de drogas*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, p. 116 y ss.

> aunque no debe ser el único criterio que debe tomar en cuenta, pues, como hemos señalado se impone una interpretación teleológica de todos los tipos relacionados en el tráfico de drogas[11].

Lo contrario sucede con el art. 298.2, donde se ha establecido un criterio vago e impreciso en la determinación de las materias primas e insumos químicos comercializados para producir drogas ilícitas, ya que el legislador no ha fijado un peso exacto, sino que deja la tarea de su determinación al juzgador.

El 298.1 del CP hace referencia a cinco verbos rectores, fabricar, extractar, preparar, comercializar y poseer. Para Frisancho Aparacio, *fabricar* es producir los objetos en serie generalmente por medios mecánicos, en el caso de las drogas implica que aquellos que lo hacen en reducidas cantidades no tienen los medios adecuados para hacerlo en grandes proporcionales: *Extractar* es obtener el extracto o sustancia concentrada de un vegetal mediante presión mecánica, aunque el legislador debió utilizar el verbo "extraer", ya que, por ejemplo, mediante la extracción se obtiene la PBC, la materia prima empleada para este objeto es la hoja de coca de donde se sacan los alcaloides, para esto se requiere de los insumos químicos necesarios: *Preparar* es hacer las operaciones necesarias para obtener un producto, partiendo de elementos ya semiprocesados o procesados, dando igualmente la idea de que se trata de un proceso individual y de carácter artesanal. *Comercializar* es una actividad en la que se compran, venden o intercambian mercancías con finalidad de lucro, también se entiende como el conjunto de transacciones realizadas dentro de un especio económico determinado. Y, *Poseer* a efectos penales es el tener en su poder las drogas ilícitas para su posterior comercialización[12].

---

11 Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, ob. cit., p. 150.

12 Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, ob. cit., pp. 160 y 162.

En cuanto a la configuración de figura subatenuada, Iberico Castañeda reflexiona:

> Debido a que se trata de un tipo penal atenuado en base al art. 296 (TID), los elementos normativos y descriptivos se repiten. De esa manera, debemos remitirnos a la explicación de actos de fabricación, extracción, preparación, y posesión realizada epígrafes arriba. Asimismo, la comercialización debe seguir entendiéndose como negociación con dinero, comprando, vendiendo y realizando toda forma de transacciones económicas, aunque esta vez a menor escala. La posesión debe ser entendida como tenencia de droga con fines de tráfico, de manera que el agente posea la droga por pretender la finalidad de introducirla en el mercado para su venta y posterior consumo. No es necesaria la efectiva comercialización de sustancias, pero sí se requiere la finalidad de hacerlo[13].

Bajo la misma perspectiva, Peña-Cabrera Freyre recuerda lo siguiente:

> La comercialización implica negociar con dinero, comprando, vendiendo, efectuando transacciones económicas a menor escala, implica por ende su posesión, que debe ser entendida como tenencia de la droga con fines de tráfico; es ahí donde debe trazarse una delimitación normativa con el comportamiento contenido en el art. 299 del CP, de no ser así, estaríamos convalidando la penalización de la responsabilidad objetiva por el resultado[14].

Con lo cual el acto de comercialización de pequeñas cantidades de droga, conforme a las cantidades precisadas en la figura atenuada, debe estar dirigido a su tráfico, la posesión fuera de estos supuestos resulta atípica. En esa medida, para la determinación de los fines de tráfico en el caso concreto deben concurrir indicios que de forma conjunta puedan proporcionar un grado de convicción suficiente respecto a que la

13 Iberico Castañeda, Luis Fernando, *Manual autoinstructivo. Curso tráfico ilícito de drogas*, Lima: Academia de la Magistratura, 2016, pp. 195 y 196.

14 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 199.

posesión de las pequeñas cantidades de drogas se encuentra destinada a la comercialización. En esa medida, el referido autor nacional precisa:

> Si bien, para la acreditación de la realización típica no se requiere advertir concretas transacciones comerciales de la droga prohibida, lo que sí debe verificarse objetivamente, es que la droga en posesión, ha de estar destinada a su comercialización y/o tráfico en el mercado de consumidores; este es un dato fundamental a saber, en pos de delimitar un acto de microcomercialización de sustancias prohibidas con la posesión de la droga es un paso previo a su comercialización. Esta exigencia típica permite llegar a la siguiente conclusión: aun cuando se demuestre que la droga poseída (Pasta Básica de Cocaína) excede los límites cuantitativos previstos en la ley, la conducta no podrá ser subsumida en los tipos penales respectivos (atipicidad) si no se acredita que se poseía con la finalidad de traficar con ella[15].

Mazuecos Asid observa que, para la aplicación de una sanción derivada de la aplicación del art. 298, ha de mediar una aprehensión de drogas ilegales, habiendo sorprendido al sujeto con las mismas al objeto de comercializarlas, pues es este un requisito expreso del precepto; por eso en la doctrina penal peruana, se conoce a este ilícito como "microcomercialización o micro-producción"[16]. También Frisancho Aparicio advierte que el juzgador deberá apreciar la forma como el supuesto microcomercializador posee o tiene la droga, en este caso constituye un indicio, el hecho de haberse encontrado las drogas estupefacientes divididas en pequeñas cantidades en la forma de ketes, así como el lugar en donde se han incautado los mismos, podrá tratarse de una zona en la cual se conozca la venta consuetudinaria de las sustancias ilícitas en pequeñas cantidades[17].

---

15 *Ibid.*, p. 199.

16 Mazuecos Asid, Antonio Francisco, "La posesión de drogas: delito o conducta atípica. Criterios delimitadores a partir del análisis comparado de la regulación peruana o española", en *Delitos de tráfico ilícito de drogas. Problemas esenciales desde la dogmática penal y el derecho probatorio*, Lima: Jurista, 2018, pp. 303 y 304.

17 Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, ob. cit., p. 160.

En la jurisprudencia chilena, citada por Ruiz Delgado, se vincula el microtráfico con la venta de pequeñas cantidades al consumidor final, recurriéndose a indicios concurrentes que determinan la existencia de una venta al menudeo de drogas, de esta manera advierte el citado autor:

> [S]e [...] vincula el microtráfico a una conducta asociada a la venta en pequeñas cantidades al consumidor final, a venta al menudeo, que suele efectuarse en contenedores compatibles a dicha venta, con una sustancia que suele no ser de alta pureza, mismas que se efectúan regularmente desde el domicilio de los involucrados y a los adictos del sector, criterios que se encuentran ampliamente satisfechos con los antecedentes probatorios vertidos en la audiencia[18].

La utilización de la prueba indiciaria para la determinación de la finalidad de comercialización de la droga poseída en pequeñas cantidades se advierte en la sentencia de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N.° 551-2015-Lima Sur, en este caso el indicio de mala justificación, que constituye un indicio cualificado con un elevado potencial indicativo de culpabilidad, conjuntamente con la constatación de que la droga incautada al acusado no tuvo como destino su consumo personal son determinantes para declarar su responsabilidad penal. Así, se precisa lo siguiente:

> Estando acreditada la legalidad del Acta de Registro Personal de fojas veintisiete; se advierte que la versión del imputado, en el curso de la investigación, estuvo plagada de contradicciones e imprecisiones, básicamente en dos aspectos claves: i) Sobre la presencia en el lugar de la detención, en tanto que, nunca identificó al dueño del chifa al que presuntamente iba a solicitarle un préstamo dinerario, y tampoco acreditó la tramitación que habría realizado para explicar la necesidad de dinero; y, ii) Respecto al origen de la investigación, puesto que adujo que se trataba de un acto de venganza por parte de Luz Arminda Alfaro Larco y Fausto Leonidas Soberón Muñoz, quienes tenían bajo su custodia a su menor hija; empero, tal circunstancia no fue demostrada con

18 Ruiz Delgado, "El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga", art. cit., p. 415.

> prueba contundente. El indicio de mala justificación cobra vigencia si consideramos que la versión del proceso, en los puntos señalados, no está probada. En este caso, se funda como un indicio cualificado con un elevado potencial indicativo de culpabilidad. La droga incautada no tuvo como destino su consumo personal. El Dictamen Pericial de Toxicología N.° 7501/13, de fojas ciento ochenta y ocho, concluye "negativo" en el análisis de droga. Por lo tanto, se infiere, razonablemente, que la posesión de la misma tenía como propósito su micro comercialización. De este modo, corresponde aplicarle las disposiciones normativas previstas en el art. 298, numeral 1, del Código Penal, que señala: "La pena será privativa de libertad [...] cuando: 1. La cantidad de droga fabricada, extractada, preparada, comercializada o poseída por el agente no sobrepase los cincuenta gramos de pasta básica de cocaína [...]". En el caso de autos, se hallaron 5 gramos de pasta básica de cocaína, que no estaban destinadas para su consumo, por lo que dicho acusado incurrió en el tipo penal mencionado[19].

De otro lado, el hecho de que el sujeto sea consumidor no es obstáculo para imputarle un supuesto de microcomercialización de drogas, así se constata en la ejecutoria recaída en el Exp. N.º 6758-1997, se expone lo siguiente:

> Al haber el acusado admitido a nivel policial y judicial que entregó tres ketes de droga al intervenido, ganando una propina, según sus palabras, es de entender que nos encontramos frente a un acto de micro comercialización; que el hecho que una persona sea consumidor de droga no es motivo o razón para que no pueda comercializar la droga[20].

Sin embargo, Peña Cabrera Freyre ha cuestionado esta posibilidad ya que la venta de droga al menudeo por parte del consumidor habitual de droga, puede constituirse en una actividad realizada por este para proveerse de recursos que financie su vicio, encontrándonos ante un

19 Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, *Recurso de Nulidad 551-2015-Lima Sur*, 13 de febrero del 2017.

20 Citado por Iberico Castañeda, *Manual autoinstructivo. Curso tráfico ilícito de drogas*, ob. cit., p. 200.

sujeto carente de plena libertad por lo que el derecho penal no debería intervenir.

> Cuando hablamos de un proveedor de droga, que circula el objeto material en cantidades menores, en no pocas oportunidades revelará, a su vez, un estado de "drogadicción"; quiere decir, que es en simultáneo un microcomercializador y una persona drogodependiente, sometido a un estado, —psíquico y orgánico—, que no le permite actuar con plena libertad. Es decir, por medio de la venta de la droga al menudeo, está en condiciones de sufragar los gastos que le generan su estado de drogadicción.
>
> Ante las personas mencionadas, el derecho penal no puede actuar de forma automática y/o mecánica, desprovisto de cualquier valor que de forma racional permita articular una respuesta adecuada conforme a los fines constitucionales del instrumento punitivo; la imposición de una pena a estos sujetos, no resulta respuesta idónea, al presentar una evidente disminución en el juicio de reproche personal (culpabilidad).
>
> Aquel que se encuentra prácticamente secuestrado por la adicción a la droga prohibida, no tiene más remedio que comercializarla ante terceros, para así poder sufragar la que necesita para controlar su incontrolable adicción a dichas sustancias[21].

Es por ello que Frisancho Aparicio[22] ha sugerido que estos supuestos de microcomercialización de drogas deben ser tratado en el ámbito del derecho administrativo, que es más eficaz para el control de estas conductas, y no del derecho penal. En el mismo sentido, Caro Coria[23], plantea que, por la falta de peligrosidad del agente, así como la cercanía de las conductas a la esfera del derecho administrativo, deben descriminalizarse estos comportamientos.

Cabe precisar, que las conductas referidas a los verbos rectores fabricar, extractar y preparar pequeñas cantidades de drogas del 298.1

21 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 195.

22 Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, ob. cit., p. 157.

23 Caro Coria, "Análisis crítico de políticas criminales existentes en materia de drogas ilícitas en el Perú", art. cit., p. 63.

del CP deberán concordarse con el tipo básico del primer párrafo del art. 296, actos de fabricación; mientras que los actos de comercialización y posesión —con fines de comercialización de pequeñas cantidades de drogas, también contenidos en art. 298.1 deberán ser concordados con el párr. 2 del art. 296, actos de posesión para su tráfico ilícito— tipo básico. En el caso del art. 298.2 del CP referido a la comercialización de pequeñas cantidades de materias primas o insumos deberá ser concordado con el tercer párrafo del art. 296, referido al tipo básico del tráfico ilícito de precursores.

Finalmente, en cuanto a la pena, la doctrina mayoritaria cuestiona que se considere la misma pena a supuestos de microcomercialización de drogas y microcomercialización de materias primas e insumos, pues se vulnera el principio de proporcionalidad, atendiendo a que existe una menor lesividad en el bien jurídico protegido en el segundo supuesto.

II. DELITO DE COMERCIALIZACIÓN O DISTRIBUCIÓN DE PEGAMENTOS SINTÉTICOS

El art. 298.3 del CP establece el delito de comercialización o distribución de pegamentos sintéticos con propiedades psicoactivas en los siguientes términos:

> La pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de siete años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días-multa cuando:
>
> [...]
>
> 3. Se comercialice o distribuya pegamentos sintéticos que expelen gases con propiedades psicoactivas, acondicionados para ser destinados al consumo humano por inhalación.

Lo primero que se destaca respecto de esta regulación es que a pesar de que el art. 298 está destinado al establecimiento de circunstancias atenuantes específicas, su inc. 3 ha sido utilizado para criminalizar la comercialización o distribución de pegamentos sintéticos que expelen gases con propiedad psicoactivas. En esa medida, el objeto material del delito pasan a ser estos productos industriales con propiedades psicoac-

tivas destinados al consumo humano. Rodríguez Salcedo, explica que dentro de las denominadas "drogas industriales", en realidad no son drogas, sino sustancias de uso industrial, se encuentran sustancias volátiles que pueden ser consumidas por el organismo humano mediante la inhalación de los gases que se emanan, la administración a través de la vía nasal u oral producen efectos tóxicos semejantes al que producen las drogas. Aquí tenemos principalmente a los derivados del petróleo, por ejemplo, pegamentos (terokal), thinner, gasolina, bencina[24]. El referido autor explica el efecto dañino para la salud de este tipo de productos industriales: "El terokal y otros inhalantes entran en la sangre y se distribuyen por todo el cuerpo en segundos. Si se inhala por mucho tiempo puede causar daños irreversibles ya que reemplaza al oxígeno en los pulmones y en el cerebro"[25].

En esa medida, Peña-Cabrera Freyre advierte que si bien el terokal no constituye un producto que se le pueda denominar de ilícito comercio, pues su expendio toma lugar sin restricción alguna, sus consecuencias y estragos en la salud humana, así como la posibilidad de generar dependencia en el consumidor, son datos a tomar en cuenta en orden a decidir por su penalización[26]. De ahí que el bien jurídico protegido en esta figura delictiva resulta ser la salud pública.

El problema social que suscitó la incorporación de esta figura penal en el art. 298.3 del CP es el aumento del consumo de este tipo de sustancias por niños en situación de abandono o "niños de la calle", adicción generada por las carencias materiales y afectivas y situaciones de maltrato a las que sometidos este sector de la población infantil vulnerable. Como explica Castamán Díaz:

> La calle es el espacio donde la droga se convierte en el principal abrigo y alimento. La carencia de afecto los lleva a poder ocupar su tiempo libre

24 Rodríguez Salcedo, Vicente, *Manual para la prevención del consumo de drogas*, Lima: Devida, p. 28.

25 Rodríguez Salcedo, *Manual para la prevención del consumo de drogas*, ob. cit., p. 38.

26 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 203.

consumiendo sustancias psicoactivas, mayormente inician su consumo con terokal. De acuerdo con las informaciones que tenemos gracias al trabajo de campo que realiza en la calle el Instituto Generación, el 90 % de los niños que viven en la calle consumen terokal y los niños inician su consumo a la edad de los 6 años en promedio, y ocurre a la semana (quizás antes) de permanecer en la calle. Otro dato importante es que los micro comercializadores de droga, últimamente se acercan a los niños a ofrecerles PBC.

El consumo de terokal para los niños significa otro símbolo de evasión al maltrato, se configura como una fuga de la realidad que vivieron en sus casas y de la que enfrentan en la calle. Algunos mencionan que la utilizan para dejar de tener frío y hambre. Por otro lado, la búsqueda de experiencias placenteras; el reconocimiento social de la droga y el valor que los grupos en situación de calle le otorgan son fuente de motivación para que el niño inicie su consumo. Cuando se les pregunta a los niños el por qué inicia su consumo de terokal, ellos frecuentemente mencionan que porque sus amigos les mencionaron frases como: "se siente bien", "te hace olvidarte tus problemas", "es rico".

El estrés es un componente que favorece a las fases de adicción, ya que el aumento del riesgo del uso indebido de drogas depende del nivel de estrés y de angustia personal percibido por el individuo, de la imagen que la comunidad tenga de las drogas (nivel de normalización) y de los efectos percibidos por el consumidor. A su vez, se ve contrarrestado por los vínculos positivos, la posesión de estrategias y aptitudes adecuadas de adaptación psicológica y el acceso a los recursos necesarios. Si conocemos que los niños en situación de calle, tienen entre 5 y 6 años y que en la calle la normalización del consumo es alta, que carecen de factores protectores y redes de apoyo entonces el consumo se torna casi inevitable[27].

Gutiérrez y otros advierten también el consumo de drogas ilegales, entre las que se encuentran los inhalantes, en la población escolar adolescente de nuestro país. Así, advierten que "las dos sustancias más usadas en población escolar adolescente son la marihuana y los inhalan-

27 Castamán Díaz, Desirée, "El consumo del "terokal" en los niños y niñas en situación de calle", en *Revista Psicología Universidad Femenina del Sagrado Corazón de Jesús*, n.° 13, 2005, p. 79.

tes (terokal, PVC, benzina y/o acetona)"[28], drogas que son consumidas a edades más tempranas. En el estudio realizado por los referidos autores en colegios de Lima y Callao[29] se constató que del total de la población estudiada 4,8 % (268 casos) se encontraban inmersos en el consumo (aspiración) de inhalantes (terokal, PVC, benzina y/o acetona), la edad promedio de inicio de dicho evento (aspiración de inhalantes) fue 13,2 ± 1,76 (rango: 10-18) años, siendo que las variables para el inicio o reiteración de dicho consumo se referían a:

> [L]a no convivencia con los padres (6,9% con ninguno vs 5,15 % con al menos un familiar y 4,2 % con ambos padres), tener dos o más antecedentes de fracaso escolar (8,8 % dos o más veces vs. 5,1 % una vez y 4,5 % ninguna vez), los frecuentes problemas de comportamiento en el colegio (12,2 % frecuentemente vs. 6,3 % pocas veces y 2,4 % nunca), y 'haberse hecho la vaca' o 'tirado la pera' (10,3 % sí lo hizo vs. 3,6 % que no lo hizo)[30].

