



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

Manual Auto Instructivo

CURSO “TRAFICO ILICITO DE DROGAS”

Elaborado por

Dr. LUIS FERNANDO ALBERTO IBERICO CASTAÑEDA

2016

Academia de la Magistratura

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado peruano, que tiene como finalidad la formación de aspirantes a la magistratura y el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, certificación y acreditación de los magistrados del Perú.

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Dr. Josué Pariona Pastrana
Presidente del Consejo Directivo

Dr. Sergio Iván Noguera Ramos
Vice- Presidente del Consejo Directivo

Dr. Javier Arévalo Vela – Consejero

Dr. Ramiro Eduardo de Valdivia Cano – Consejero

Dr. Tomás Aladino Gálvez Villegas – Consejero

Dr. Pedro Gonzalo Chavarry Vallejos – Consejero

Dr. Richard Alexander Villavicencio Saldaña - Consejero

Dra. Cecilia Cedrón Delgado - Director General

Dr. Bruno Novoa Campos - Director Académico

El presente material del Curso "TRAFICO ILICITO DE DROGAS", ha sido elaborado por el Dr. LUIS FERNANDO ALBERTO IBERICO CASTAÑEDA para la Academia de la Magistratura, en junio del 2015.

**PROHIBIDA SU REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL SIN AUTORIZACION
LIMA – PERÚ**

Introducción¹

El tráfico ilícito de drogas en el Perú, es un fenómeno presente en nuestra realidad desde ya hace bastantes años, habiendo el Perú, pasado de ser un país eminentemente productor de materia prima, sobre todo de hoja de coca, siendo lamentablemente desde el año 2012, el mayor productor de coca del mundo al haber desplazado a Colombia en dicho ranking², a convertirse en elaborador de drogas prohibidas ya manufacturadas, como pasta básica de cocaína o clorhidrato de cocaína, y por ende uno de los principales exportadores de dichos productos. A punto tal que en setiembre de 2014, en una comunicación remitida por el Presidente de los estados Unidos Barack Obama al Congreso de su país, incluyó al Perú en la lista de los 22 principales países en producción o tráfico mundial de drogas³.

Una de las principales zonas en el país donde se cultiva hoja de coca, para fines delictivos, es la denominada zona del VRAEM (Valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro) de la cual salen casi la mitad de las 300 toneladas de Cocaína, que según la Organización de las Naciones Unidas, sería la producción anual de dicha sustancia en el Perú⁴. Sin

¹ Un reconocimiento al señor Favio Ruesta Otoya, por su apoyo en la elaboración de este material.

² Informe 2011 de la Drug Enforcement Administration (DEA)

³ Puede revisarse la edición del 15 de septiembre de 2014 del Diario Gestión.

⁴ Para el año 2011, según la ONUDD, el VRAE tenía el 32% nacional de las hectáreas de cultivo de hojas de coca. Fuente Perú Monitoreo de Cultivos de Coca.

embargo es de precisar que según datos del Instituto nacional de Estadística e Informática (INEI) en el año 2013 las regiones donde se realizó los mayores decomisos de drogas prohibidas fueron Lima y Piura⁵. Es importante precisar que según datos de la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el delito (ONUDD) el área de cultivo de coca en nuestro país sería de alrededor de 49,800 hectáreas (para el 2013)

La producción nacional de cocaína ha tenido como principales destinos a Estados Unidos y Europa (básicamente a través del Puerto de Rotterdam en Holanda) sin embargo en los últimos años el mercado brasileño se ha convertido en uno de los principales receptores de estos ilícitos productos, para lo cual se estaría utilizando avionetas que aprovechan la extensa y casi deshabitada frontera con dicho país (es de precisar que se considera a Brasil como el segundo consumidor de cocaína en el mundo después de Estados Unidos, y en cuanto a preciso se estima que el kilogramo de cocaína en el lado peruano asciende a US\$ 1,500.00, mientras que la misma cantidad ya en la ciudad de Manaos en Brasil puede costar US\$ 10,000.00).