Esta realidad social ha llevado al legislador a considerar la tipificación de la comercialización o distribución de pegamentos sintéticos que expelen gases con propiedades psicoactivas, esto es, los inhalantes (terokal, PVC, benzina y/o acetona). Al respecto, Peña-Cabrera Freyre advierte:

---

28 Gutiérrez, César, *et al.*, "Drogas ilegales en escolares de Lima y Callao: factores familiares asociados a su consumo", en *Anales de la Facultad de Medicina*, vol. 70, n.° 4, 2009, pp. 247 y 248.

29 La muestra total estudiada fue de 5647 estudiantes, cuyo promedio de edad fue 14,95 ± 1,51 (rango: 11-22) años, 51,6 % de sexo masculino y 48,4% de sexo femenino; 74,9 % provenía de colegios públicos. El 50,5 % vivía en Lima y el 49,5 % en el Callao. El 65,3 % refirió vivir con ambos padres, 28 % vivía solamente con uno de ellos, 6,7 % no vivía con ninguno de ellos. (Gutiérrez, "Drogas ilegales en escolares de Lima y Callao", art. cit., p. 249).

30 Gutiérrez, "Drogas ilegales en escolares de Lima y Callao", art. cit., pp. 249 y 250. De esta manera el estudio concluye que existe una mayor frecuencia de consumo de drogas entre quienes tienen antecedentes de fracaso e indisciplina escolar, así como disfunción familiar. Los valores positivos de participación de la familia en las actividades de sus hijos constituyen factores protectores frente al consumo de estas sustancias; el rol familiar es trascendental en la formación del adolescente.

> [S]e incorpora el inciso 3), para penalizar la comercialización o distribución de pegamentos sintéticos que expelen gases con propiedades psico-activas, acondicionados para ser destinados al consumo humano por inhalación. Comúnmente lo conocemos como terokal, y es vendido en pequeñas bolsas a las que adhieren deliberadamente dichos productos, para que sean inhalados por los consumidores; diariamente vemos en las calles niños en estado de abandono portando estas bolsas o inhalando, muchas veces previamente a cometer actos delictivos. Es en realidad significativo, el número de adolescentes, sobre todo de estratos socio-económicos más bajos, que consumen esta clase de sustancia, que provoca graves perjuicios a la salud de los consumidores. Aquello importa un puente político criminal importante, del aspecto criminológico con el derecho penal[31].

Prado Saldarriaga, comentando esta disposición, refiere que se trata de un delito inédito para nuestra legislación y que se relaciona con la venta o suministro ilegal, así como con el uso indebido, de cementos plásticos para fines y efectos adictivos, que tiene su antecedente en la preocupación de los jueces nacionales por conceder relevancia penal a la conducta de sujetos inescrupulosos, que vendían bolsitas de polietileno conteniendo derivados del insumo industrial tolueno, utilizado en la elaboración de cementos plásticos como el terokal[32].

Sobre la configuración típica, García Navarro, comentando el art. 2 del D. Leg. N.° 982, que incorporó el art. 298.3 del CP, refiere que una adición legislativa que pareciera responder a una situación de coyuntura social (en específico, por su fácil acceso a los menores drogadictos) es la sanción penal de microcomercialización de pegamentos sintéticos que expelen gases con propiedades psicoactivas (terokal). Se entiende que el tipo penal se configura por conductas alternativas de comercialización o distribución siempre que el objeto del delito cuente con las características típicas de estar acondicionado para el destino de consumo humano por inhalación. En ese sentido, la droga objeto

31 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., pp. 202 y 203.

32 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada. Parte especial*, ob. cit., pp. 177 y 178.

de distribución comercio tiene que estar acondicionado a su consumo de lo contrario haría atípica la imputación. La sanción penal para este supuesto es la misma de la microcomercialización y microproducción, es decir, privación de libertad no menor de 3 años ni mayor de 7 años y con 180 a 360 días-multa. De contrastarse en las formas agravadas en atención al último párrafo del art. 298 del CP, encontraríamos que la mayoría de los casos concretos se adecuarían en la agravante de venta de droga de menores cuya sanción penal se establece por privación de libertad no menor de 15 años ni mayor de 25 años, con 180 a 365 días-multa, e inhabilitación conforme al art. 36, numerales 1, 2, 4, 5 y 8[33].

En el mismo sentido, Prado Saldarriaga advierte que los actos de comercialización suponen toda oferta, venta, intercambio o suministro de dichas especies que el agente realice de modo oneroso, en cambio los actos de distribución incluyen formas de cesión o entrega de las mismas a título gratuito como la donación, asimismo, sostiene el autor nacional que se debe interpretar que la comercialización o distribución de los pegamentos sintéticos que reprime la Ley debe hacerla el agente en envases apropiados para un uso indebido o inmediato, vía la inhalación de sus vapores y gases[34], ya que el tipo penal requiere que estas sustancias se encuentren "acondicionados para ser destinados al consumo humano por inhalación".

III. CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ART. 298 DEL CÓDIGO PENAL

El último párrafo del art. 298 del CP establece supuestos de agravación de los casos de micro comercialización de drogas, materias primas e insumos, atendiendo a los criterios de agravación consagrados en el art. 297 del CP. Así prescribe la referida norma:

---

33 García Navarro, Edward, "Recientes modificaciones de la parte especial del Código Penal conforme al Decreto Legislativo 982", p. 17. Recuperado de <https://bit.ly/2C2rJJE>.

34 Prado Saldarriga, *Criminalidad organizada. Parte especial,* ob. cit., p. 179.

> La pena será privativa de libertad no menor de seis años ni mayor de diez años y de trescientos sesenta a setecientos días-multa cuando el agente ejecute el delito en las circunstancias previstas en los incisos 2, 3, 4, 5 o 6 del art. 297 del Código Penal.

Sobre esta norma Frisancho Aparicio observa que la microproducción y microcomercialización de drogas, materias primas e insumos químicos recibe trato agravado en tres circunstancias: a) Cuando el sujeto activo del delito tiene una especial calificación, la misma que le facilita la comisión del delito y pone en mayor riesgo el bien jurídico salud pública (incs. 2, 3 y 6 del art. 297 del CP); b) Cuando la microcomercialización se realiza en el interior o en inmediaciones de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, de salud, recinto deportivo, lugar de detención o reclusión (art. 297.4); c) Si el agente vende, se vale o utiliza para la microcomercialización a menores de edad o a cualquier otra persona inimputable (art. 297.5).[35]

En este primer grupo de circunstancias agravantes específicas siguiendo a Prado Saldarriaga se tratan de circunstancias donde la vinculación del agente con una facultad o deber especial, derivado de su función o profesión, justifican el mayor desvalor y punibilidad del comportamiento delictivo del agente. De esta manera, como indica el referido autor nacional, en estos supuestos el factor agravante exige abuso de la posición funcional o de la infracción deliberada de los deberes profesionales o funcionales del agente al momento de comisión del delito[36].

Peña-Cabrera anota lo siguiente:

> La reacción punitiva ha de ser modulada conforme a ciertas características que presenta el agente al momento de la comisión del hecho punible (fomus comissi delicti), en el sentido de graduar la pena conforme a ciertos elementos que develen una imputación individual (Culpabilidad) de mayor intensidad. En tal entendido, la doctrina

35 Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, ob. cit., p. 164.

36 Prado Saldarriga, *Criminalidad organizada. Parte especial*, ob. cit., p. 158.

> siempre ha reconocido que el aprovechamiento de la función pública para perpetrar el injusto típico, ha de ser considerado como una "circunstancia agravante", tal como se desprende los incisos 1), 2) y 3) del art. 297 del CP[37].

Se trata de agentes cualificados, que incurren en el delito de tráfico ilícito de drogas aprovechándose de alguna de las siguientes cualidades: a) El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función público; b) El agente tiene la profesión de educador o se desempeña como tal en cualquiera de los niveles de enseñanza; y c) El agente es médico, farmacéutico, químico, odontólogo o ejerce otra profesión sanitaria.

La segunda circunstancia agravante, referida al lugar de la comisión del delito, pone el acento en los delitos de tráfico cometidos en determinados lugares, en atención a sus características particulares, y al riesgo que trae aparejado la difusión de la droga en ellos. De ahí que, siguiendo a Tapia Ballesteros, la agravación en atención al lugar donde se desarrollan los hechos supone un incremento del injusto por el riesgo o peligro de que la droga acceda y se difunda entre colectivos de personas que ocupan los centros[38]. Tal es el caso si el delito se comete dentro o en las inmediaciones de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, lugar de detención, institución deportiva[39].

Finalmente, respecto a la tercera circunstancia agravante, la agravante se justifica en la medida en que, los actos de tráfico, comercialización o distribución de drogas se ven favorecidos o facilitados porque la utilización de inimputables o menores de edad en estas actividades puede no despertar las sospechas de las autoridades. En esa línea, Saavedra Rojas, indica que la razón justificativa de la agravante reside en la facili-

37 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., 174 y 175.

38 Tapia Ballesteros, Patricia, "La corrupción en centros penitenciarios: tráfico de drogas con participación de funcionario público", en *La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal*, Granada: Comares, 2017, p. 300.

39 Medina, Miguel Antonio, *Estupefacientes. La ley y el Derecho comparado*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, pp. 175-176.

tación exitosa del delito, porque cuando el menor participa como autor en la actividad criminal es lógica que despierta menos sospechas y por tanto hace más fácil el perfeccionamiento de la empresa criminal[40]. En suma, el fundamento de la agravación se encuentra en la vulnerabilidad de estas personas, que deben ser objeto de mayor protección, y en la mayor facilidad para la comisión del delito que su uso o participación proporciona al verdadero autor de los hechos y en la mayor dificultad para la actuación de la Administración de Justicia[41].

IV. POSESIÓN NO PUNIBLE: ARTÍCULO 299 DEL CÓDIGO PENAL

Como se ha hecho referencia al analizar el segundo párrafo del art. 296 del CP, referido al delito de posesión de drogas para su tráfico ilícito y el art. 298 del mismo cuerpo legal, donde se prescribe como circunstancia atenuante la comercialización de escasas cantidades de drogas, la mera posesión de drogas no resulta punible, sino que deben aparecer elementos indiciarios que nos permitan inferir que la droga será materia de comercialización. En esa medida, el delito de posesión de drogas ha sido regulado como un delito de posesión con intención de utilización. Al respecto, Schroeder explica: "Algunos delitos de posesión contemplan como elemento del tipo la intención de utilización de los objetos poseídos, es decir, exigen una tendencia interna trascendente"[42]. Con lo cual existen supuestos donde junto al dato objetivo de posesión de una cosa prohibida (en cuanto a su naturaleza peligrosa) debe aparecer acompañado de destinar la cosa a un fin delictivo dado por el propio legislador, como es el caso de la posesión de drogas, donde esta posesión debe tener un fin posterior, el destinarlas al tráfico ilícito.

---

40 Saavedra Rojas, Édgar, "La política criminal del narcotráfico como consecuencia de la Convención de Viena de 1988", en *Convención de Viena y el Narcotráfico*, Bogotá: Temis, 1991, p. 52.

41 Rodríguez Núñez, Alicia, "Delitos contra la salud pública", en *Delitos y faltas. La parte especial del derecho penal*, Madrid: Colex, 2012, p. 628.

42 Schroeder, Friedrich-Christian, "La posesión como hecho punible", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.° 14, 2004, p. 159.

Molina Pérez, haciendo referencia al tipo penal español de posesión de drogas, reflexiona:

> El concepto de posesión de drogas para traficar es un concepto no civilístico, mucho más amplio, identificable con la mera disponibilidad, cuyo elemento esencial es la preordenación al tráfico, el ánimo tendencial. El fundamento de este concepto penal de posesión del art. 368 es que es un delito de peligro abstracto [...][43].

El párr. 2 del art. 296 del CP peruano, responde a esta lógica, donde la posesión de drogas debe estar dirigida o preordenada al tráfico, como lo explica Peña-Cabrera FREYRE, refiriéndose al tipo penal en mencionado: "la posesión [de drogas] solo será punible si concurre la intención de traficar debiendo en consecuencia probarse en el proceso penal la concurrencia de dicho elemento subjetivo del tipo"[44], esto es, una posesión con intención de utilización, en los términos empleados por el profesor Schroeder, en este caso específico, la intención de traficar con la sustancia.

Bajo la misma lógica, respecto a la figura atenuada del art. 298.1 del CP, Iberico Castañeda reflexiona:

> Debido a que se trata de un tipo penal atenuado en base al art. 296 (TID), los elementos normativos y descriptivos se repiten. De esa manera, debemos remitirnos a la explicación de actos de fabricación, extracción, preparación, y posesión realizada epígrafes arriba. Asimismo, la comercialización debe seguir entendiéndose como negociación con dinero, comprando, vendiendo y realizando toda forma de transacciones económicas, aunque esta vez a menor escala. La posesión debe ser entendida como tenencia de droga con fines de tráfico, de manera que el agente posea la droga por pretender la finalidad de introducirla en el mercado para su venta y posterior consumo. No es

43 Molina Pérez, Teresa, "El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico ilícito de drogas", en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n.° xxxviii, 2005, p. 110.

44 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 119.

> necesaria la efectiva comercialización de sustancias, pero sí se requiere la finalidad de hacerlo[45].

En esa línea, Peña-Cabrera Freyre recuerda lo siguiente:

> La comercialización implica negociar con dinero, comprando, vendiendo, efectuando transacciones económicas a menor escala, implica por ende su posesión, que debe ser entendida como tenencia de la droga con fines de tráfico; es ahí donde debe trazarse una delimitación normativa con el comportamiento contenido en el art. 299 del CP, de no ser así, estaríamos convalidando la penalización de la responsabilidad objetiva por el resultado[46].

Con lo cual el acto de comercialización de pequeñas cantidades de droga, conforme a las cantidades precisadas en la figura atenuada, debe estar dirigido a su tráfico, la posesión fuera de estos supuestos resulta atípica. En esa medida, para la determinación de los fines de tráfico en el caso concreto deben concurrir indicios que de forma conjunta puedan proporcionar un grado de convicción suficiente respecto a que la posesión de las pequeñas cantidades de drogas se encuentra destinada a la comercialización.

En suma, nuestra legislación ha optado por no criminalizar la mera posesión de drogas, cuando esta no viene acompañada de la intención de comercializarla. En esa línea, el art. 299 del CP en términos generales ha establecido que la posesión de droga para el propio e inmediato consumo no resulta perseguible penalmente, para lo cual ha establecido un criterio cuantitativo en la determinación de la dosis personal permitida. Ya que, como sostiene Roxin, en materia de tenencia de drogas, el motivo de la punibilidad no puede ser el consumo propio, que en modo alguno está bajo pena, sino únicamente el peligro de suministro a otros que podrían resultar dañados por el consumo. Cuando la tenencia está dirigida al

45 Iberico Castañeda, *Manual autoinstructivo. Curso tráfico ilícito de drogas,* ob. cit., pp. 195 y 196.

46 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos,* ob. cit., p. 199.

propio consumo, no existe motivo para penar desde la idea del legislador, ya que en estos casos se puede hablar de una autopuesta en peligro bajo responsabilidad propia, que tiene incluso respaldo constitucional en el art. 2.1 de la Ley Fundamental alemana, de modo que, la amenaza penal no tiene objeto. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha adoptado este criterio y ha recurrido a la prescindencia de la persecución para la tenencia de estupefacientes de pequeñas cantidades, que es justamente la forma típica de consumo personal[47]. El art. 299 del CP prescribe:

> No es punible la posesión de droga para el propio e inmediato consumo, en cantidad que no exceda de cinco gramos de pasta básica de cocaína, dos gramos de clorhidrato de cocaína, ocho gramos de marihuana o dos gramos de sus derivados, un gramo de látex de opio o doscientos miligramos de sus derivados o doscientos cincuenta gramos de éxtasis, conteniendo Metilendioxianfetamina-MDA, Metilendioximetanfetamina-MDMA, Metanfetamina o sustancia análogas.
>
> Se excluye de los alcances de lo establecido en el párrafo precedente la posesión de dos o más tipo de drogas.

El derecho a la libertad autodeterminación del individuo se plantea como sustento para la no punición de la posesión para el consumo propio e inmediato de drogas en las cantidades descritas en la norma. En esa medida, nos recuerda Frisancho Aparacio que un Estado liberal no puede esgrimir el *ius puniendi* para pretender perfeccionar éticamente al ciudadano, es más, debe dejar librada al individuo la responsabilidad de elegir o asumir su propia calidad de vida, en esa medida, reflexiona el autor nacional que, la Constitución reconoce derechos fundamentales cuyo respeto debe significar un parámetro inevitable para la elaboración de una disciplina penal, señala los linderos precisos a la intervención del Estado en la inviolable esfera de la autonomía personal[48].

47 Roxin, Claus, *Sistema del hecho punible I. Acción e imputación objetiva*, Buenos Aires: Hammurabi, 2013, pp. 166 y 167.

48 Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, ob. cit., pp. 171 y 172.

Bajo esa perspectiva, si el derecho, en este caso, tanto el derecho constitucional como el penal, pretenden la protección de derechos fundamentales; si la legitimidad del *ius puniendi* se deriva de la lesión o la amenaza de agresión de unos bienes jurídicos que la Constitución Política ha delimitado como el núcleo duro o esencial de la convivencia social, perseguir a una persona que atenta —y eso que eventualmente contra sí misma—, constituye una acción ilegítima e irracional, además carente de humanidad. La legitimidad de la persecución de estos consumidores, no compagina con los principios y los valores de las Constituciones políticas liberales, ancladas en las declaraciones de derechos humanos, y en los instrumentos internacionales que universalmente los protegen. Si una Constitución Política se declara defensora de las libertades públicas, tiene que asumir el juego de esas libertades, que efectivamente llegan hasta donde comienzan las del otro, cuestión que no está en liza cuando se trata de consumo de droga por parte de adultos[49].

De esta manera, existen ejemplos en la legislación comparada de países que han legalizado la venta controlada de ciertas drogas blandas, en especial la marihuana, bajo el principio de libertad personal, abordando el problema del consumo y adicción a las drogas como una cuestión de salud pública[50]. Así, la Secretaría General de la OEA, re-

49 Tocora López, Fernando, "Constituciones liberales y despenalizacion del consumo de drogas". Recuperado de <https://bit.ly/2R6PF92>.