Así en el mes de mayo del año pasado, se realizó un operativo conjunto entre la DIRANDRO del Perú con la Policía Federal del Brasil, en la zona denominada trapecio amazónica (zona de confluencia de las fronteras entre Perú, Colombia y el Brasil) así como en la región Ucayali, lográndose incautar 578 kilos de cocaína que tenían como destino las principales ciudades brasileñas donde se venía desarrollando el campeonato mundial de futbol, así mismo se logró incautar mas de 435 kilos de insumos químicos utilizados en la elaboración de dicha droga prohibida⁶.

⁵ www.inei.gob.pe/estadísticas/indice-tematico/drug-dealing

⁶ Puede revisarse Edición Digital del 29 de mayo del 2014 del Diario La República.

Se estima que la principal vía para exportar la cocaína producida en el país es la marítima, con menor incidencia la aérea, y justamente en esta última, suelen utilizarse a los denominadas "mulas" o "burriers" que son personas de procedencia nacional o extranjera que a cambio de una retribución económica se prestan para transportar drogas prohibidas ya sea adheridas a su propio cuerpo o camuflada en su equipaje. Se estima que en primer trimestre del año 2014, se intervinieron en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, cerca de 65 "burriers", de los cuales 46 eran de procedencia extranjera, principalmente mexicanos⁷.

Esta lamentable realidad que viene ocurriendo en nuestro país, ha generado el interés cada vez mayor de organizaciones internacionales dedicadas al comercio ilegal de drogas prohibidas, los denominados "carteles", quienes buscan captar o monopolizar el tráfico de la cocaína de procedencia peruana para su posterior comercialización en países consumidores de dichas sustancias, generando verdaderas redes delictivas que se especializan en la ejecución de los diferentes estratos articulados de producción y comercialización de drogas prohibidas, que implica el fomento del cultivo de hojas de coca para fines ilícitos, la consecución y transporte de insumos químicos a las zonas de elaboración de cocaína, la producción química de la cocaína, el acopio de dicha mercadería, el traslado a los principales puntos desde los cuales se realiza la exportación ilegal, entre otras. Actividades todas ellas que generan, colateralmente, la incidencia de otras conductas ilícitas como el sicariato, el narcoterrorismo, la prostitución y trata de personas, el lavado de activos, la corrupción de funcionarios y la contaminación ambiental, por mencionar algunas.

Todo ello, qué duda cabe ha generado que el tráfico ilícito de drogas se

⁷ Puede revisarse edición digital del 3 de mayo de 2014 del Diario el Comercio.

contextualice en un fenómeno mayor, denominado criminalidad organizada, que se convierte en un verdadero reto para el Estado, ya que sus actividades no sólo implican la afectación de los bienes jurídicos directamente protegidos por las conductas tipificadas como delitos, sino que implican la afectación a la institucionalidad propia del Estado, quien conforme lo establece el artículo 44 de nuestra constitución política, tiene la obligación de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad.

Frente a ello, desde una perspectiva de política criminal, el Estado desarrolla diferentes estrategias dirigidas a combatir dichas conductas ilícitas, así en nuestro país existe la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas - DEVIDA, que es un Organismo Público Ejecutor, adscrito al sector de la Presidencia del Consejo de Ministros, y que es el encargado de diseñar y conducir la Estrategia nacional de Lucha contra las Drogas y constituirse en la contraparte nacional para todos los fondos de cooperación internacional destinados a la lucha contra las drogas⁸.

Según la "Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas" 2012 - 2016, presentado por DEVIDA en el año 2012, y aprobado por Decreto Supremo N° 033-2012-PCM, se señala que la referida estrategia persigue reducir drásticamente y sosteniblemente el tráfico ilícito y el consumo de drogas, y sus negativos efectos sociales, políticos, económicos, culturales y ambientales, incorporando a los productores de cultivos ilegales a la economía lícita.