50 Tocora López observa bajo esa perspectiva: "España trata el consumo de drogas como un problema de salud. No obstante, dicho país ha firmado acuerdos bilaterales antidroga con otros países; la legislación contra el tráfico está entre las más severas de Europa. El consumo personal y el cultivo casero de marihuana ha sido decriminalizado, pero comprar o vender marihuana o hashish permanece cómo delito. Los consumidores no pierden el derecho a la seguridad social, incluido el desempleo. Las políticas de Holanda de los "coffee shop", es bien conocida en el mundo. Si bien no se ha llegado a una despenalización legal general, si ha imperado una despenalización de facto desde mucho tiempo atrás, especialmente de drogas blandas. Se aprecia en la experiencia holandesa políticas de regulación controlada, pero sobre todo de reducción del daño. El uso de la marihuana para propósitos médicos tiene una larga historia en el Reino Unido hasta 1973 se la prescribía como una medicina y desde entonces fue prohibida incluso médicamente. Sin embargo, el comité de ciencia y tecnología de la

cuerda que, en los últimos 15 años, los esfuerzos realizados en Estados Unidos para suavizar los efectos de las prohibiciones de la marihuana se han concentrado en permitir el uso de esta droga con fines medicinales. Actualmente, dieciocho Estados y el distrito de Columbia permiten el uso de la marihuana como un medicamento. Esta es una medida mucho más amplia que la simple despenalización porque incluye que el Estado aprueba la venta para fines medicinales; no obstante, es mucho más restrictiva que la legalización como en Colorado y Washington porque solo un tipo específico de clientes puede tener acceso a la marihuana. Cuatro Estados (California, Washington, Colorado y Oregón) han considerado iniciativas para legalizar la marihuana. El 6 de noviembre del 2012, votantes en dos de ellos (Colorado y Washington) aprobaron nuevas leyes para regular e imponer impuestos a la marihuana.[51] En la misma línea, Blickman y Jelsma apuntan que, en 1996, los votantes de California aprobaron en un referéndum la Propuesta 215 —la Ley de Uso Compasivo— que exime el uso médico del cannabis de las sanciones penales. No legaliza la sustancia, pero modifica el trato que el sistema judicial les dispensa a los pacientes y sus cuidadores, al permitir que las personas "tengan, cultiven y transporten" cannabis, siempre y cuando sea para fines medicinales y se justifique mediante receta. Los pacientes pueden solicitar su exención de la ley, pero el proceso de presentación de pruebas fehacientes es su responsabilidad[52].

Existe el caso de otros países que, por la vía jurisprudencial, han despenalizado el delito de posesión para el consumo personal de drogas.

---

cámara de los Lores recomendó que la marihuana estuviera disponible para fines médicos en un informe de 1998. El gobierno rechazó esta recomendación y alegó que la seguridad y la eficacia de la marihuana debían ser demostradas antes. G. W. Pharmaceuticals obtuvo permiso para cultivar marihuana con el objetivo de desarrollar productos médicos". Tocora López, Fernando, "Constituciones liberales y despenalización del consumo de drogas", art. cit.

51 OEA, *El problema de las drogas en las Américas. Alternativas legales y regulatorias*, Washington: OEA, p. 19.

52 Blickman, Tom y Martin Jelsma, "La reforma de las políticas de drogas experiencias alternativas en Europa y Estados Unidos", en *Nueva Sociedad*, n.° 222, 2009, pp. 100 y 101.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de Argentina decidió por unanimidad declarar la inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 14 de la Ley Nacional de Drogas (Ley N.° 23737)[53], norma que penalizaba la posesión de drogas para el uso personal con la privación de libertad, sujeto a la sustitución por medidas educativas o tratamiento. En el famoso "Fallo Arriola", de agosto del 2009, fue declarado inconstitucional el art. 14 de la Ley Nacional de Drogas por violar el art. 19 de la Constitución, que protege las acciones privadas que no perjudiquen a un tercero, en esa medida, de esta manera, la sentencia buscó sentar un precedente en el sentido de que los adultos deben tener libertad para tomar decisiones sobre su estilo de vida sin la intervención del Estado[54].

En sentido similar, en 1994, la Corte Constitucional de Colombia se pronunció respecto al consumo de dosis personal; de esta manera se produjo a nivel jurisprudencial la despenalización del porte y consumo de la dosis mínima de estupefacientes mediante la Sentencia N.° C-221 de 1994. Según manifiestan López Daza y Gómez García:

> [E]sta Sentencia ha marcado un hito en la historia del tratamiento de la dosis personal de sustancias psicoactivas, ya que a partir de este pronunciamiento la Corte Constitucional ha sostenido una línea jurisprudencial uniforme, y es así como en varios pronunciamientos ha permitido el consumo personal sin consecuencias penales, siempre que no esté destinado a otro fin distinto al uso personal, es decir, que no tenga como fin la comercialización u otras[55].

---

53 La decisión de la Suprema Corte aborda la aplicación de la siguiente disposición del Art. 14 de la Ley 23.737 de 1989: "La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia [de estupefacientes] es para uso personal".

54 OEA, *El problema de las drogas en las Américas. Alternativas legales y regulatorias,* ob. cit., p. 18. En el mismo sentido, analizando el caso *Arriola,* Cfr. Cornejo, Abel, *Estupefacientes,* 2.ª ed., Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, pp. 221-228.

55 López Daza, Germán y Carlos Gómez García, "La Legalización por vía judicial del consumo de la dosis personal de droga: ¿un desafío al sistema democrático en América Latina?", en *Justicia Juris,* vol. 10. n.º 1. 2014, p. 111.

En esa perspectiva, el art. 299 del CP se plantea como una disposición meramente declarativa y de reconocimiento que deja claro que en el Perú el consumo de drogas no se encuentra penalizado[56]. No se estructura por tanto como una norma permisiva, pues poseer drogas para el propio consumo, es una conducta atípica y que no está prohibida, ya que la única posesión punible de drogas en el art. 296 es aquella destinada al tráfico ilícito[57]. Esto quiere decir que en la legislación peruana no hay ninguna disposición que sancione o castigue el consumo o posesión de drogas, siempre y cuando sea para el consumo personal[58]. En esa medida, la posesión de drogas será punible siempre que exceda las cantidades determinadas por ley y se tenga además como finalidad el tráfico ilícito de drogas[59].

Sin embargo, en una mala praxis policial, se ha interpretado el párr. 2 del art. 299 en el sentido que autoriza la intervención de consumidores que poseen dos o más tipo de drogas, a pesar de que no excedan el límite permitido para el consumo personal e inmediato de estas drogas. Caro Coria advierte al respecto que, en la práctica policial, muchas veces se parte de la presunción de que si el agente supera esos límites

56 Así se ha planteado respecto del art. 10 del D. Leg. N.° 1106, sobre la autonomía del delito de lavado de activos, cuando en la *Sentencia Plenaria Casatoria N.° 1-2017/CIJ-433*, f. j. n.° 10, se dice: [E]l art. 10 era una disposición meramente declarativa y de reconocimiento, esto es, una advertencia legal dirigida al Juez para que gestione mejor y resuelva los casos que llegue a conocer por delitos de lavado de activos, respetando tal autonomía. Es de mencionar que este tipo de disposiciones declarativas están también presentes en otras leyes penales, como por ejemplo en el art. 123 del CP para orientar al juzgador al momento de evaluar y resolver lo concerniente a las denominadas lesiones con resultado fortuito: "Cuando el agente produzca un resultado grave que no quiso causar, ni pudo prever, la pena será disminuida prudencialmente hasta la que corresponda a la lesión que quiso inferir".

57 Prado Saldarriaga, Víctor, "El tratamiento penal de la posesión de drogas para el propio consumo en la legislación peruana". Recuperado de <https://bit.ly/2QlKih0>.

58 López y Gómez, "La Legalización por vía judicial del consumo de la dosis personal de droga", art. cit., p. 108.

59 Caro Coria, "Análisis crítico de políticas criminales existentes en materia de drogas ilícitas en el Perú", art. cit., p. 64.

(a los que se refiere el art. 299 CP) la tenencia de la droga se dirige a la comercialización, sin embargo, opina el autor nacional, que con este razonamiento se estaría penalizando, indirectamente, el consumo de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes, a pesar de que la tendencia internacional sobre la materia actualmente apunta a la despenalización[60]. La misma crítica la formulan López Daza y Gómez García, quienes refiriéndose al segundo párrafo del 299 advierten que, debido a una mala técnica legislativa se ha prestado para dar erróneas interpretaciones, es decir que la mera tenencia para el consumo personal, constituyen una conducta punible, ya que la directriz del CP establece un límite para dicha posesión, pero no quiere decir que dicha persona se le atribuye dicho delito, siempre y cuando no sea destinado a su comercialización[61].

Iberico Castañeda plantea una posición similar cuando observa que, no resulta punible la posesión de drogas para el propio e inmediato consumo que exceda las cantidades fijadas en el art. 299, ya que, mientras el segundo párrafo del art. 296 siga considerando punible solamente a la posesión con fines de tráfico ilícito o comercialización, la tenencia de dichas sustancias para finalidades diferentes será penalmente irrelevante sin importar las cantidades de que se trate.[62] En la misma línea, Peña-Cabrera Freyre, indica que la sola tenencia de la droga prohibida por encima de los límites establecidos en el art. 299, no puede llevar sin más a inferir que se trata de una persona dedicada a la microcomercialización, de ser así, estaríamos ingresando a un terreno de ilegitimidad punitiva,

60 *Loc. cit.*

61 López y Gómez, "La Legalización por vía judicial del consumo de la dosis personal de droga", art. cit., p. 108.

62 Iberico Castañeda, *Manual autoinstructivo. Curso tráfico ilícito de drogas,* ob. cit., p. 204. Este autor nacional cita un precedente jurisprudencial, donde se determinó que la inculpada era toxicómana, lo que justificó la posesión de la droga que se halló en su poder. Se trata de la ejecutoria recaída en el Exp. N.º 130-1997, la cual establece: "El examen toxicológico que da resultado negativo sobre el consumo personal de la inculpada, desvirtúa el argumento de que la droga era para consumo personal y afirma para demostrar la existencia del delito de TID".

al convalidad un criterio de imputación puramente "objetivado", sin cotejar debidamente el aspecto subjetivo[63].

En la jurisprudencia nacional se ha asumido este criterio, así la Corte Suprema ha sostenido que la posesión de droga que supere los parámetros establecidos en el art. 299 CP, no da lugar a la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, cuando no haya quedado acreditada que la posesión tenía como fin el tráfico:

> [P]orque si bien se probó que la droga incautada, consistente en tres punto cinco gramos de pasta básica de cocaína, seis gramos de cannabis sativa y tres gramos de alcaloide de opio, se halló en el interior del ropero asignado al citado encausado [...], sin embargo, en autos no existe evidencia idónea y suficiente que permita concluir certeramente que esas sustancias incautadas tendrían como finalidad ser traficadas ilícitamente, circunstancia que viene a ser un elemento constitutivo del tipo penal (delito de tráfico ilícito de drogas) previsto en el segundo párrafo del artículo doscientos noventa y seis del CP —básico—, que sanciona la posesión de las citadas sustancias ilícitas con fines de tráfico [...][64].

En otra ejecutoria suprema se lee lo siguiente:

> Si bien se puede cuestionar que la droga incautada al encausado tenía por finalidad su propio e inmediato consumo, toda vez que este señala que consumía die envoltorios diarios cuando se le han encontrado treinta; además que la pericia psiquiátrica indica que el procesado no es farmacodependiente; sin embargo, también lo es que en autos no existe la respecto prueba de cargo que acredite que la droga incautada tenía por finalidad el tráfico ilícito de drogas, o sea la microcomercialización[65].

63 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 225.

64 *Recurso de Nulidad N.° 4264-2007-Lima Norte*, citado por Caro Coria, "Análisis crítico de políticas criminales existentes en materia de drogas ilícitas en el Perú", art. cit., pp. 64 y 65.

65 *Exp. N.° 868-2000*, citado por Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 226.

En suma, el art. 299 del CP se plantea como una disposición meramente declarativa y de reconocimiento que deja claro que en el Perú el consumo, de drogas no se encuentra penalizado. No se estructura por tanto como una norma permisiva, pues poseer drogas para el propio consumo, es una conducta atípica y que no está prohibida, ya que la única posesión punible de drogas en el art. 296 es aquella destinada al tráfico ilícito. Esto quiere decir que, en la legislación peruana, no hay ninguna disposición que sancione o castigue el consumo o posesión de drogas, siempre y cuando sea para el consumo personal. En esa medida, la posesión de drogas será punible siempre que exceda las cantidades determinadas por ley y se tenga además como finalidad el tráfico ilícito de drogas.

V. DELITOS PERIFÉRICOS

Los arts. del 300 al 302 tipifica tres delitos autónomos periféricos al tráfico ilícito de drogas, que tiene por finalidad la protección del bien jurídico: salud pública, al respecto, Prado Saldarriaga, refiere que se trata de tres figuras autónomas que tiene como nexo común el estar vinculados con actos de consumo indebido de drogas, en estos casos, el agente propicia o ayuda dolosamente a que un tercero practique el consumo de drogas fiscalizadas, se trata de los delitos de: a) Prescripción, administración y expendio de medicamentos compuestos con sustancias fiscalizadas (art. 300), b) Consumo involuntario de drogas mediante coacción o engaño (art. 301), c) Instigación al consumo indebido de drogas (art. 302)[66].

1. Delito de prescripción, administración y expendio de medicamentos compuestos con sustancias fiscalizadas: análisis del artículo 300 del Código Penal

Inaugurando este grupo de delitos periféricos, tenemos regulado en el art. 300 del CP, el delito de prescripción, administración y expendio

66 Prado Saldarriga, *Criminalidad organizada. Parte especial,* ob. cit., pp. 179 y 180.

de medicamentos compuestos con sustancias fiscalizadas, que, según Prado Saldarriaga, se trata de un delito especial propio, donde el tipo penal nos define al sujeto activo, esto es, el médico, farmacéutico, químico, odontólogo u otro profesional sanitario, que realizando una conducta propia de su actividad profesional, receta, prescribe, administra o expende medicamentos que contienen en su composición una droga tóxica, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aquí el desvalor de la acción se funda en su realización indebida[67]. En el mismo sentido, Frisancho Aparicio advierte:

> La condición del autor caracteriza este delito. Se trata de personas autorizadas para recetar, prescribir, administrar o expender medicamentos que contienen droga tóxica, estupefacientes o psicotrópica. Lo que da el carácter ilícito penal a sus conductas es el hecho de que realicen estos actos indebidamente, esto es, sin tener una justificación[68].

De esta manera, el art. 300 del CP prescribe lo siguiente:

> El médico, farmacéutico, químico, odontólogo u otro profesional sanitario que indebidamente receta, prescribe, administra o expende medicamento que contenga droga tóxica, estupefaciente o psicotrópica, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años e inhabilitación conforme al art. 36, incisos 1, 2 y 4.

Según Peña-Cabrera Freyre, con este delito no nos encontramos frente a un acto conexo al TID, por la sencilla razón de que su vinculación requiere de actos unívocamente demostrativos encaminados a facilitar y/o promover la introducción al mercado de consumidores, de sustancias importantes de sustancias prohibidas, por lo que recomienda que este delito debería reubicarse en la sección I del capítulo III, de forma específica en el art. 294 del CP (que regula el delito de suministro infiel de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios),

67 *Ibid.*, p. 180.

68 Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, ob. cit., p. 197.

que si bien protege el bien jurídico salud pública, por su naturaleza y fundamento material se asocia en mejor medida a dicha sección. Con todo, para Iberico Castañeda, el fundamento político criminal esta dado porque existe en el médico el deber esencial de no promover el consumo o adicción a las drogas al prescribir medicamentos/tratamientos, a tenor del art. 81 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú[69], debido a que las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, etc., pueden usarse con fines terapéuticos o medicinales, a través de una composición química determinada, los médicos y demás profesionales de la salud son los facultados para prescribir esta serie de medicamentos. Además, según el art. 85 del mismo Código, queda prohibida toda prescripción con fines distintos.

En suma, el tipo penal prescrito en el art. 300 del CP se estructura como un delito especial propio que requiere un sujeto activo cualificado, haciendo referencia de manera expresa al médico, farmacéutico, químico, odontólogo u otro profesional sanitario, dentro de este último concepto abarca a los enfermeros, los obstetras, tecnólogos médicos y los nutricionistas. Prado Saldarriaga advierte en este punto que lo esencial es que se trate de personas que al momento de actuar ejercitan una profesión sanitaria para la cual están habilitados con un título expedido a nombre de la Nación, en esa medida, la realización del hecho por un tercero que no reúne tal condición profesional es en principio atípica, aunque, según los casos, podría dar lugar a un supuesto de complicidad[70]. Desde una perspectiva contraria, negando la posibilidad de participación criminal en este delito, Peña-Cabrera Freyre advierte que se puede hablar de un partícipe, quien colabora en la realización

69 Art. 81 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú: "El médico no debe propiciar forma alguna de dependencia a drogas en personas no dependientes; tampoco debe proporcionar o prescribir estupefacientes, psicotrópicos u otros medicamentos a personas adictas con propósitos ajenos a la terapéutica".

70 Prado Saldarriga, *Criminalidad organizada. Parte especial,* ob. cit., p. 180. En el mismo sentido, Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, ob. cit., p. 198.

delictiva, proveyendo al paciente de las medicinas —indebidamente recetadas—; no obstante, dicho comportamiento importa una tipificación penal autónoma, al tratarse de un "Suministro infiel de medicamentos" (art. 294 del CP), en esa medida, para este autor nacional, resulta difícil la admisión de una participación en esta figura delictiva[71].

Todos estos profesionales médicos descritos en el tipo penal se encuentran autorizados para prescribir y/o recetar medicinas, esto es, expedir una receta médica. Se define a la receta médica como: "documento legal por medio del cual los médicos legalmente capacitados prescriben la medicación al paciente para su dispensación por parte del farmacéutico"[72]. En esa medida, una de las modalidades delictivas contenidas en el art. 300 del CP, supone que el profesional sanitario de manera indebida recete o prescriba medicamentos que contengan droga tóxica, estupefaciente o psicotrópica, el recetar y el prescribir son verbos que no se pueden separar, uno implica al otro, así, mediante el recetar se prescribe o, mejor dicho, toda receta contiene una prescripción u orden dada por el médico.[73] En el mismo sentido, Prado Saldarriaga sostiene que recetar y prescribir, como acciones típicas, son sinónimos y expresan la acción de ordenar un medicamento o tratamiento, con precisión de la dosis, preparación y uso correspondiente[74].

---

71 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 235.

72 Bolaños, Ricardo *et al.*, *Psicotrópicos y estupefacientes visión farmacológica y normativa*, p. 217. Recuperado de <https://bit.ly/2RtqzjR>.

73 Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, ob. cit., p. 199.

74 Prado Saldarriga, *Criminalidad organizada. Parte especial*, ob. cit., p. 181; en el mismo sentido, Iberico Castañeda, *Manual autoinstructivo. Curso tráfico ilícito de drogas*, ob. cit., p. 209. Es importante destacar que a la par del acto de prescripción médica, en el que se ordena un medicamento o tratamiento, se encuentra el acto de dispensación de medicamentos, a cargo de farmacéutico, que tiene la obligación de supervisar el uso racional de medicamentos (compartida por otros profesionales). Así, Santos y Pérez plantean: "La dispensación de medicamentos comprende las actividades llevadas a cabo bajo supervisión de un farmacéutico desde que se recibe una prescripción o una petición de un medicamento hasta que este es entregado al propio paciente o al profesional responsable de su administración. La dispensación no es solo un acto físico, sino que se corresponde con una actividad del conocimiento en la que se pone en juego el desempeño

Otra modalidad típica es "administrar" que es sinónimo de suministrar que quiere decir proveer, abastecer, proporcionar medios, elemento y aun datos o informes, suministrar es dar para consumir, es inocular, aplicar, así la forma de suministro varía de acuerdo con cómo es introducida al organismo la droga, pudiendo ser por vía nasal, oral o intravenosa[75]; en suma, administrar supone en esa medida, actos de aplicar, inyectar, dar o hacer tomar un medicamento en la forma y por la vía pertinentes[76]. Por último, "expender" supone colocar el producto en el mercado, esto es, introducir la sustancia al alcance de los consumidores, mediando actos típicos de comercialización a pequeña y gran escala, siendo irrelevante que el comprador cuente con receta médica[77]. Sin embargo, advierte Frisancho Aparicio que, para que el expendio se encuadre en el art. 300 del CP, la conducta debe ser realizada por un farmacéutico o por el encargado de despachar los medicamentos en un establecimiento dedicado a esos fines, por ejemplo, en una farmacia[78].