Según el informe de avance de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2012 - 2016. Primer tramo Fijo, de abril del 2014, se señala que la estrategia antes mencionada se viabiliza a través de 3 ejes principales:

- a. Desarrollo alternativo integral y sostenible.

⁸ www.devida.gob.pe

- b. Interdicción y sanción.
- c. Prevención y rehabilitación del consumo de drogas.

A través del presente manual auto instructivo, pretendemos alcanzar al discentes algunos lineamientos generales sobre la legislación penal sustantiva que tipifica las diversas conductas relacionadas con las actividades del tráfico ilícito de drogas, lo cual se engarza dentro del contexto de interdicción y sanción, que forma parte de la Estrategia Estatal diseñada para enfrentar el fenómeno del tráfico ilícito de drogas.

Antes de abordar la explicación de de cada uno de los tipos penales referidos al tráfico ilícito de drogas, evaluando sus problemas de aplicación jurisdiccional, introduciremos al discente a la vinculación de este tipo de actividad delictual con el crimen organizado, a fin de contextualizar los diferentes niveles de contingencias que ello representa para nuestra sociedad.

Índice

Introducción.....	3
Objetivos.....	11
Unidad 1: LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y EL TRAFICO ILÍCITO DE DROGAS	12
1.1. Presentación de la Unidad 1	
1.2. Introducción	
1.3. Marco Legal	
1.4. La Criminalidad Organizada.	
1.4.1. Concepto	
1.4.2. Características	
1.5. La Mafia. Características	
1.6. El tráfico de productos prohibidos.	
<i>Lecturas para la unidad 1.....</i>	44
Resumen de la unidad 1.....	45
Casos Prácticos para la unidad 1.....	47
Unidad 2: EL ESTADO Y EL DERECHO FRENTE A LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN GENERAL, Y FRENTE AL TRAFICO ILÍCITO DE DROGAS EN PARTICULAR	49
2.1. Presentación de la Unidad 2	
2.2. Introducción	

2.3. El Derecho penal frente a la criminalidad organizada	
2.3.1. Derecho Penal de Tercera Velocidad y Derecho Penal del Enemigo	
2.3.2. Autoría mediata en aparatos organizados de poder	
2.4. Política Criminal contra la criminalidad organizada y la estrategia estatal contra las drogas.	
2.4.1. DEVIDA y la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas	
2.4.2. La Opción Represiva	
2.4.3. La Opción Económica	
Lecturas para la unidad 2.....	97
Resumen de la unidad 2.....	98
Casos Prácticos para la unidad 2.....	101
Unidad 3: EL TIPO BASE DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS	105
3.1. Presentación de la Unidad 3	
3.2. Introducción.	
3.3. Descripción legal y Bien Jurídico Tutelado.	
3.4. Objeto Material del Delito.	
3.5. Comportamientos típicos	
3.6. Tipo Subjetivo	
3.7. Comercialización y cultivo de amapola y marihuana. Siembra compulsiva	
3.8. Tráfico Ilícito de insumos químicos	
Resumen de la unidad 3.....	161
Lecturas para la unidad 3.....	165
Casos Prácticos para la unidad 3.....	166
Unidad 4: FORMAS AGRAVADAS Y OTRAS NORMAS PENALES	169
4.1. Presentación de la Unidad 4	
4.2. Introducción.	
4.3. Abuso del ejercicio de la función pública	
4.4. Por la calidad del agente	

- 4.5. Por el lugar de comisión
- 4.6. Por la intervención de menores de edad
- 4.7. Por la pluralidad de agentes
- 4.8. Por la cantidad excesiva de droga objeto de comercialización
- 4.9. La comercialización, producción y uso de insumos químicos en pequeña escala.
- 4.10. Posesión no punible
- 4.11. Facilitamiento indebido de medicamentos controlados por parte de profesionales de la salud.
- 4.12. Facilitamiento del consumo de drogas prohibidas sin la voluntad o contra La voluntad del consumidor final.
- 4.13. Instigación al consumo de drogas prohibidas.