De otro lado, cabe advertir que el objeto de acción del delito está representado por un medicamento que, en razón de poseer una droga fiscalizada entre sus componentes, puede poner en peligro la salud del usuario, sino se le emplea con la necesidad y en la oportunidad terapéuticas correspondientes, siendo que debe tratarse de una de las drogas

---

profesional. Es decir, cada prescripción es única, así como las circunstancias del paciente, lo que hace, a su vez, que cada dispensación requiera que se realicen juicios y se tomen decisiones, a menudo en condiciones de incertidumbre (datos incompletos o conocimientos científicos insuficientes). Desde un punto de vista teórico, y según lo anteriormente dicho, todos los medicamentos deberían ser objeto de control y así se produce cada vez que un farmacéutico valida una prescripción de un paciente ingresado o ambulatorio". (Santos, B. e I. Pérez, "Dispensación de medicamentos de especial control", p. 416. Recuperado de <https://bit.ly/2BGQGNt>).

75 Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, ob. cit., p. 199.

76 Prado Saldarriga, *Criminalidad organizada. Parte especial,* ob. cit., p. 181.

77 *Loc. cit.*; en el mismo sentido, Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., 238; Iberico Castañeda, *Manual autoinstructivo. Curso tráfico ilícito de drogas,* ob. cit., p. 209.

78 Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, ob. cit., p. 199.

prescritas en las listas I y II.A del D. Leg. N.° 22095[79]. Para Ruiz Rodríguez, los medicamentos son productos elaborados para mejorar la salud o alcanzar la curación de una enfermedad, los delitos relacionados con los mismos solo podrán consistir en conductas que hagan un uso inadecuado o ilegal de los mismos o que los creen fuera de los márgenes que ofrecen seguridad al producto a través de complejos procesos industriales y fuertes controles administrativos.[80] Desde la perspectiva de la legislación administrativa española, Ferrandis Ciprián relaciona el amplio catálogo de sustancias que pueden ser considerados medicamentos:

> Tendrán la consideración de medicamentos a efectos penales los medicamentos de uso humano y de uso veterinario elaborados industrialmente o en cuya fabricación intervenga un proceso industrial, las fórmulas magistrales, los preparados oficiales y los medicamentos especiales (art. 7.1 Ley N.° 29/2006), entre los que se incluyen las vacunas y demás medicamentos biológicos (art. 45 Ley N.° 29/2006), los medicamentos de origen humano como derivados de la sangre, del plasma y de los demás fluidos, glándulas y tejidos humanos (art. 46 Ley N.° 29/2006), los de terapia avanzada (art. 47 Ley N.° 29/2006), los radiofármacos (art. 48 Ley N.° 29/2006), los medicamentos con sustancias psicotrópicas con potencial adictivo (art. 49 Ley N.° 29/2006), los homeopáticos (art. 50 Ley N.° 29/2006), los de plantas medicinales (art. 51 Ley N.° 29/2006) y los gases medicinales (art. 52 Ley 29/2006). Asimismo, resultarían incluidas las sustancias o combinaciones de sustancias autorizadas para su empleo en ensayos clínicos o para in-

79 Prado Saldarriga, *Criminalidad organizada. Parte especial,* ob. cit., p. 181; en el mismo sentido, Iberico Castañeda, *Manual autoinstructivo. Curso tráfico ilícito de drogas,* ob. cit., p. 210; Peña-Cabrera, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos,* ob. cit., p. 238; y Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos,* ob. cit., p. 199.

80 Ruiz Rodríguez, Luis Ramón, "La reforma penal de los delitos contra la salud pública como respuesta a las innovaciones científicas y tecnológicas", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* n.° 18, 2016, pp. 9 y 10. Recuperado de <https://bit.ly/2QkvVtd>.

> vestigación en animales (art. 7.2 Ley N.° 29/2006) y los medicamentos en investigación (art. 8.k N.° Ley 29/2006)[81].

Desde una perspectiva penal, para Muñoz Conde, habida cuenta de que el concepto de medicamento no es unívoco, consistiendo la principal dificultad del mismo en su distinción con los productos cosméticos o alimenticios, un criterio pragmático para trazar la distinción es el de considerar medicamentos aquellos productos químico-farmacéuticos que solo pueden venderse en farmacias, mientras que aquellos otros cuya venta se permite en perfumerías y tiendas de comestibles no han de considerarse medicamentos, por más que también puedan venderse en farmacias[82].

En cuanto al elemento subjetivo se trata de un delito doloso, según Frisancho Aparicio, para que se configure el delito, el agente debe realizar cualquiera de las conductas descritas en el art. 300, indebidamente, es decir, ajeno a los fines terapéuticos o en cantidad mayor a la exigida por el consumidor, esto supone que el agente debe conocer la ausencia de necesidad o justificación de sus actos[83]. Es posible el error sobre el medicamento, su dosis o componentes, lo que hará atípica la conducta[84]. En ese sentido, Peña-Cabrera observa:

> [E]l agente debe saber que está prescribiendo una droga tóxica, un fármaco o sustancia psicotrópica de forma indebida. El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, de allí que el error sobre el medicamento, su dosis o componentes

81 Ferrandis Ciprián, Daniel, "Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (artículo 361 y ss.)", en *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, p. 363.

82 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 18.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 550 y ss.

83 Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, ob. cit., p. 199, bajo la misma perspectiva, Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., pp. 238 y 239. Iberico Castañeda, *Manual autoinstructivo. Curso tráfico ilícito de drogas*, ob. cit., p. 210.

84 Prado Saldarriga, *Criminalidad organizada. Parte especial*, ob. cit., p. 181.

> podrá incidir en la admisión de un Error de tipo, dependiendo de las circunstancias concretas del caso y, obviamente considerando las particularidades u cualidades del agente delictual[85].

Finalmente, cabe advertir, siguiendo a Prado Saldarriaga, que el tipo penal prescrito en el art. 300 del CP es:

> [U]n delito de mera actividad, por lo que se consuma con el solo acto de recetar, prescribir, expender o administrar el compuesto controlado. En tal sentido, pues, para la tipicidad será suficiente, por ejemplo, que el médico recete un medicamento, aun cuando el supuesto paciente no lo adquiera, no llegue a usarlo o no logre que se lo vendan[86].

En suma, el tipo penal prescrito en el art. 300 del CP se estructura como un delito especial propio que requiere un sujeto activo cualificado, médico, farmacéutico, químico, odontólogo u otro profesional sanitario, que de forma indebida receta, prescribe, administra o expende medicamentos que contienen en su composición una droga tóxica, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

2. Delito de consumo involuntario de drogas mediante engaño o coacción

El delito contenido en el art. 301 del CP afecta en primer término a la libertad individual y en un plano más mediato a la salud pública, esto quiere decir, que estamos ante un comportamiento bifronte, en el sentido de proyectar una tutela tanto individual como supraindividual[87]. Prado Saldarriaga observa en esa medida que, el delito descrito en la referida norma penal, afecta, en primer término, a la libertad individual y en un plano más mediato a la salud pública[88]. De esta manera, en esta figura delictiva se establece un trato penal agravado merced al modo como es realizado el delito, el agente se vale de la subrepción, la violencia o

85 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 239.

86 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada. Parte especial*, ob. cit., 181.

87 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., pp. 244 y 245.

88 Prado Saldarriaga, *Criminalidad organizada. Parte especial*, ob. cit., p. 182.

la intimidación para hacer consumir a otro una droga ilícita[89]. El art. 301 del CP prescribe:

> El que, subrepticiamente, o con violencia o intimidación, hace consumir a otro una droga, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con noventa a ciento ochenta días-multa.
>
> Si el delito se comete en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor, la pena será no menor de ocho ni mayor de doce años y ciento ochenta a trescientos sesenticinco días multa.
>
> Si se produce afectación grave a la salud física o mental de la víctima, la pena será no menor de doce ni mayor de quince años.

Mediante este tipo penal se protege prioritariamente la libertad personal, se busca reprimir la conducta del agente que impone a un tercero un consumo de drogas que el sujeto pasivo no quiere realizar o que ignora que va a practicar, en suma, este tipo penal se configura cuando se hace consumir a un tercero drogas contra su voluntad (que no quiere consumir) o sin su consentimiento (que no conoce que se le hace consumir)[90]. Al respecto, según Peña-Cabrera, estamos ante un tipo penal *sui generis*, pues la conducta de la persona coaccionada o amenazada no constituye delito, bajo el respaldo del ya comentado art. 299. En ese sentido, habiendo quedado definida ya la salud pública como bien jurídico protegido al criminalizar el TID y delitos relacionados, la valoración a este tipo penal se encuentra en que ella puede verse perjudicada cuando los individuos consumen drogas prohibidas bajo coacción. Siendo este el panorama, este autor califica de "hipócrita" la criminalización la coacción para el consumo de drogas, y no la de aquella destinada al consumo de alcohol o tabaco, sustancias también manifiestamente perjudiciales para la salud[91].

---

89 Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, ob. cit., p. 201.

90 Prado Saldarriga, *Criminalidad organizada. Parte especial*, ob. cit., p. 182.

91 Cfr. citado por Iberico Castañeda, *Manual autoinstructivo. Curso tráfico ilícito de drogas*, ob. cit., p. 212.

En cuanto a las modalidades comisivas del primer párrafo del art. 301 del CP, se tiene que, el agente hace consumir a otro una droga[92], para lo cual puede emplear, alternativamente, violencia física, amenazas o cualquier medio de naturaleza subrepticia como el engaño o el abuso de confianza, de esta manera, el autor puede golpear a la víctima o mezclar la droga en sus comidas o bebidas, o inyectársela bajo la apariencia de un medicamento o de simples vitaminas[93].

Como advierte Peña-Cabrera, la primera modalidad hace alusión a la "violencia física" (vis absoluta), la cual implica la realización de golpes certeros, que recaen sobre la anatomía del sujeto pasivo, doblegando toda aquella resistencia, posibilitando el consumo de la droga prohibida. Debe referirse a una violencia de entidad suficiente, idónea para poder vencer toda acción defensiva que pueda presentar el sujeto pasivo. Si dicha violencia genera a su vez, un daño a la integridad física de magnitud considerable, se presente un concurso ideal de delitos con el injusto de lesiones[94]. En la misma línea, Frisancho Aparicio sostiene que el agente para privar o restringir la capacidad de autodeterminación de la víctima, puede recurrir a la violencia aplicando fuerza física idónea o suficiente para vulnerar la libre determinación al uso de la droga[95].

De otro lado, la intimidación como medio para ocasionar el consumo, supone una coacción psicológica efectuada hacia la víctima por parte del agente, a través de una amenaza de un peligro recaído sobre los bienes jurídicos fundamentales de la víctima: vida, libertad, salud. La amenaza debe ser actual, seria e idónea, con actos concretos y objetivables, suficiente para doblegar la capacidad decisoria del sujeto pasivo. La amenaza futura no es suficiente, al igual que la dirigida de manera confusa e indeterminada.[96] En esa medida, la intimidación a

92 Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, ob. cit., p. 203.

93 Cfr. Prado Saldarriga, *Criminalidad organizada. Parte especial*, ob. cit., p. 182; Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 245.

94 *Loc. cit.*

95 Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, ob. cit., p. 203.

96 Iberico Castañeda, *Manual autoinstructivo. Curso tráfico ilícito de drogas*, ob. cit., p.

que puede apelar el sujeto activo, como la amenaza que causa temor a la víctima, debe contener una fuerza moral tal que el sujeto pasivo trata de evitar, por significar la exposición a un mal a su persona o a sus bienes. En esta situación la amenaza debe ser directa o indirecta y adecuada para disuadir al usuario involuntario[97]. Bajo esa perspectiva, cuando el objeto de la coacción sea el consumo de drogas, estaremos siempre ante el delito que nos ocupa, coacción al consumo de drogas. No se configurará el delito de coacción, regulado en el art. 151 del CP, debido al principio de especialidad[98].

Finalmente, como advierte Iberico Castañeda, refiere que "hacer consumir subrepticiamente" como acción típica. Según el diccionario de la RAE, "subrepticio" significa "hecho o tomado ocultamente y a escondidas". Estamos entonces no ante un agente que doblega la voluntad de su víctima como en el primer caso; sino que es el consentimiento del sujeto pasivo el vencido, al no percatarse del consumo que ha realizado. Por ejemplo, por engaño, ardid, o abuso de confianza, el agente puede mezclar la droga con comidas o bebidas de la víctima, sustituir las vitaminas de consumo usual de la víctima por droga, o incluso inyectarle las drogas bajo apariencia medicinal[99]. Según Peña-Cabrera, la modalidad "forma subrepticia" supone que el agente hace consumir de drogas prohibidas por parte a la víctima a través de todos aquellos vicios de la voluntad, como el engaño, el ardid, el fraude, así como cualquier maniobra mendaz que haya de ejecutar el autor, para poder vencer la resistencia del sujeto pasivo, para ello, el juzgador deberá valorar en rigor, los factores concomitantes, las características personales de la víctima, etc.[100].

---

214. Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 245.

97 Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, ob. cit., p. 203.

98 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 245. Iberico Castañeda, *Manual autoinstructivo. Curso tráfico ilícito de drogas*, ob. cit., p. 215.

99 Iberico Castañeda, *Manual autoinstructivo. Curso tráfico ilícito de drogas*, ob. cit., pp. 214 y 215.

100 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos*, ob. cit., p. 246.

Como advierte Prado Saldarriaga, el segundo párrafo del art. 301 del CP, introduce como agravación de la pena si la acción delictiva recae sobre un sujeto pasivo inimputable, sea por minoría de edad (menores de 18 años de edad) o por enfermedad mental, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, en todo caso, el agente debe de conocer que dirige su acto ilícito contra una persona que se encuentra en tales condiciones[101]. El párr. 2 fue modificado por el art. 2 del D. Leg. N.° 1351, publicado el 7 de enero del 2017, excluyendo la circunstancia agravante cuando el autor actúa con propósito de estimular o difundir el uso de drogas, que se consideraba en la normativa anterior.

El delito bajo comentario se configura como un delito doloso, para que se aplique la circunstancia agravante, señalada en el párr. 2 el sujeto activo debe hacer consumir la droga subrepticiamente, con violencia o intimidación de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor[102]. Por último, el tercer párrafo del art. 301 del CP incorporado por el art. 2 del D. Leg. N.° 1351, publicado el 7 de enero del 2017, incorpora un segundo nivel de agravación de la conducta se produce afectación grave a la salud física o mental de la víctima.

3. Delito de instigación al consumo indebido de drogas

Sobre el tipo penal que nos ocupa, según refiere Iberico Castañeda, la instigación al consumo indebido de drogas siempre ha sido considerada como delito autónomo en la legislación comparada, aunque con tratamiento distinto. Por ejemplo, Argentina sanciona penalmente de manera conjunta la difusión pública del consumo de drogas o la induc-

101 Prado Saldarriga, *Criminalidad organizada. Parte especial,* ob. cit., p. 182, en el mismo sentido, Cfr. Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos,* ob. cit., pp. 246-248; Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos,* ob. cit., p. 202; Iberico Castañeda, *Manual autoinstructivo. Curso tráfico ilícito de drogas,* ob. cit., p. 215.

102 Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos,* ob. cit., p. 203.

ción dirigida individualmente a una persona. Por su parte, Colombia criminaliza de manera general la conducta que "en cualquier forma estimule o propague el uso ilícito de drogas o medicamentos que produzcan dependencia" (art. 378 del CP colombiano vigente). A diferencia de la legislación comparada mencionada, nuestro CP solamente criminaliza los actos de inducción individual. La tipicidad es clara al exigir que la instigación se proyecte sobre una "persona determinada". Por ello, una promoción de la industria en general o la apología no dirigida a un individuo específico no están penadas bajo este artículo[103]. En esa medida, Prado Saldarriaga advierte que este delito se materializa mediante actos de inducción, es decir, a través de proposiciones, insinuaciones, demostraciones, etc., orientadas a crear en el tercero una decisión favorable al consumo de drogas, por tal razón, la tipicidad exige que la instigación debe proyectarse sobre una persona determina, de allí que la propuesta o incluso la apología del consumo que no está dirigida a una persona concreta deviene en atípica[104]. Así el art. 302 del CP prescribe:

> El que instiga o induce a persona determinada para el consumo indebido de drogas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor a dos ni mayor de cinco años y noventa a ciento ochenta días-multa.
>
> Si el agente actúa con propósito de lucro o si la víctima es persona manifiestamente inimputable, la pena será no menor de cinco ni mayor de ocho años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Una forma de participación criminal es la instigación, regulada en el art. 24 del CP, que reprime: "el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible [...]", Villavicencio define la instigación como aquella conducta activa que dolosamente hace surgir en el autor la decisión, la resolución, de realizar un delito doloso concreto, en suma, para este autor nacional, instigar es decidir a otro a la ejecución del hecho punible, lo que significa que el instigado haya formado su

103 Iberico Castañeda, *Manual autoinstructivo. Curso tráfico ilícito de drogas,* ob. cit., pp. 217 y 218.

104 Prado Saldarriga, *Criminalidad organizada. Parte especial,* ob. cit., p. 183.

voluntad de realización del hecho como consecuencia directa de la acción del instigador.[105] Esto supone, siguiendo a García Cavero, la conducta del inductor debe ser objetivamente idónea para generar en otra persona la decisión de cometer el delito, además, la conducta del inductor debe crear directamente una idea inexistente de cometer un delito o favorecer de manera determinante la decisión aún no tomada, pero pensada.[106] En suma, la instigación estriba en que el instigador hace surgir en otra persona —llamado instigado— la idea de perpetrar un delito, aún más —y estos es lo relevante— quien decide y domina la realización del hecho es precisamente el instigador y, por tanto, este es verdaderamente el autor[107]. El instigado es determinado a tomar la resolución de cometer el delito, sin embargo, basta con reforzar la voluntad del agente, haciéndole descartar las dudas que pudiera tener y que le impidieran pasar al acto, al contrario, no puede instigarse al que ya decidió comerte el delito[108].

Como advierte Frisancho, a diferencia de la instigación como forma de participación criminal, la figura contenida en el art. 302 del CP el instigador no hace surgir en la víctima la idea de perpetrar un delito, el consumo de drogas es un acto lícito, por ello solo cabría sancionar esta conducta ateniéndose al hecho de que el agente merma la libre determinación del sujeto pasivo para consumir o se aprovecha de la falta de ésta (caso de que la víctima sea inimputable)[109]. Iberico Castañeda, plantea que, sobre el verbo rector "instigar", la RAE lo entiende como incitar, provocar o inducir a alguien a que haga algo. Legislativamente, el numeral 17 del art. 89 de la Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas (D. L. N.° 22095), define a la "instigación" como toda acción que

105 Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2013, pp. 513 y 514.

106 García Cavero, Percy, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima: Jurista, 2012, p. 711.

107 Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, ob. cit., p. 207.

108 Hurtado Pozo, José, *Manual de Derecho penal. Parte general*, t. II, 4.ª ed., Lima: Idemsa, 2011, p. 168.

109 Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, ob. cit., p. 207.

incite, provoca e induzca, promueva, favorezca o facilite el consumo de drogas, en ese sentido, la donación de drogas, la invitación a probar las mismas y las demostraciones de su uso, configuran el delito[110].

Así, Prado Saldarriaga, a efectos de esclarecer el significado de los actos de instigador o inducir, recurre a la norma administrativa sobre la represión de tráfico ilícito de drogas, planteando: "Conforme el inciso 17, del art. 89, del Decreto Ley N.° 22095, los actos de instigar o inducir, comprenden toda conducta que "incite, provoque, induzca o facilite el consumo de drogas" a un tercero"[111]. En suma, como advierte Peña-Cabrera, que el delito se materializa mediante actos de inducción, es decir, a través de proposiciones, insinuaciones, demostraciones, etc., orientadas a crear en el tercero una decisión favorable al consumo de drogas, el agente busca, pues, persuadir la voluntad del tercero a fin de que consuma drogas[112].

Se trata de un delito doloso, evidentemente el instigador debe actuar intencionalmente a fin de lograr el hecho delictivo, el agente debe actuar con conciencia y voluntad de inducir a otro al consumo de drogas, la inducción por lo demás debe ser seria y no resultado de un *animus jocandi*. En esa medida, para que se dé la consumación del delito será suficiente que el acto inductor se proyecte hacia el tercero, sin ser necesario que este se decida, finalmente, a consumir drogas[113]. Finalmente, el párr. 2 del art. 302 del CP agrava la pena cuando el agente actúa con propósito de lucro o si la víctima es persona manifiestamente inimputable. Como sostiene Prado Saldarriaga, para la agravación de propósito de lucro, basta que dicho ánimo exista al momento de comisión del acto inductor,

110 Iberico Castañeda, *Manual autoinstructivo. Curso tráfico ilícito de drogas,* ob. cit., p. 218.

111 Prado Saldarriga, *Criminalidad organizada. Parte especial,* ob. cit., p. 183.

112 Peña-Cabrera Freyre, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos,* ob. cit., p. 257.

113 Prado Saldarriga, *Criminalidad organizada. Parte especial,* ob. cit., p. 183. Frisancho Aparicio, *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos,* ob. cit., p. 208.

no siendo relevante, en consecuencia, que, posteriormente, el sujeto logre obtener dicho propósito lucrativo[114].

VI. LA PENA DE EXPULSIÓN DEL PAÍS

Culminando con las regulaciones sobre tráfico ilícito de drogas, el CP en su art. 303 regula la pena de expulsión del país para el extranjero, se entiende condenado por alguno de los delitos del título XII, Delitos contra la seguridad pública, capítulo III, Delitos contra la salud pública, sección II, Tráfico ilícito de drogas, que una vez cumplida su condena o se le haya otorgado un beneficio penitenciario se le expulse del país, quedando prohibido su reingreso. Así, el art. 303 del CP prescribe: "El extranjero que haya cumplido la pena privativa de libertad impuesta o se le haya concedido un beneficio penitenciario será expulsado del país, quedando prohibido su reingreso". Norma que fue modificada por el artículo segundo de la Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.° 30219, publicada el 8 de julio del 2014.

La pena de expulsión es un tipo de pena restrictiva de libertad, conforme destaca PRADO SALDARRIAGA explica que las penas restrictivas de libertad:

> Son penas que restringen los derechos de libre tránsito y permanencia en el territorio nacional de los condenados. La ley distingue dos modalidades: La pena de expatriación que es aplicable a los nacionales y la pena de expulsión del país que recae únicamente en los extranjeros. Ambas penas se ejecutan luego de que el condenado haya cumplido la pena privativa de libertad que también le fue impuesta en la sentencia. Se trata, por tanto, de penas conjuntas y de cumplimiento diferido[115].

Precisa el destacado autor nacional que la pena de expulsión del país se aplica solo en los casos de delitos de tráfico ilícito de drogas (arts.

114 PRADO SALDARRIGA, *Criminalidad organizada. Parte especial,* ob. cit., p. 183.

115 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Aplicación de la pena,* Lima: Academia de la Magistratura, 2000, p. 17.

296 a 303 del CP). Cabe advertir que por Ley N.° 29460, publicada el 27 de noviembre del 2009, se modificó el art. 30 del CP suprimiendo del ordenamiento jurídico penal la pena de expatriación de nacionales[116], quedando únicamente como pena restrictiva de libertad la pena de expulsión del país para extranjeros. El referido art. 30 regula:

> La pena restrictiva de libertad es la de expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso. En el caso de expulsión por concesión de beneficios penitenciarios, el Perú mantiene jurisdicción exclusiva sobre la condena impuesta.

En suma, cuando un extranjero es condenado por alguno de los delitos relativos al tráfico ilícito de drogas, se le impone la pena restrictiva de libertad de expulsión de país una vez cumplida la condena a pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto, prohibiendo su reingreso. Los arts. 30 y 303 del CP también hacen referencia a que resulta aplicable la expulsión del país cuando al condenado extranjero se le hubiere otorgado un beneficio penitenciario, es importante resaltar en este extremo que, el único beneficio penitenciario que implica la expulsión del país de un ciudadano extranjero es el regulado en la Ley N.° 30219 Ley que crea y regula el beneficio especial de salida del país para extranjeros que cumplen pena privativa de libertad y modifica diversos arts. del D. Leg. 703, Ley de Extranjería.

---

116 La pena de expatriación era un tipo de pena restrictiva de libertad, aplicable solo a ciudadanos nacionales condenados por delitos contra la seguridad del Estado (delitos como el de rebelión, traición a la patria, inteligencia desleal con Estado extranjero, revelación de secretos nacionales y espionaje), que consistía en que a estos nacionales se les obligaba salir del territorio nacional, sin embargo, este tipo de pena era contraria a lo dispuesto en el art. 2.21) de la Constitución Política del Perú, que prescribe el derecho a la nacionalidad y lo dispuesto en el art. 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art.22.5 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que prescriben que nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho de ingresar en el mismo.

La mencionada Ley crea el beneficio especial de salida del país para internos extranjeros con penas menores a 7 años, con el propósito de facilitar el proceso de reinserción social en su país de origen. De esta manera, que esta Ley recoge los requisitos que debe cumplir la persona que desea acceder al beneficio, así como el proceso para solicitarlo. Además, señala la autoridad competente para el caso y el procedimiento para la concesión del beneficio especial, precisando que el director del establecimiento penitenciario es el encargado de recibir la solicitud del interno extranjero y formar el expediente administrativo, mientras que el Juez que emitió la sentencia condenatoria es el órgano jurisdiccional que deberá evaluar el otorgamiento del beneficio especial. Al respecto, debemos tener en cuenta que la mayoría de internos extranjeros que purgan condena en nuestro país lo hacen por tráfico ilícito de drogas; en efecto, la Defensoría del Pueblo constata:

> Pese a que no existe disponible un desagregado oficial que señale con exactitud los delitos por los cuales los internos extranjeros (varones y mujeres) ingresan al sistema penitenciario, los resultados de nuestra supervisión nos permiten afirmar que casi en su totalidad estén detenidos por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, principalmente en la modalidad de "correos de drogas" conocidos como "burriers"[117].

Respecto a los denominados "correos de droga", la Corte Suprema refiere:

> Se trata de individuos que se desplazan usualmente por vía aérea o terrestre transportando droga —usualmente cocaína, marihuana u opio— en sus bienes personales, en paquetes adheridos al cuerpo, en cápsulas ingeridas previamente al inicio del viaje o en contenedores colocados en otras cavidades del cuerpo[118].

---

117 Defensoría del Pueblo, *Informe defensorial N.° 154-2011/DP, El sistema penitenciario: componente clave de la seguridad y la política criminal. Problemas, retos y perspectivas*, Lima: Defensoría de Pueblo, 2012, p. 134. Cfr. Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 3-2008/CJ-116.*

118 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 3-2008/CJ-116*, considerando 7.

Además, se dice que la conducta de transporte del "correo de drogas" se tipifica usualmente en el primer párrafo del art. 296 del CP en calidad de autor, ya que:

> [L]a conducta de tener la droga en su poder, con la finalidad de transportarla a otro lugar por encargo de un tercero o terceros, no puede ser calificada sino como autoría; la actividad del transportista, del "correo de drogas" aun subordinada en el aspecto económico a la figura principal del titular del bien delictivo, no le es desde el punto de vista jurídico atento a la amplitud del tipo legal. No se trata de un supuesto muy excepcional de favorecimiento al favorecedor, vale decir, de conductas auxiliares de segundo orden, periféricas, respecto de quien realiza un concreto acto de tráfico, que importaría calificarlos de cómplice secundario. En tal virtud, desde los términos tan amplios establecidos por el tipo legal básico [primer párrafo del art. 296 del Código Penal], todos los concertados para la actividad de tráfico de drogas —en este caso, de transporte— son autores. Basta el previo acuerdo entre los sujetos con independencia de cuál es el rol concreto a ejecutar por cada uno de ellos, siempre que su concreta conducta contribuya a promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

El defensor del Pueblo de España, también constata que en el caso de sus nacionales casi todos purgan condena en cárceles peruanos por tráfico de cocaína, lo que se explica desde su perspectiva en el hecho de que el Perú se ha situado durante años como el productor de coca más grande del mundo y por ende el principal productor de cocaína a nivel mundial, de la que existe una creciente demanda en Europa[119]. El párr. 1 del art. 296 del CP, tipo penal en el que se subsume la conducta del "correo de la droga", tiene una pena conminada de 8 a 15 años de pena privativa de libertad, en la mayoría de casos la mayoría de "correos de la droga" se acogen al proceso especial de terminación anticipada que supone un beneficio procesal de rebaja de pena de un sexto de la pena impuesta, lo que implica que la mayoría de estos sentenciados reciben

119 Defensor del Pueblo, *Estudio sobre la situación de los presos españoles en el extranjero*, Madrid: Defensor del Pueblo, 2015, p. 12.

condenadas de 6 años y 8 meses de pena privativa de la libertad, justamente penas menores a 7 años que encajan en el supuesto de la Ley N.° 30219 para acceder beneficio especial de salida del país, con lo cual los beneficiarios directos de esta norma son los "correos de la droga" extranjeros internos en las cárceles peruanas.

Así, el art. 1 de la Ley N.° 30219, Ley de Beneficio Especial de Salida del País, el interno extranjero que se encuentra en el país cumpliendo una pena privativa de libertad no mayor a siete años podrá acceder al beneficio especial de "salir del país", con el propósito de facilitar la reinserción social en sus países de origen. Para acceder a este beneficio, el art. 2 de la referida Ley señala que el interno extranjero tendrá que cumplir los siguientes requisitos: a) tener una condena no mayor a siete años, siempre que se trate de la primera condena, b) que haya cumplido un tercio de la condena y c) que, el delito cometido esté comprendido en los delitos que cuentan con beneficios penitenciarios de semilibertad o liberación condicional.

De otro lado, en cuanto al procedimiento para el inicio de la solicitud de acceso al beneficio especial, el texto del art. 3 de la Ley, prescribe que el interno extranjero que cumple pena privativa de libertad en un establecimiento penitenciario del territorio nacional, y que cumpla con los requisitos del art. 2, podrá presentar ante el director del establecimiento penitenciario una solicitud expresa y voluntaria para la concesión del beneficio especial de salida del país. A reglón seguido se señala que el Director se encuentra facultado a rechazar el pedido si verifica que el interno extranjero no cumple con alguno de los requisitos del art. 2 de la Ley.

El art. 4 de la Ley se refiere a la formación del expediente administrativo para el otorgamiento del beneficio especial de salida del país. Señala esta norma que, cumplido los requisitos del art. 2 de la Ley, el director del establecimiento penitenciario tendrá un plazo de treinta días para elaborar el expediente administrativo adjuntando la solicitud del interno extranjero, además, este expediente debe contener los siguientes documentos: a) copia certificada de la sentencia, con la constancia de haber

quedado consentida o ejecutoriada; b) certificado de no tener proceso pendiente con mandato de detención a nivel nacional; c) certificado de cómputo laboral o estudio, si lo hubiera; d) informe detallado del grado de reinserción social del extranjero, de acuerdo con la evaluación del Consejo Técnico Penitenciario; y e) certificado consular que acredite arraigo domiciliario en su país de origen. Además de estos requisitos formales que deben anexarse al expediente administrativo para elevar al órgano jurisdiccional, el interno extranjero debe adjuntar a su solicitud y al expediente administrativo un documento cierto que acredite que cuenta con los recursos económicos suficientes para retornar a su país de origen.

La Ley N.° 30219 precisa, en esa medida, que este beneficio será otorgado por el juez que conoció el proceso, quien recibirá el expediente administrativo elaborado por la autoridad penitenciaria (art. 5). Se regula de esta manera que una vez conformado el expediente administrativo, el director del establecimiento penitenciario en un plazo de diez días lo remitirá al conocimiento de juez. Una vez recibido el expediente administrativo el órgano jurisdiccional, en un plazo no mayor a quince días, convocará a una audiencia para resolver la solicitud del beneficio especial de salida. La norma señala que la audiencia se realizará con la presencia obligatoria del interno extranjero, su defensa y el Ministerio Público, aunque se contempla que excepcionalmente se podrá convocar a la audiencia al jefe del Consejo Técnico Penitenciario. El art. 5.3 de la Ley prescribe que, dentro de los tres días hábiles siguientes a la realización de la audiencia, el juez, mediante resolución debidamente motivada, determina el otorgamiento de la solicitud, considerando para ello las características de *personalidad del interno extranjero solicitante y su grado de reinserción social*. Precisando, además, que contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de tres días.

En cuanto a la ejecución del beneficio especial de salida, el art. 5.4 de la Ley señala que expedida la resolución judicial que otorga el beneficio especial ordenando la salida del interno extranjero solicitantes, esta se notifica —en un plazo máximo de tres días— al interno, al esta-

blecimiento penal en que se encuentre, a la Superintendencia Nacional de Migraciones y a la representación consular del país de origen del interno extranjero solicitante. Asimismo, se considera que el juez que conoció la causa o la autoridad que lo tenga en su poder deberá remitir el pasaporte, documento de viaje o documento de identidad del interno beneficiado a la Superintendencia Nacional de Migraciones (art. 5.5). Aquí se precisan reglas dirigidas a la Superintendencia Nacional de Migraciones quien deberá: a) registrar el mandato judicial y expedir la resolución administrativa correspondiente cancelando la residencia o permanencia y *la expulsión del país del ciudadano extranjero* (art. 5.6); y b) esta entidad no exigirá el cobro de las obligaciones o multas contempladas en la legislación nacional (art. 5.7). Además, se considera que el interno extranjero beneficiado permanece en el establecimiento penal mientras no se resuelva y ejecute la salida del país (art. 5.8), y, culminado el trámite judicial y administrativo correspondiente, *el interno extranjero beneficiario es conducido directamente hasta el punto del territorio nacional que le permita salir de manera inmediata a su país de origen* (art. 5.9). En suma, el efecto concreto que produce la concesión del beneficio especial de salida del país del interno extranjero beneficiado es *su expulsión de país* y *su conducción directa hasta el punto del territorio nacional que le permita salir de manera inmediata a su país de origen*.

En cuanto a la pena de multa y reparación civil impuesta en la sentencia condenatoria, el art. 6 de la Ley 30219 prescribe que para acceder al beneficio especial de salida del país, el interno extranjero debe acreditar el pago de estos conceptos, sin embargo, puede solicitar la reducción o exoneración de estos conceptos, siempre y cuanto el agraviado sea únicamente el Estado, y, se acredite razones humanitarias debidamente fundadas o carencia de medios económicos que permitan afrontar dichos pagos, previo informe socioeconómico del funcionario competente del Instituto Nacional Penitenciario.

El art. 7 de la Ley N.° 30219 contempla las causales de revocación del beneficio especial de salida del país: a) cuando el interno extranjero beneficiado reingrese al país, dentro del período de impedimento de

retorno, de manera clandestina, fraudulenta o incumpliendo las disposiciones del D. Leg. 703, Ley de Extranjería; y b) cuando el interno extranjero beneficiado cometa un nuevo delito durante el período de cumplimiento de su condena y le resulte aplicable la legislación penal peruana. Se contempla en esa línea que cuando se revoque el beneficio especial de salida del país, el interno extranjero deberá cumplir la totalidad de su condena sin acceso a beneficios penitenciarios. Asimismo, se prescribe que, cumplida la pena en su integridad, el interno extranjero beneficiado es expulsado del territorio nacional, en coordinación con la representación consular respectiva. En este supuesto, no puede retornar al país por un período de diez años, contado desde la fecha de expulsión.

Finalmente, el art. 9 de la Ley 30219 prescribe que los internos extranjeros sentenciados por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de transportadores de droga o correos de droga, pueden acogerse al ámbito de aplicación de la presente Ley, de conformidad con la Ley N.° 26320 y las disposiciones señaladas sobre la materia. Lo que reafirma que este mecanismo de excarcelación anticipada se encuentra dirigido fundamentalmente a los "correos de la droga" extranjeros que purgan condena en nuestro país.

El efecto de esta ley es, por tanto, autorizar al juez que conoció la causa, que actúa como juez de ejecución penal, disponer el egreso (excarcelación) del establecimiento penitenciario y salida del país del interno ciudadano extranjero, su expulsión de país y su conducción directa hasta el punto del territorio nacional que le permita salir de manera inmediata a su país de origen, en términos de la Ley; sin embargo, no se establece ningún sistema de control extramuros de autoridad judicial peruana o extranjera sobre el cumplimiento de lo que le resta de condena, ya que la ley no establece ningún mecanismo de supervisión sobre este aspecto y el art. 7 contempla como únicos supuestos de revocación del beneficio especial, que el extranjero ingrese nuevamente al Perú, o que cometa un nuevo delito doloso respecto del cual sea de aplicación las leyes penales peruanas; el beneficiario recobra su libertad, expulsado a su país de origen, sin ninguna reglas de conducta ni ningún control

del juez de ejecución penitenciaria del Perú o de su país de origen. En suma, en la práctica el beneficio especial de salida del país, contemplado únicamente para internos extranjeros supone una "conversión de pena", es decir, un "cambio de pena", ya que se autoriza al órgano jurisdiccional reemplazar la pena privativa de libertad a la que fue condenado el ciudadano extranjero por la pena de "expulsión del país".