Lecturas para la Unidad 4.....	219
Casos Prácticos para la Unidad 4.....	220

Objetivos

El Curso sobre tráfico ilícito de drogas se enfoca al logro de los siguientes objetivos de aprendizaje:

Objetivo general:

- Que el discente cuente con las herramientas necesarias que le permitan conocer los principales problemas aplicativos de la normatividad penal sustantiva sobre tráfico ilícito de drogas

Objetivos específicos:

- Brindar al discente los elementos básicos para comprender el concepto de criminalidad organizada, sus características y su relación con el tráfico ilícito de drogas.
- Aproximar al discente a los lineamientos generales de la estrategia estatal diseñada para luchar contra el tráfico ilícito de drogas, con énfasis en la instrumentalización de la represión y sanción penal.
- El discente deberá manejar adecuadamente los criterios típicos de la forma base del delito de tráfico ilícito de drogas.
- Conseguir que el discente distinga las particularidades específicas de cada uno de los criterios utilizados por el legislador penal, para diseñar los tipos agravados de tráfico ilícito de drogas, a partir de un análisis jurisprudencial.
- Obtener que el discente logre un adecuado manejo de las exigencias típicas establecidas por el legislador penal respecto a la aplicación de las demás normas penales que forman parte del capítulo sobre tráfico ilícito de drogas, como la comercialización, producción o uso de insumos químicos en mínimas cantidades.

UNIDAD I

LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS



Unidad 1 **LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS****Presentación de la unidad 1.**

La presente unidad temática trata acerca del concepto y características del fenómeno de la criminalidad organizada y la vinculación del tráfico ilícito de drogas con el mismo, así como las respuestas que la dogmática penal ha venido brindando a efectos de evitar la impunidad de dichas conductas y su más eficiente combate normativo.

**Preguntas guía para el estudio de la unidad 1**

1. ¿Cuáles son las características de la criminalidad organizada?
2. ¿Cuáles son las notas características de las mafias tradicionales, como manifestaciones de la criminalidad organizada?
3. ¿Cuáles son los elementos que explican que grupos, bajo la modalidad de criminalidad organizada, se dediquen al tráfico de productos ilícitos?

1.1. Introducción.

Uno de los efectos negativos de la globalización que viene desarrollándose en nuestro planeta desde fines del siglo pasado, es la incursión de las actividades criminales a escalas transnacionales, incursión que se ha materializado a través de organizaciones, que casi con el símil de empresas, han diseñado verdaderas estructuras funcionales, con organizaciones jerarquizadas y con reparto de funciones, todas las cuales tiene una finalidad lucrativa, que tratan de satisfacer a

través de la ejecución de conductas que buscan proveer de bienes o servicios prohibidos o ilícitos, sin importar para ello con recurrir al uso de la violencia. Este tipo han tenido, a nivel organizativo, sus orígenes en las estructuradas mafias italianas o asiáticas.



Siendo las drogas prohibidas uno de los principales bienes de consumo requerido (dentro del contexto del mercado ilegal de bienes y servicios como el de armas, o de piratería informática, por ejemplo), y que generan ingentes ganancias indebidas, estas se han convertido en uno de los principales objetos de tráfico ilícito a escala mundial, y por ende, objeto de las actividades de la delincuencia organizada.

Sin embargo ello, qué duda cabe viene generando no sólo daños a la salud pública, sino también a la seguridad ciudadana e incluso a la institucionalidad del Estado.

Frente a ello la dogmática penal ofrece una serie de mecanismos, que buscan generar eficiencia en la implementación punitiva de la política

criminal de los Estados, por lo que resulta necesario evaluar la aplicabilidad jurisdiccional de los mismos.