Si examinamos la naturaleza jurídica del beneficio especial de salida del país, que contempla la Ley N.° 30219, podemos verificar que no se trata de un beneficio penitenciario. Los beneficios penitenciarios permiten el egreso anticipado de la prisión del interno, o beneficios de prelibertad, sin llegar a ser un derecho del condenado, supone un incentivo al interno que en atención a sus progresos en el tratamiento penitenciario se le permita cumplir la condena que le resta en libertad, sujeto a la supervisión del órgano jurisdiccional, para prepararlo a su plena reinserción a la sociedad, contemplándose además la posibilidad de que el órgano jurisdiccional de ejecución revoque el beneficio penitenciario en los supuestos señalados por la ley y hacer que el interno retorne al establecimiento penitenciario para cumplir lo que resta de la condena. En suma, el beneficio penitenciario de pre-libertad supone que el interno continúa ejecutando su pena, bajo la supervisión del órgano jurisdiccional, ya que si se le revoca el beneficio el interno retorna al centro de reclusión hasta cumplir la totalidad de la pena impuesta por sentencia judicial.

Como se sabe, los beneficios penitenciarios se fundamentan en los principios de reeducación y reinserción social que inspiran la finalidad preventivo especial, asignada a la pena en el art. 139 inciso 22 de la Constitución Política del Estado; sin embargo, los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, pues constituyen una opción político criminal a través del cual un Estado concede o regula estímulos a un condenado con fines de resocialización[120]. El TC ha señalado que:

120 Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Manual de beneficios penitenciarios y de lineamientos del modelo procesal acusatorio*, Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 22.

> Los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, sino garantías previstas por el derecho de ejecución penal, cuyo fin es concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno. En efecto, a diferencia de los derechos fundamentales, las garantías no engendran derechos subjetivos, de ahí que puedan ser limitadas. Las garantías persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas y no engendran derechos fundamentales a favor de las personas. Por otro lado, no cabe duda de que aun cuando los beneficios penitenciarios no constituyen derechos, su denegación, revocación o restricción de acceso a los mismos, debe obedecer a motivos objetivos y razonables[121].

Esta posición del máximo intérprete de la Constitución sobre la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios ha sido delineada hace mucho por la doctrina nacional, Small Arana señala al respecto:

> [P]articularmente conceptúo a los beneficios penitenciarios, como incentivos que propenden y ayudan al interno a su rehabilitación y le permiten posteriormente acceder a la semilibertad, a la liberación condicional, a la libertad definitiva como antelación al término legal establecido, adicionando para ello de ser el caso a la reclusión efectiva el tiempo redimido por el trabajo y la educación.[122]

Para Caro Coria[123], los beneficios penitenciarios no acortan la pena impuesta. Por ejemplo, en el caso de la semilibertad (art. 46 CEP), se permite al condenado egresar del establecimiento penitenciario y seguir cumpliendo la condena en libertad, sin que, en modo alguno, implique un acortamiento de la pena o extinción de su ejecución. la característica y rasgo esencial de los beneficios penitenciarios de prelibertad o libertad anticipada, es que se otorga al interno beneficiado la

121 *STC Exp. N.° 0842-2003-HC/TC*, f. j. n.° 3.

122 Small Arana, Germán, "Innovaciones en el nuevo Código de Ejecución Penal Peruano y beneficios penitenciarios en leyes especiales", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1997, pp. 265 y 266.

123 Caro Coria, Dino, "Sobre el principio de irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado". Recuperado de <https://bit.ly/LHD3iB>.

oportunidad de egresar del establecimiento penitenciario para, sujeto a determinadas reglas de conducta, seguir cumpliendo la pena privativa de libertad impuesta como parte del tratamiento penitenciario progresivo de resocialización, pero siempre bajo la supervisión del juez de ejecución penal, quien ante el incumplimiento de las reglas de conducta impuestas al interno puede revocar el beneficio penitenciario y disponer que el reingreso al establecimiento penitenciario del interno para el cumplimiento total de su condena. No son ni actos de perdón o de condonación de penas, como en el indulto, la amnistía, o la conmutación de pena, donde no hay sujeción al cumplimiento de reglas de conducta, ni supervisión de la autoridad de ejecución penitenciaria que ante su incumplimiento provoquen la revocación de la excarcelación. Así lo hace notar Perez Lopez, quien señala que los beneficios penitenciarios:

> [N]o son acto de condonación o perdón como el indulto y la amnistía que ponen fin a la condena, los beneficios penitenciarios requieren de una evaluación particularizada pues una vez concedidos están sujetos a reglas de conducta cuyo [in]cumplimiento provoca la revocatoria que no opera en la gracia, de allí su diferencia y su calificación como incentivos [...][124].

Conforme a las principales características del procedimiento y aspectos que deben tenerse en cuenta para la concesión del beneficio especial de salida de país para internos extranjeros, este presente importantes similitudes con el beneficio penitenciario de semilibertad[125], pero como veremos tiene una diferencia sustancial que lo excluye de la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios, mientras que una vez otorgado el beneficio de semilibertad el interno excarcelado sigue bajo

124 Pérez López, Jorge, "Debida Interpretación y aplicación de los beneficios penitenciarios. Comentarios a la Resolución Administrativa N.° 297-2011-P-PJ", p. 7. Recuperado de <https://bit.ly/2avjvL8>.

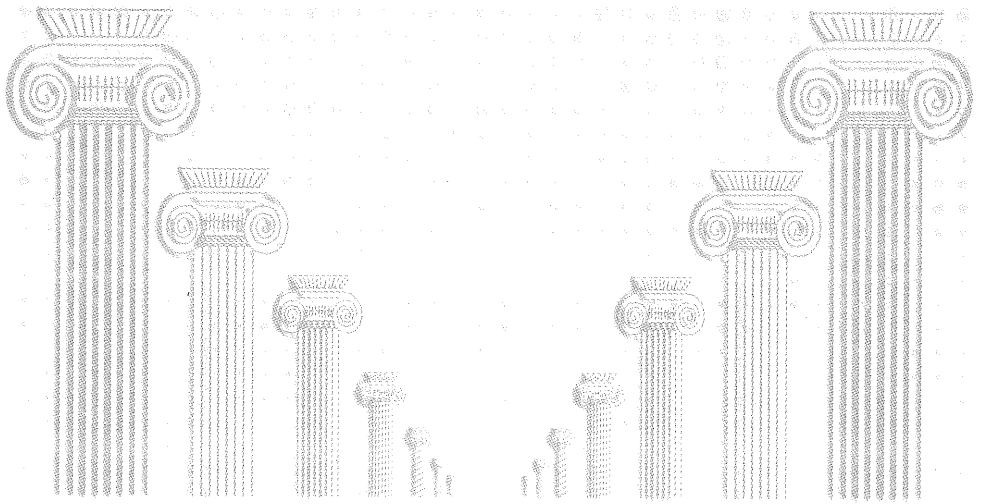
125 La semilibertad es un beneficio penitenciario que permite a un interno sentenciado egresar del establecimiento penal para efectos de trabajo o educación, y cumplir en libertad una parte de su condena, con la obligación de observar determinadas reglas de conducta, y siempre que no tenga proceso penal pendiente con mandato de detención. Cfr. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ob. cit., p. 55.

la supervisión del órgano jurisdiccional de ejecución penal completando su pena y tratamiento penitenciario, en el beneficio especial de salida del país no existe este control posterior del órgano jurisdiccional, pues el efecto de la concesión de este beneficio especial es el egreso del establecimiento penitenciario y de la expulsión del país hacia el país del origen del interno extranjero, sin que ninguna autoridad jurisdiccional nacional o extranjera siga sujetando a algún tipo de control del beneficiario, el cual tiene como único impedimento retornar al Perú en los próximos días años o cometer una nuevo delito donde se aplica la jurisdicción peruana. Además, los criterios para la concesión del beneficio especial de salida son más laxos que para la concesión de la semilibertad.

En suma, el beneficio especial de salida del país para internos extranjeros no responde a estos supuestos porque el efecto del otorgamiento de este beneficio especial, es que el interno egrese del centro penitenciario y del territorio nacional y no se encontrara sujeto a la jurisdicción del juez peruano de ejecución penal, ni de ningún juez extranjero de ejecución penal. Con lo cual el interno extranjero en la práctica ve reducido su condena o, técnicamente, el beneficiario ve convertida su pena; pues la pena privativa de libertad legítimamente impuesta por el órgano jurisdiccional mediante sentencia condenatoria se ve cambiada o convertida por una pena de "expulsión del país". Se produce una reducción de la pena pues, aplicando la Ley N.° 30219 (art. 2.b), basta que un interno extranjero —en cuanto al cumplimiento de la pena— haya cumplido un tercio de la condena para que egrese del establecimiento penitenciario y salga del territorio nacional; en esa perspectiva, el juez penal de ejecución convierte la pena del ciudadano extranjero[126].

126 Sobre el beneficio especial de salida del país para internos extranjeros Cfr. Rosas Castañeda, Juan, "Naturaleza jurídica del beneficio especial de salida del país para internos extranjeros: Ley N.° 30219 (conmutación Judicial de la pena)", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, n.° 78, Lima: 2015, pp. 139-169.

BIBLIOGRAFÍA



Abanto Vásquez, Manuel

2006 "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", en *Revista Penal*, n.° 18.

Abel Souto, Miguel

2015 "Política criminal sobre drogas en la era global y blanqueo de dinero", en *Revista Penal*, n.° 36, Logroño: Universidad de la Rioja.

Abel Souto, Miguel

2002 *El blanqueo de dinero en la normativa internacional: especial referencia a los aspectos penales*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.

Acale Sánchez, María

2002 *Salud pública y drogas tóxicas*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

Adriasola, Gabriel *et al.*

2010 *Crimen organizado y lavado de dinero*, Montevideo: Carlos Álvarez.

Aguirre Obarrio, Eduardo

1981 "Preludio al bien jurídico", en *Lecciones y ensayos*, 2.□ época, n.° 1, Buenos Aires.

Aguirre, Doris

2018 "Terrorista 'José' amenaza con más ataques a las fuerzas del orden", en *La República*, Lima. Recuperado de <https://bit.ly/2xVwQMN>.

Alexy, Robert

2008 *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alva Matteucci, Mario

2012 "¿Cuándo se configuran los delitos de contrabando y la defraudación de rentas de aduana?: A raíz de las modificaciones realizadas por el Decreto Legislativo N.° 1111", en *Actualidad Empresarial*, n.º 260, Lima.

Álvarez García, F. Javier *et al.*

2009 *El delito de tráfico de drogas*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

Amato, Giuseppe

1999 *I traffici illeciti di sostanze stupefacenti*, Milán: Giuffrè.

Ambos, Kai y Noelia Núñez

2017 "Marco jurídico internacional en materia de drogas Estado actual y desafíos para el futuro", en Ambos, Kai, Ezequiel Malarino y Marie Fuchs, (eds.), *Drogas ilícitas y narcotráfico. Nuevos desarrollos en América Latina*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.

Ambos, Kai

1998 *Control de drogas. Política y legislación en América Latina, EE.UU. y Europa. Eficacia y alternativas*, Bogotá: Gustavo Ibáñez.

2015 "La posesión como delito y la función del elemento subjetivo. Reflexiones desde una perspectiva comparada", en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, vol. xxxv.

Angioni

2006 Citado por Castro Cuenca, Carlos Guillermo, "Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva", en *Revista Díkaion*, año 20, n.° 15, noviembre.

Antolisei, Francesco

1960 *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Uteha.

Arana, Xabier

2011 "Otra reforma que también afecta a los delitos en materia de estupefacientes", en *Cuadernos Penales José María Lindón. Reforma penal: personas jurídicas y tráfico de drogas; justicia restaurativa*, n.° 8, Bilbao: Universidad de Deusto.

Araujo Rebouças, Sergio Bruno

2013 "Autoría y participación en los delitos de tráfico de drogas: derecho penal español y comparado", en *Revista Facultade de Dereito*, n.° 1, Fortaleza.

Arias Eibe, Manuel José

"Graduación del desvalor y reproche en el marco de la estructura esencial y accidental del delito". Recuperado de <https://bit.ly/2Rzt847>.

Arroyo Zapatero, Luis Alberto

1984 "Aspectos penales del tráfico de drogas", en *Poder Judicial*, n.° 11.

Bacigalupo Zapater, Enrique

1986 "Problemas dogmáticos del delito de tráfico ilegal de drogas", en *La problemática de la droga en España. Análisis y propuestas político criminales*, Madrid: Edersa.

1999 *Derecho penal. Parte general*, 2.□ ed., Madrid: Hammurabi.

Baldassarre, Antonio

1997 *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino: Giappichelli.

Barbero Santos, Marino

1972 "Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo regulados por el decreto del 21 de septiembre de 1960", en *Estudios de criminología y derecho penal*, Valladolid.

Barahona-Riera, Rocío

2006 *Derechos económicos, sociales y culturales: exigibilidad, niveles mínimos de cumplimiento e indicadores*, Santiago de Chile: Cepal.

Bataillon, Gilles,

2015 "Narcotráfico y corrupción: las formas de la violencia en México en el siglo xxi", en *Nueva Sociedad*, n.° 255, enero.

Beck, Uldrich

1998 *La sociedad del riesgo. Hacia una modernidad*, Barcelona: Paidós.

Belloch Julbe, Juan Alberto,

1992 "La prueba indiciaria", en AA.VV., *La sentencia penal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio *et al.*

1996 *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Barcelona: Praxis.

1999 *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Barcelona: Praxis.

Beristain Ipiña, Antonio

1985 "Delitos de tráfico ilegal de drogas", en *Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código Penal de 1983, tomo v, volumen 2 (libros ii y iii del Código Penal)*, Madrid: Edersa.

Beristain, Manuel

1977 "Dimensiones históricas, económica y políticas de las drogas en la criminología crítica", en *Delitos contra la salud pública, tráfico ilegal de drogas tóxicas*, Valencia: Universidad de Valencia.

Bewley-Taylor, David R.

2012 International *drug control: consensus fractured Cambridge University.*

Bewley-Taylor, David y Martín Jelsma

2011 "Cincuenta años de la Convención Única de 1961 Sobre Estupefacientes. Una relectura crítica", en *Serie reforma legislativa en materia de drogas*, n.° 12, Ámsterdam: marzo.

2012 "Regimen change: re-visiting the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs", en *International Journal of Drug Policy*.

Blanco Cordero, Isidoro

2009 "¿Es necesario tipificar el delito de financiación del terrorismo en el Código Penal español?" en *Athena Intelligence Journal*, vol. 4.

2012 *El delito de blanqueo de capitales*, 3.□ ed., Navarra: Aranzadi.

Blanco Lozano, Carlos

1997 *El delito ecológico. Manual operativo*, Madrid: Montecorvo.

Blickman, Tom y Martín Jelsma

2009 "La reforma de las políticas de drogas. Experiencias alternativas en Europa y Estados Unidos", en *Nueva Sociedad*, n.° 222, julio.

Bolaños, Ricardo *et al.*

Psicotrópicos y estupefacientes visión farmacológica y normativa. Recuperado de <https://bit.ly/2RtqzjR>.

Brandariz García, José Ángel

2011 "La problemática de las normas penales en blanco", en Faraldo Cabana, Patricia (dir.) y L. Puente Aba, (coord.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

Bruun, Kettil *et al.*

The Gentlemen's club: international control of drugs and alcohol, Chicago: University of Chicago.

Bullemore, Vivian y John Mackinnon

2007 *Curso de derecho penal*, t. II, Santiago: Lexis Nexis.

Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée

1997 *Lecciones de derecho penal*, vol. I, Madrid: Trotta.

2006 *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Madrid: Trotta.

Bustos Ramírez, Juan

1984 *Manual de derecho penal español. Parte general*, Barcelona: Ariel.

1986 *Manual de derecho penal*. Barcelona: Ariel.

1987 "Los bienes jurídicos colectivos", en *Derecho penal y control social*, Barcelona: PPU.

Calderón Cerezo, Ángel y José Choclán Montalvo

2002 *Derecho procesal penal*, Madrid: Dykinson.

Cálix Vallecillo, Carlos David

2010 *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español*, Bogotá: Doctrina y Ley.

Callegari, André Luís

2003 *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cancio Meliá, Manuel

2008 "El injusto de los delitos de organización: peligro y significado", en *Icade*.

Capita Remezal, Mario

2007 *El concepto jurídico de terrorismo. Los delitos de terrorismo en el Cógido Penal de 1995. Un análisis doctrinal y jurisprudencial. Especial referencia al terrorismo individual*, tesis para optar el grado académico de doctor, Getafe: Universidad Carlos III de Madrid.

Cardenal Murrillo, Alonso

1993 "El régimen específico de comiso en materia de tráfico de drogas", en *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.° 11, Logroño: Universidad de la Rioja.

Carnevali Rodríguez, Raúl

"Algunas reflexiones en relación con la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, n.° 1.

Martínez-Buján Pérez, Carlos

1998 *Derecho penal económico. Parte general*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

Caro Coria, Carlos

2017 "Análisis crítico de políticas criminales existentes en materia de drogas ilícitas en el Perú", en *Drogas ilícitas y narcotráfico. Nuevos desarrollos en América Latina*, Bogotá: Temis.

"Sobre el principio de irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado". Recuperado de <https://bit.ly/LHD3iB>.

Casabó Ruiz, José R.

1982 "La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente", en *Estudios penales y criminológicos*, vol. n.° v.

Casas Ramírez, Wilfredo

2017 "Organización criminal y su deslinde con otras acepciones semejantes. A propósito del D. Leg. N.° 1244", en *Actualidad Penal*, n.° 41, noviembre.

Casas, Frank y Mariana Ramírez

2017 "Actores y escenarios como determinantes clave de la política de drogas en Perú. El caso de la implementación del control de hoja de coca en el valle del Monzón (2010-2015)", en *Revista de Ciencia Política y Gobierno*, vol. 4, n.° 7,

Castamán Díaz, Desirée

2005 "El consumo del "terokal" en los niños y niñas en situación de calle", en *Revista Psicología Universidad Femenina del Sagrado Corazón de Jesús*, n.° 13.

Castañeda, Juan Antonio

2017 "Criterios para la distinción de los comportamientos de 'posesión de drogas' comprendidos en el primer y segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, n.° 101, Lima.

Castaño-Pérez, Guillermo, Elvia Velásquez y Álvaro Olaya-Peláez

2017 "Aportes al debate de legalización del uso medicinal de la marihuana en Colombia", en *Revista de la Facultad Nacional de Salud Pública*, vol. 35, n.° 1.

Castells, Manuel

2006 *La era de la información: fin del milenio*, Madrid: Alianza Editorial.