1.2. Marco Legal.

- Convención contra la delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 15 de noviembre de 2000, ratificada por el Perú mediante Decreto Supremo N° 88-2001-RE, publicado en el Diario Oficial El Peruano del 20.11.01, vigente a partir del 29.09.03. Así como sus protocolos sobre:
 - Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.
 - Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.
 - Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas, componentes y municiones.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Convención de Mérida), adoptada por Asamblea General del 31 de octubre de 2003.

- Ley N° 30076
- Ley N° 30077

1.3. Desarrollo de Contenidos.

1.3.1. CONCEPTO DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Mediante Resolución N° 53/111 de fecha 9 de diciembre de 1998, la Asamblea General de las Naciones Unidas acordó conformar un comité especial integrado por representantes de países a fin de que elaboraran un proyecto de Convención que delineara los objetivos de lucha contra la delincuencia organizada transnacional. Del mismo modo se le encomendó a dicho Comité evaluar la posibilidad de generar documentos específicos relacionados con la lucha contra la trata de personas, el tráfico ilegal de armas así como el transporte ilícito de migrantes.



Posteriormente, mediante Resolución N° 54/126, del 17 de diciembre de 1999, la Asamblea general de las Naciones Unidas, instó al referido comité a fin de que culminara con la elaboración de la citada Convención en el año 2000, así mismo se aceptó la propuesta del gobierno italiano para constituir

a la ciudad de Palermo en la anfitriona de la Conferencia en la cual se aprobará el texto de la Convención que se estaba preparando, siendo relevante precisar que dicha ciudad resultaba ser una sede emblemática en materia de criminalidad organizada, si tenemos en cuenta que es la capital de la isla de Sicilia, y sede de la mafia Italiana o *Cosa Nostra*, como se denominaba en Estados Unidos.

Finalmente mediante Resolución N° 55/25 del 15 de noviembre de 2000, la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprueba la **Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional** (en adelante la Convención), cuyo propósito, tal como se menciona en su artículo primero es promover la cooperación para prevenir y combatir eficazmente la delincuencia organizada transnacional.

En el literal a) del artículo 2° de la Convención se esboza una primera definición de Criminalidad Organizada señalando: “Para los fines de la presente Convención se entenderá por “Grupo delictivo organizado”, a un grupo estructurado de tres 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 indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Como puede apreciarse, y tal como desarrollaremos en el siguiente ítem, en esta definición la Asamblea General de las Naciones Unidas, esboza las características esenciales para poder calificar a las acciones de un grupo delictivo como “criminalidad organizada”. Así menciona la pluralidad de sujetos, la idea de organización estructurada, es decir con reparto funcional y jerárquico, el conjunto de actividades desarrollada vinculadas a la comisión de ilícitos penales graves, el espíritu de permanencia, quiere decir

que son organizaciones con actividades que se perpetúan en el tiempo y no meras confluencias de voluntades para actos concretos; y el fin de lucro como objetivo de dicho accionar, es decir que las acciones delictivas de dicho grupo se incardinan bajo la idea de enriquecimiento. Es en ese sentido que algunos autores denominan a la criminalidad organizada como verdaderas empresas, que se diferencian de dicho fenómeno económico, principalmente, en su objeto, ya que no se dedican a ofrecer bienes o servicios lícitos sino que los mismos tienen, en general la calidad de prohibidos, y por ende su comercialización, se realiza al margen del ordenamiento jurídico, lo que puede resumirse en que las organizaciones criminales organizadas persiguen el éxito económico a través de la comisión de delitos.