Castillo Alva, José Luis

2006 *Jurisprudencia penal 2. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Lima: Grijley.

Castro de la Mata, Ramiro

2000 *El opio en el Perú*, Lima: Cedro.

2005 "El consumo de drogas en el Perú", en *Debate Agrario. Análisis y Alternativas*, n.° 39, Lima.

Caudevilla Gálligo, Fernando

"Drogas. Conceptos generales, epidemiología y valoración del consumo". Recuperado de <https://bit.ly/1tHE5Ob>.

Cerezo Mir, José

2002 "Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.° 10.

Chanamé Orbe, Raúl

2005 *Comentarios de la Constitución Política*, Lima: Jurista.

Chávez, Víctor

2015 "Cultivo y producción", en Cedro, *El problema de las drogas en el Perú 2015*, Lima: Cedro.

Chiappe, Gianfranco

2015 "Microcomercio", en *El problema de las drogas en el Perú 2015*, Lima: Cedro.

Chirinos Soto, Enrique y Francisco Chirinos Soto

2006 *La Constitución: lectura y comentario*, Lima: Rhodas.

CLADEM

2007 *Jurisprudencia sobre la protección del derecho a la salud en cuatro países andinos y en el sistema interamericano*, Lima: Nova.

COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA MULTIPARTIDARIA

2015 *Informe final*, t. I, Lima: Congreso de la República.

COMISIÓN INTERNACIONAL DEL OPIO

1912 *Convenio Internacional del Opio*, La Haya, Recuperado de <https://bit.ly/2J2IUh0>.

COMUNIDAD ANDINA

2017 *Manual de sustancias químicas usadas en el procesamiento de drogas ilícitas*, Lima: Comunidad Andina.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO

"El tratamiento penal del tráfico de drogas: Las nuevas cuestiones", en *Problemática de las drogas en España*.

"Tratamiento penal del tráfico de drogas, las nuevas cuestiones", en *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico*, Buenos aires: La Ley.

CONTRERAS, Hugo

2005 "El tratamiento internacional del problema de las drogas", en *Debate Agrario. Análisis y Alternativas*, n.° 39, Lima.

CORCOY BIDASOLA, Mirentxu

1996 "Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código Penal español: delitos de peligro", en MIR PUIG, Francisco y Diego LUZÓN PEÑA, (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona: Bosch.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu

1999 *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico penales supraindividuales*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

CORDINI, Nicolás

2017 "Jurisdicción regional y delitos de organización: diversas alternativas", en *Política Criminal*, n.º 23, vol.12.

Córdoba Roda, Juan

1980 "El delito de tráfico de drogas", en *Estudios penales y Criminológicos*, n.° 4, Santiago de Compostela: Universidad Santiago de Compostela.

1989 *El delito de tráfico de drogas. Estudios penales y criminológicos*, t. IV, Santiago de Compostela.

Cornejo, Abel

2009 *Estupefacientes*, 2.ª ed., Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Cox Leixelard, Juan Pablo

2012 *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*, Montevideo: BdeF.

Danenberg, E. *et. al.*

2013 "Modernizing methodology for the who assessment of substances forms the international drug control conventions", en *Drug and alcohol dependence*, vol. 131.

Delgado Lara, Álvaro Roberto

2012 "Las leyes penales en blanco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2005-2011)", en *Ars Boni et Aequi*, año 8, n.° 2.

Desimoni, Luis María

1998 *La evidencia en materia criminal*, Buenos Aires: Depalma.

Doval Pais, Antonio

1996 *Delitos de fraude alimentario*, Pamplona: Aranzadi.

Durrieu, Roberto

2006 *El Lavado de dinero en la Argentina: análisis dogmático y político-criminal de los delitos de lavado de activos de origen delictivo (Ley 25.246) y financiamiento del terrorismo*, Buenos Aires: Lexis Nexis.

Duval Pais, Antonio

1999 *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

Empresa Nacional de la Coca S. A.

2013 *Plan estratégico institucional 2013-2017. "Hoja de coca legal: tradición ancestral e inclusión social"*, Cusco: Enaco S. A.

Enrique

2014 *Derecho penal, parte general*, Lima: Ara.

Escohotado, Antonio *et al.*

1994 *Las drogas: de ayer y mañana*, Madrid: Talesa.

1994 *Las drogas*, Madrid: Alianza Editorial.

Escriva Gregori, José María

1967 *La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal*, Barcelona: Bosch.

Espinoza Goyena, Julio *et al.*

2013 *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema: en lo sustantivo, Código de Procedimientos Penales, Código Procesal Penal*, Lima: Cooperación Técnica Alemana al Desarrollo Internacional-GIZ.

Expósito López, Ana

2012 "El delito de tráfico de drogas", en *Revista de Derecho UNED*, n.° 10.

Expósito López, Lourdes

2015 *Criminalidad organizada y tráfico de drogas. Las transformaciones del sistema jurídico penal sustantivo y procesal*, tesis para optar el grado académico de doctor, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Fabian Caparros, Eduardo

2014 "La fenomenología del lavado de dinero, sus efectos sobre la economía y el bien jurídico protegido", en Blanco Cordero, Isidoro *et al., Combate al lavado de activos desde el sistema judicial*, edición especial para el Perú, Lima: OEA.

Falcone Roberto y Facundo Capparelli

2002 *Tráfico de estupefacientes y derecho penal*, Buenos Aires: Villela.

Feldman Gracía, Leonardo

2011 *Coca y wachuma. Sus prácticas y significados en la cultura andina y en Lima*, Tesis para optar el grado académico de doctor, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Ferrajoli, Luigi

1995 *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.

Ferrari, Luis Alberto y Leda Giannuzzi

"Marihuana medicinal: su potencial aplicación como medicamento en diversas patologías y los riesgos que entrañan su uso. Breve revisión". Recuperado de <https://bit.ly/2LPvvKT>.

Fleetwood, Jennifer

2011 "Penalties and practice in the international cocaine trade", en *British Journal of Criminology*, n.° 51.

Flores Díaz, Elizabeth

2003 *Balance de la política antidrogas en Bolivia y el Perú*, tesis para optar el grado de magíster, Lima: Academia Diplomática del Perú.

Frisancho Aparicio, Manuel

2006 *Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos*, 2.ª ed., Lima: Jurista.

Fuentes Osorio, Juan

2006 "Formas de anticipación de la tutela penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.° 8. Recuperado de <https://bit.ly/2zTrsrS>.

Fundación de Ideas Para la Paz

2014 "Solución al problema de las drogas", en *Negociaciones de Paz. Boletín de Paz*, n.° 34, p. 3. Recuperado de <https://bit.ly/2Ex4FXU>.

Gallegos Soler, José Ignacio

2001 "Delitos de tráfico de drogas", en *Derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

Gálvez Villegas, Tomás

2009 *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N.° 27765*, Lima: Jurista.

Gamella, Juan

"Prohibición, despenalización, legalización. Tres modelos en el control jurídico y político de las drogas ilegales". Recuperado de <https://bit.ly/2yLkiVy>.

Garat, Guillermo

"Un siglo de políticas de drogas en Uruguay". Recuperado de <https://bit.ly/2RT45Gx>.

García Aran, Mercedes

"Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma", en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.° 16, 1992-1993.

García Cavero, Percy

"¿Existe y debe existir un derecho penal del enemigo?". Recuperado de <https://bit.ly/2ruBzPr>.

2012 *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima: Jurista.

García Iglesias, José Carlos

"El crimen organizado y el narcotráfico en el panorama internacional", Recuperado de <https://bit.ly/2R1wLvQ>.

García Martín, Luis *et. al.*

1996 *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

García Navarro, Edward

"Recientes modificaciones de la parte especial del Código Penal conforme al Decreto Legislativo N.° 982". Recuperado de <https://bit.ly/2C2rJJE>.

García Pablos, Antonio

2006 "Relevancia de los cambios de criterio de la doctrina jurisprudencial", en *Cuadernos de Derecho judicial* VII/2006, Madrid.

García-Calvo y Montiel, Roberto

2000 "Terrorismo y tipificación penal", en *Actualidad Penal,* n.º 48.

Giménez-Salinas, Andrea

2013 *El crimen organizado,* Barcelona: Universidad Oberta de Cataluña.

Gómez A., Rubén

2002 "La noción de salud pública: consecuencias de la polisemia", en *Revista de la Facultad Nacional de Salud Pública,* vol. 20, n.° 1, Antioquía: Universidad de Antioquía.

Gómez de Liaño Fonseca-Herrera, Marta

2004 *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación,* Madrid: Colex.

Gonzáles del Río Vigil, Miguel

1992 "Problemática relacionada a la sustitución de los cultivos de la hoja de coca", en *Escuela Superior de Guerra Naval,* Callao.

Gracia Martín, Luis

1990 *La infracción de deberes contables y registrables tributarios en derecho penal,* Madrid: Trivium.

Hallam, Christopher, Dave Bewley-Taylor y Martín Jelsma

2014 "La Clasificación en el sistema internacional de control de drogas", en *Serie reforma legislativa en materia de drogas,* n.° 25, junio.

Hernández Gil

1981 "El tráfico de estupefacientes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *La Ley.*

Hernández Miranda, Edith

2014 "Alcances de la Casación N.° 126-2012 sobre la circunstancia agravante referida a la condición de educador en los delitos de tráfico ilícito de drogas", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Lima.

Huamán Sialer, Marco Antonio

2016 "El delito de contrabando en el Perú y en el contexto internacional", en *Revista Lex*, n.° 18.

Hurtado Pozo, José

2005 *Manual de derecho penal. Parte general I*, 3.ª ed., Lima: Grijley.

2011 "Relaciones entre el derecho penal y el derecho civil respecto al delito de hurto en el Código Penal peruano", *Revista Oficial del Poder Judicial*, años 4 y 5, n.° 6 y n.° 7.

2011 *Manual de Derecho penal. Parte general*, t. II, 4.□ ed., Lima: Idemsa.

Iberico Castañeda, Luis Fernando

2016 *Manual autoinstructivo. Curso tráfico ilícito de drogas*, Lima: Academia de la Magistratura.

Instituto Nacional de Estadística e Informática

2015 *Análisis de los resultados de la encuesta de hogares sobre demanda de la hoja de coca 2013*, Lima: INEI.

2016 *Perú. Primer censo nacional penitenciario 2016. Perfil de la población penal*, Lima: INEI.

Instituto Nacional Penitenciario-INPE

2017 *Informe estadístico penitenciario 2017*, Lima: INPE.

Jakobs, Gunther

1997 *Derecho penal. Parte general*, Madrid: Marcial Pons.

Jauchen, Eduardo M.

2002 *Tratado de la prueba en materia penal*, Buenos Aires: Rubinzal.

Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas Weigend

2002 *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5.□ ed., traducido por Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares.

2014 *Tratado de derecho penal. Parte general*. vol. I., traducido por Miguel Olmedo Cardenete, Lima: Instituto Pacífico.

Jeschek, H.

1999 *Tratado de derecho penal. Parte general*, traducido y editado por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona: Bosch.

Jife

"Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 2010". Recuperado de <https://bit.ly/2Rf4Usb>.

Joshi Jubert, Ujala

1998 "Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español", en *Libro Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*, t. I, Caracas: Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas.

1999 *Los delitos de tráfico de drogas. Un estudio analítico del artículo 368 Código Penal (grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales)*, t. I, Barcelona: Bosch.

Juan, Jorge y Antonio Ulloa

1983 *Noticias secretas de América*, Bogotá: Banco Popular.

Kabsther Berríos, Bryan

"Análisis dogmático del delito de financiamiento de la minería ilegal". Recuperado de <https://bit.ly/2VeQWcD>.

Ketamine

2012 *Critical review report. Expert committee on drug dependence, thirty-fifth meeting*, Hammamet: Organización Mundial de la Salud.

2012 *Expert peer review on critical review report. expert committee on drug dependence*, Hammamet.

Kierszenbaum, Mariano

2009 "El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual", en *Lecciones y Ensayos,* n.° 89, Buenos Aires.

Klein, Axel, Pien Metaal y Martin Jelsma

"Rumiando la prohibición del khat. La globalización del control y la regulación de un antiguo estimulante", *en Transnational Institute,* n.° 17.

Lai, Gloria

2012 "Drogas, crimen y castigo proporcionalidad de las penas por delitos de drogas", *Serie reforma legislativa en materia de drogas,* n.° 20.

Laje Anaya, Justo

1978 *Comentarios al Código Penal. Parte especial,* vol. I, Buenos Aires: Depalma.

1998 *Narcotráfico y derecho penal argentino,* 3.□ ed., Córdoba: Marcos Lerner.

Lamarca Pérez, Carmen (coord.)

2012 *Delitos y faltas. La parte especial del derecho penal,* Madrid: Colex.

Lampe, Klaus von

"Was ist 'organisierte kriminalität'?", en *Aus Politik und zeitgeschichte.* Bundeszentrale für politische bildung, Bonn.

Landecho, Carlos María

1992 *Derecho penal español. Parte general,* t. II, Madrid: Universidad Pontificia de Comillas.

Larriba Hinojar, Beatriz y Caty Vidales Rodríguez

"Tráfico de drogas y crimen organizado: jaque a la seguridad nacional". Recuperado de <https://bit.ly/2Crg0WH>.

León Alonso, Marta

2009 *La protección constitucional de la salud en el marco del Estado social y democrático de derecho,* tesis para optar el grado de doctor, Salamanca: Universidad de Salamanca.

Lizarazo Figueroa, José Alejandro

1972 *Aspectos esenciales del derecho penal aduanero*, Bogotá: PUJ.

Lluch Ramírez, Fátima

"El delito de tráfico de drogas: aspectos penales, procesales y administrativos", Recuperado de <https://bit.ly/2sk1hGD>.

López Daza, Germán y Carlos Gómez García

2014 "La Legalización por vía judicial del consumo de la dosis personal de droga: ¿un desafío al sistema democrático en América Latina?", en *Justicia Juris*, vol. 10. n.º 1.

López Villanes, Noam y Vizcarra Castillo, Sofía

2012 "La cadena de valor de la cocaína: un análisis georreferenciado del VRAE", en *Revista Politai*, n.° 4, vol. 3, Lima.

Lorenzo Salgado, José María

1986 "Reforma de 1983 y tráfico de drogas", en AA.VV., *La problemática de la droga de España. Análisis y propuestas político-criminales*, Madrid, Edersa.

1999 "Los delitos contra la salud pública en el Código Penal de 1995: aspectos básicos", en Juane Sánchez, Miguel (coord.), *Lecciones de derecho sanitario*, La Coruña: Universidade da Coruña.

Luciani, Diego Sebastián

2011 *Criminalidad organizada y trata de personas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Luzon Peña, Diego Manuel

1996 *Curso de derecho penal, parte general I*, Madrid: Universitas.

Magaldi Paternostro, María José

2004 "Libro ii. Tít. xvii: de los delitos contra la seguridad colectiva.", en *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, t. ii, Madrid: Marcial Pons.

Magro Servet, Vicente

2004 *Guía práctica de la casuística existente en los delitos contra la salud pública*, Madrid: La Ley.

Malamud Goti, Jaime

1979 "La tenencia de Estupefacientes para propio consumo: objeciones a la estructura del tipo", en *Doctrina penal*, año 2.

Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli

2008 "Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. LVI, Madrid.

Maqueda Abreu, M. L

1998 "Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas", en *La Ley*, n.º 4624, Madrid.

Martínez Boluda, Francisco

1996 "Análisis jurídico del delito de tráfico de drogas", en *Revista General de Derecho*, n.° 624.

Martínez Burgos, César

"El cultivo como modalidad punible del art. 344 del Código Penal", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año XXXVII.

Mata y Martín, Ricardo

1997 *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada: Comares.

Matteucci, Silvia y Jorge Morello

"Pensar en erradicar: aspectos ecológicos del cultivo de coca. Recuperado de <https://bit.ly/2TlXNir>.

Maurach, Reinhert, y Zipf, Heinz

1994 *Derecho penal, parte general 1. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*, traducido por Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires: Astrea.

Mayer, Laura

2014 "Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil", en *Política Criminal,* vol. 9, n.º 17.

Mazuecos Asid, Antonio Francisco

2018 "La posesión de drogas: delito o conducta atípica. Criterios delimitadores a partir del análisis comparado de la regulación peruana y española", en *Delitos de tráfico ilícito de drogas. Problemas esenciales desde la dogmática penal y el derecho probatorio,* Lima: Jurista.

Mcallister, W. B.

2000 *Drug diplomacy in the twentieth century: an international history,* Nueva York: Routledge.

Medina, Miguel Antonio

1998 *Estupefacientes. La ley y el derecho comparado,* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Mendoza, Waldo y Janneth Leyva

2017 La *economía del Vraem. Diagnóstico y opciones de política,* Lima: Usaid/CIES.

Meyer, K. y T. Parssinem

1998 *Webs of smoke: smugglers, warlords, spies, and the history of international drug trade,* Oxford: Rowman and Littlefield.

Militello, Vincenzo

2004 "La pertenencia a una organización criminal como tipo penal modelo europeo", en *Persona y Derecho,* n.° 51.

Mill, Rita

2009 "Criminalidad organizada. Dificultades probatorias", en *Revista de Derecho Procesal Penal,* n.° 2.

Mir Puig, Santiago

1990 "Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *ius puniendi*", en *Estudios penales y criminológicos XIV,* Santiago de Compostela.

Mir Puig, Santiago

1994 *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona: Ariel.

1996 *Derecho penal. Parte general*, Barcelona: PPU.

2005, *Derecho penal, parte general*, 7.ª ed., Buenos Aires: BdeF.

2015 *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Barcelona: Reppertor.

Mittermaier, Karl

1979 *Tratado de la prueba en materia criminal*, Buenos Aires: Hammurabi.

Molina Mansilla, María del Carmen

2006 "El delito de tráfico de drogas: el tipo básico y los subtipos agravados", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, vol. LIX.

Molina Pérez, Teresa

2005 "El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico ilícito de drogas", en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n.° XXXVIII, Logroño: Universidad de la Rioja.

Mora Alarcón, J. A.

1996 *Suma de derecho penal. Parte general y especial*, Madrid: Edisofer, p. 529

Lanchedo Velasco, C. M., y Concepción Molina Blázquez

1996 *Derecho penal español. Parte especial*, 2.□ Madrid: Tecnos.

Moreno Torres, María Rosa

2015 "La tentativa de delito en la legislación penal española", en Pariona Arana, Raúl y Esteban Pérez Alonso, *Teoría del delito. Problemas fundamentales*, Lima: Instituto Pacífico.

Moreno Torres, María Rosa

2015 "La tentativa de delito en la legislación penal española", en Pariona Arana, Raúl y Esteban Pérez Alonso, (coords.), *Teoría del delito. Problemas fundamentales*, Lima: Instituto Pacífico.

Moyna Menguez, José

2004 "Libro II. Tít. XVII", en AA.VV., *Código Penal*, 9.ª ed., Madrid.

MUÑOZ CONDE, Fernando

1996 *Derecho penal. Parte especial*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN

2007 *Derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo Blanch.

MUÑOZ CONDE, Francisco

1990 *Derecho penal. Parte especial*, 8.□ ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

1996 *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

1998 *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

2004 *Derecho penal. Parte especial*, 15.□ ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

2007 *Derecho penal. Parte especial*, 16.□ ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

2010 *Derecho penal. Parte especial*, 18.□ ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

MUSTO, David

1993 *La enfermedad americana. Orígenes del control antinarcóticos en EU*, Bogotá: Tercer mundo.

NACIONES UNIDAS

1999 *Comentarios a la Convención de Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas 1988*, Nueva York: ONU.

1989 *Comentarios a la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes*, Nueva York: Naciones Unidas.

NADELMANN, Ethan A

2005 "Los daños de la prohibición de las drogas en las américas", en *Debate Agrario: Análisis y alternativas*, n.° 39, Lima.

NAÍM, Moisés

2006 *Ilícito*, Barcelona: Mondadori.

NARDIELLO, Ángel Gabriel

2012 *Estructura del hecho punible, lineamientos doctrinales, planteo y resolución de casos*, Buenos Aires: Hammurabi.

Naval Linares, Virginia del Pilar

2018 "El tráfico ilícito de drogas en los acuerdos plenarios de la Corte Suprema de Justicia de la República", *Delitos de tráfico ilícito de drogas. Problemas esenciales desde la dogmática penal y el derecho probatorio*, Lima: Jurista.

Navarro Dolmestch, Roberto

2007 "El tipo penal de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades del art. 4 del Proyecto de nueva Ley de Drogas", en *Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'higgins Ars Boni et Aegui*, n.° 3.

Nestler, Cornelius

2000 "El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes", en *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Comares.

Obando, Enrique

2016 "El tráfico ilícito de drogas en el Perú, cuarenta años después", en *Revista Temática del Centro de Altos Estudios Nacionales*, n.° 2, Lima.

Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías

2012 *A definition of "drug mules" for use in a European Context*, Lisboa: EMCDDA.

2013 *Informe europeo sobre drogas. Tendencias y novedades*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

OEA

El problema de las drogas en las Américas. Alternativas legales y regulatorias, Washington: OEA.

Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito

"Informe mundial sobre las drogas 2015. Resumen ejecutivo", Recuperado de <https://bit.ly/1Ke20wC>.

2016 *Perú. Monitoreo de cultivos de coca 2015*, Lima: UNODC.

OMS

2010 "Garantizando el equilibrio en las políticas nacionales sobre las sustancias fiscalizadas: Orientación para la disponibilidad y accesibilidad de los medicamentos fiscalizados". Recuperado de <https://bit.ly/2s2nNCV>.

Organización de los Estados Americanos

El problema de las drogas en las Américas: estudios, drogas y salud pública, Washington: OEA.

Otto, Haro

2017 *Manual de Derecho penal. Teoría general del derecho penal*, 7.□ ed., traducido por José R. Béguelin, Barcelona: Atelier.

Pariona Arana, Raúl

2010 "El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana. Análisis de la fundamentación dogmática de la sentencia de la Corte Suprema contra Alberto Fujimori", en *Revista Oficial del Poder Judicial*, n.° 6 y n.° 7.

Páucar Chappa, Marcial

"El delito de reglaje y marcaje: un análisis dogmático sobre sus notas esenciales". Recuperado de <https://bit.ly/1KHO9vb>.

Peña Cabrera Freyre, Alonso

2013 *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos. Perspectivas dogmáticas y político criminales*, 2.□ ed., Lima: Rodhas.

2015 "Conspiración y ofrecimiento al delito de sicariato", *Actualidad Penal*, vol. 15, setiembre.

Pérez Alonso, Esteban J

2015 "La regulación de la autoría en el Código Penal peruano. Especial consideración de la coautoría. Comentario al artículo 23 Código Penal peruano", en *Teoría del delito. Problemas fundamentales*, Lima: Instituto Pacífico.

2015 "Autoría", en *Teoría del delito, Problemas fundamentales*, Lima: Instituto Pacífico.

Pérez López, Jorge

"Debida Interpretación y aplicación de los beneficios penitenciarios. Comentarios a la Resolución Administrativa N.° 297-2011-P-PJ". Recuperado de <https://bit.ly/2avjvL8>.

Pérez Salazar, Bernardo

2009 "El sistema internacional de fiscalización de drogas: un estado de cosas para cambiar", en *Novum Jus*, vol. n.° 3.

Peyraube, Raquel y José Bouso

2015 ¿Marihuana como medicina? *Usos médicos y terapéuticos del cannabis y los cannabinoides*, Ciudad de México: México Unido Contra la Delincuencia.

Pezzini, Barbara

1983 "Il diritto alla salute: profili costituzionali", en *Diritto e Società*, n.° 1.

Pietro Rodríguez, Javier Ignacio

1993 *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, Pamplona: Aranzandi.

Plaza Chávez, Ignacio Javier

"Análisis dogmático-penal del delito de financiamiento del terrorismo", *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 20.

Politoff, Sergio y Jean Pierre Matus

1997 "La conspiración para cometer delitos previstos en la Ley sobre Tráfico de Estupefacientes", *Revista Chilena de Derecho*, n.° 3, vol. 24.

1998 *Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes. Estudios dogmáticos y jurisprudencia*, Santiago de Chile: Conosur.

Pontón, Daniel

2013 "La economía del narcotráfico y su dinámica en América Latina", en Íconos, n.° 47, Quito.

Prado Saldarriaga, Víctor

"El tratamiento penal de la posesión de drogas para el propio consumo en la legislación peruana". Recuperado de <https://bit.ly/2QlKih0>.

2008 "Jurisprudencia vinculante y pluralidad de agentes en el delito de tráfico ilícito de drogas", en *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*, Lima: Grijley.

2009 *Nuevo proceso penal, reforma y política criminal*, Lima: Idemsa.

2015 "La determinación judicial de la pena en la Ley N.° 30076", en *Determinación judicial de la pena*, Lima: Instituto Pacífico.

2016 *Criminalidad organizada. Parte especial. Constitución, promoción e integración de organizaciones criminales. Tráfico ilícito de drogas y otros delitos afines. Lavado de activos. Financiación del terrorismo. Trata de personas y minería ilegal. Acuerdos plenarios*, Lima: Instituto Pacífico.

Prieto Rodríguez, Javier Ignacio

1993 *El delito de tráfico y consumo de drogas*, 2.ª ed., Pamplona: Aranzadi.

Queralt Jiménez, Joan

2002 *Derecho penal español. Parte especial*, 4.ª ed., Barcelona: Ateliar.

Reátegui Sánchez, James

2008 "Los límites de la conducta típica en la rebelión ¿Es un delito de los "derrotados" o de los "triunfadores"?", en *Revista de Estudiantes Ita Ius Esto*, n.° 1.

Revilla Zuñiga, Joseph, María Rivera Encinas y Lizardo Cruzado

2016 "Diagnóstico erróneo de psicosis inducida por cocaína en una persona con esquizofrenia y masticadora de hojas de coca", en *Revista de Neuro-Psiquiatría*, vol. 79, n.° 2.

Rey Huidobro Luis Fernando

1987 "El delito de tráfico de estupefacientes", en AA.VV., *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Córdova: Universidad de Córdova.

1999 *El delito de tráfico de drogas, aspectos penales y procesales*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

2000 *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

Reyna Alfaro, Luis Miguel

2018 "Reflexiones preliminares sobre los impactos de la Ley N.° 30681 (Ley que regula el uso medicinal y terapéutico del cannabis y sus derivados) del 17 de noviembre del 2017, en la regulación de los artículos 296.A, 299 y 300 del Código Penal", en *Delitos de tráfico ilícito de drogas. Problemas esenciales desde la dogmática penal y el derecho probatorio*, Lima: Jurista.

Rivera, Gildardo

1998 "Aporte a la historia de la coca en Colombia", en *Ensayos*, n. ° 13.

Rodríguez Collao, Luis

2011 "Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. xxxvi, Valparaíso.

Rodríguez Devesa, José María

1990 *Derecho penal español*, Madrid: Dykinson.

Rodríguez Hurtado, Mario

2016 "El incipiente crimen organizado nacional y sus verdugos, los improvisados sicarios", en *Themis*, n.° 68.

Rodríguez Montañes, Teresa

1994 *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid: Universidad Complutense/Centro de Estudios Judiciales.

Rodríguez Mourullo

1978 *Derecho penal. Parte general*, Madrid: Civitas.

Rodríguez Núñez, Alicia

2012 "Delitos contra la salud pública", en La Marca Pérez, Carmen (coord.), *Delitos y faltas. La parte especial del derecho penal*, Madrid: Colex.

Rodríguez Ramos

2009 *Código Penal. Concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, t. ii, 4.ª ed., Madrid: La Ley.

Rodríguez Salcedo, Vicente

Manual para la prevención del consumo de drogas, Lima: Devida.

Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis

1990 "Colaboración con banda armada, terroristas o rebeldes, en La reforma penal y procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión, Comentarios a la legislación penal", en *Revista de Derecho Público*, t. xi, Madrid.

Romedal Moraleda, Antonio

1993 *Tráfico y consumo de drogas, aspectos penales y médico-forenses*, Granada: Comares.

Rosas Castañeda, Juan Antonio

2014 "Instrumentos internacionales en materia de lavado de activos y obligación de armonización de la legislación interna", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, n.° 63, Lima: setiembre.

2015 "El bien jurídico tutelado y la naturaleza jurídica de los delitos de tráfico ilícito de drogas", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, n.° 72, Lima.

2018 "Examen dogmático del delito de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas mediante actos de fabricación o tráfico ilícito", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, n.° 104, Lima.

Rosas Oliva, Juan Ignacio

2015 *La participación en una organización delictiva como tipo penal autónomo. Una aproximación a su injusto y tipificación en España*, tesis para optar el grado de doctor, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

Roxin, Claus

1997 *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. i, traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid: Civitas.

2013 *Sistema del hecho punible I. Acción e imputación objetiva*, Buenos Aires: Hammurabi.

Ruiz Delgado, Fernando

2009 "El delito de tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la Ley 20000", en *Política Criminal*, vol. 4, n.° 8.

Saavedra Rojas, Édgar

1991 "La política criminal del narcotráfico como consecuencia de la Convención de Viena de 1988", en Saavedra Rojas, Édgar y Rosa del Olmo (coords.), *La Convención de Viena y el Narcotráfico*, Bogotá: Temis.

Salazar, Rolando

2015 "Narcotráfico", en Cedro, *El problema de las drogas en el Perú 2015*, Lima, Cedro.

Salinas Siccha, Ramiro

"Delitos contra la administración pública: la teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana". Recuperado de <https://bit.ly/1HG7e0r>.

Salinas, José María

2016 "El terrorismo y el financiamiento al terrorismo. Su tratamiento en la Argentina", en *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid: Ramón Areces.

San Martín Castro, César

2003 *Derecho procesal penal*, t. II. Lima: Grijley.

2008 "Constitución, Tribunal Constitucional y derecho penal nacional", en *Revista Oficial del Poder Judicial*, n.° 2, vol. 1, Lima.

Sánchez Gil, David

2016 *La casuística en el delito de tráfico ilícito de drogas*, tesis para optar el título de abogado, Salamanca: Universidad de Salamanca.

Sánchez Tomás, José Miguel

2002 *Derecho de las drogas y los drogodependientes*, Madrid: FAD.

Sánchez-Ostiz, Pablo, Elena Íñigo, y Eduardo Ruiz de Erenchun

"Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal". Recuperado de <https://bit.ly/2RnCwbS>.

Santana Vega, Dulce María

2000 *La protección de los bienes colectivos*, Madrid: Dykinson.

Santos, B. I. Pérez

"Dispensación de medicamentos de especial control". Recuperado de <https://bit.ly/2BGQGNt>.

Schiray, Michel

2011 "Introducción: tráfico de drogas, organizaciones delictivas y políticas públicas de fiscalización", en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, n.° 169, septiembre.

Schroeder, Friedrich-Christian

2004 "La posesión como hecho punible", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 14.

Schüneman Bernard

1996 *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, traducido por Manuel Cancio Meliá, Bogotá: Universidad Externado.

Sequeros Sazatornil, Fernando

2000 *El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial*, Madrid: La Ley.

Serra Do, Manuel

1969 *Estudios de derecho procesal*. Barcelona: Ariel.

Sesano Goenaga, Javier Camilo

2002 "La protección penal del medio ambiente. Peculiaridades de su tratamiento jurídico", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.° 04-11.

Silva Sánchez, Jesús María

1998 "¿Política Criminal 'moderna'? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español", en *Actualidad Penal* n.° 1.

1999 *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas.

2005 "¿'Pertenencia' o 'intervención'? del delito de 'pertenencia a una organización criminal' a la figura de la "participación a través de organización" en el delito", en *Lusíada. Direito*.

Soberón Garrido, Ricardo

1994 "Influencia del tema del narcotráfico en el desarrollo del derecho internacional y las relaciones internacionales", en *Agenda Internacional*, n.° 2, vol. 1, Lima.

2007 "El narcotráfico en el Perú y la ausencia de políticas de Estado", en *Un año sin rumbo*, Lima: Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo.

"La construcción de un corredor geográfico en torno a la cocaína del sur". Recuperado de <https://bit.ly/2PBnIB7>.

Soto Navarro, Susana

2003 *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada: Comares.

Soto Nieto, Francisco

1989 *El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito* de contrabando, Madrid: Trivium.

Sproviero, Juan Horacio

2012 *Delito de narcotráfico y lavado de activos*, Buenos Aires: Jurídica.

Stöckli, Gabriela

2014 "Narcotráfico en el Perú: ¿lucha contextualizada o contexto en lucha?", *La Colmena*, n.° 4.

Suárez López, Carlos Alberto

2010 "Aproximación a la problemática de la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales: un estudio de Derecho comparado", en *RAI*, n.° 2.

Suárez López, José María

2003 "El tráfico de precursores", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.° 5. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-02.pdf>.

Suy Hernández, Blanca Celia

1991 "Los elementos normativos y el error", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n.° 41.

Tamayo Patiño, Francisco Javier

2012 "Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano. Aproximaciones a una fundamentación", en *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 8, n.° 79.

Tapia Ballesteros, Patricia

2017 "La corrupción en centros penitenciarios: tráfico de drogas con participación de funcionario público", en *La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal*, Granada: Comares.

Terradillos Basoco, Juan

1981 "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.° 63, Madrid.

Tickner, Arlene y Carolina Cepeda

2011 "Las drogas ilícitas en la relación Colombia-Estados Unidos: balance y perspectivas", en Gaviria Uribe, Alejandro y Daniel Mejía Londoño (compiladores), *Políticas antidrogas en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*, Bogotá: Universidad de los Andes.

Tocora López, Fernando

"Constituciones liberales y despenalizacion del consumo de drogas". Recuperado de <https://bit.ly/2R6PF92>.

Tokatlian, Juan Gabriel

2017 *Qué hacer con las drogas. Una mirada progresista sobre un tema habitualmente abordado desde el oportunismo político y los intereses creados*, Buenos Aires: Siglo veintiuno.

Torres, Juan Manuel

"Criminalidad organizada en el Perú: narcotráfico, corrupción y otros delitos". Recuperado de <https://bit.ly/2P9SF2t>.

2013 *Cuatro caminos un comienzo. Cometarios al informe "El problema de las drogas en las Américas-2013" de la Organización de Estados Americanos*, Lima: Centro de Investigación Drogas y Derechos Humanos.

Transnational Institute

2002 "Drogas. Polarización y parálisis en la ONU. Superando el impasse", en *Drogas y conflicto, documento de debate*, n.° 5.

Universidad Nacional Autónoma de México

"Fase capitalista del opio: la mercancía en el Siglo XIX". Recuperado de <https://bit.ly/2CoK4Cm>.

UNODC

Resumen ejecutivo, informe mundial sobre las drogas 2013. Recuperado de <https://bit.ly/2EGAqxI>.

2013 *World drug report*, Nueva York: Naciones Unidas.

Uprimny, Rodrigo, Sergio Chaparro y Luis Felipe Cruz

2017 "La regulación de las drogas ilícitas reducir los daños de las políticas para contener los posibles daños de las sustancias", en Ambos, Kai, Ezequiel Malarino, y Marie Fuchs, (eds.), *Drogas ilícitas y narcotráfico. Nuevos desarrollos en América Latina*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.

URQUIZO OLAECHEA, José

2010 *Código Penal*, t. I, Lima: Idemsa.

VALLE MUÑIZ, José Manuel, Oscar MORALES GARCÍA

1997 "Artículo 368", en QUINTERO OLIVEROS, Gonzalo (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona: Arazandi.

VILLA STEIN, Javier

2014 *Derecho penal. Parte general*, Lima: Ara.

VILLAVICENCIO TERRERO, Felipe

2006 *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley.

2007 *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley.

2010 *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley.

VILLENA CABRERA, Mercedes

1997 *El uso de la hoja de coca y la salud pública*, La Paz: Instituto Boliviano de Biología de Altura.

VIRGLIONI, Julio E. S.

2004 *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Buenos Aires: Del Puerto.

VIVES ANTÓN, Tomás

1987 "Presupuestos constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes", en AA. VV., *Problemática jurídica y psicosocial de las drogas*, Valencia: Generalitat Valenciana.

WELZEL, Hans

1979 *Derecho penal alemán. Parte general*, 11.ª ed., Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

WESSELS, Johannes

1980 *Derecho penal parte general*, Buenos Aires: Depalma.

Wolffhügel Gutiérrez, Christian

2009 "La responsabilidad penal del mando o cabecillas de organizaciones criminales. Coautoría material impropia, empresa criminal y asociación ilícita. Se reitera doctrina", en *Cuadernos de derecho penal*, n.° 2.

Wolter, Junther

1999 "Las causas constitucionales de exclusión del tipo del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad", en AA. VV., *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid: McGraw-Hill.

Zuñiga Morales, Sandra Eugenia

2004 "Cuando las normas penales en blanco vulneran el principio de legalidad", en *Revista de Derecho*, n.° 8, 2004.

Zúñiga Rodríguez, Laura

2009 *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada: Comares.

2012 "Narcos ahora 'fabrican' sus propios insumos para elaborar cocaína", en *LaRepública*. Recuperado de <https://bit.ly/2GIDFFS>.

2016 "Así el narcotráfico burla el control de los insumos químicos", en *El Comercio*. Recuperado de <https://bit.ly/2Ak3pCH>.

"La ONU alarmada por la proliferación de nuevas sustancias psicoactivas". Recuperado de <https://bit.ly/2RbVDkB>.

Publicado: Junio 2019

Este libro se terminó de imprimir
en Junio del 2019 en los
talleres gráficos de
Pacífico Editores SAC
Jr. Castrovirreyna N.º 224 - Breña
Telefax: 332-6117 / Central: 330-3642
Lima-Perú