En esa línea de ideas debe quedar claro que la existencia de la criminalidad organizada solo se explica en la medida de que existan mercados que demanden los productos o servicios prohibidos ofertados por dichas organizaciones. Es en esa medida que el tráfico de drogas resulta una actividad criminal íntimamente vinculada a la criminalidad organizada, porque finamente las drogas prohibidas constituyen productos que tiene una fuerte demanda, y al existir demanda inmediatamente se van a formar grupos que busquen satisfacer la misma, sin importar los efectos lesivos de tales comportamientos. Es por ello que cualquier estrategia dirigida a combatir la criminalidad organizada no puede avocarse únicamente a perseguir a los proveedores, sino tiene que buscar eliminar la demanda.

CRIMEN ORGANIZADO



Por su parte el artículo 2° de la Ley 30077, establece que se considera organización criminal a cualquier 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, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley, en el cual se incluyen como delitos graves a los siguientes:

- a. Homicidio calificado-asesinato, de conformidad con el artículo 108 del Código Penal.
- b. Secuestro, tipificado en el artículo 152 del Código Penal.
- c. Trata de personas, tipificado en el artículo 153 del Código Penal.
- d. Violación del secreto de las comunicaciones, en la modalidad delictiva tipificada en el artículo 162 del Código Penal.

- e. Delitos contra el patrimonio, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 186, 189, 195, 196-A y 197 del Código Penal.
- f. Pornografía infantil, tipificado en el artículo 183- A del Código Penal.
- g. Extorsión, tipificado en el artículo 200 del Código Penal.
- h. Usurpación, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 202 y 204 del Código Penal.
- i. Delitos informáticos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 207-B y 207-C del Código Penal.
- j. Delito contra la propiedad industrial, tipificado en el artículo 222 del Código Penal.
- k. Delitos monetarios, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 252, 253 y 254 del Código Penal.
- l. Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos y demás delitos tipificados en los artículos 279, 279-A, 279-B, 279-C y 279-D del Código Penal.
- m. Delitos contra la salud pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 294-A y 294- B del Código Penal.
- n. Tráfico ilícito de drogas, en sus diversas modalidades previstas en la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal.
- o. Delito de tráfico ilícito de migrantes, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 303-A y 303-B del Código Penal.
- p. Delitos ambientales, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 310-A, 310- B y 310-C del Código Penal.
- q. Delito de marcaje o reglaje, previsto en el artículo 317-A del Código Penal.
- r. Genocidio, desaparición forzada y tortura, tipificados en los artículos 319, 320 y 321 del Código Penal, respectivamente.

- s. Delitos contra la administración pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal.
- t. Delito de falsificación de documentos, tipificado en el primer párrafo del artículo 427 del Código Penal.
- u. Lavado de activos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado.

Como puede apreciarse en líneas generales la legislación nacional adopta un concepto similar al esbozado por la Convención, sin embargo es de anotar que no recoge el elemento relacionado al fin o ánimo de lucro, que es esencial para tipificar a la criminalidad organizada, ya que la perpetración de los ilícitos mencionados sólo buscan el enriquecimiento de los miembros de la organización..

Por su parte Prado Saldarriaga señala que la Criminalidad Organizada comprende toda la actividad delictiva que ejecuta una organización con estructura jerárquica o flexible, que se dedica de manera continua al comercio de bienes o a la oferta de medios y servicios que están legalmente restringidos, que tienen un expendio fiscalizado o que se encuentran totalmente prohibidos, pero para los cuales existe una demanda social potencial o activa. Se expresa en una dinámica funcional permanente orientada al abuso o a la búsqueda de posiciones de poder político, económico o tecnológico⁹. Por su parte Castillo Alva enfatiza que la organización criminal requiere de estabilidad y permanencia en el tiempo, una estructura de división de funciones y la imposición de un sistema de

⁹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Criminalidad Organizada. IDEMSA. Lima, 2006. P. 44

reglas de naturaleza disciplinarias que marcan las relaciones de sus integrantes¹⁰

Suele confundirse el concepto de criminalidad organizada con la descripción del ilícito penal de asociación para delinquir, al respecto debemos precisar que existe diferencia entre ambos, y a fin de determinar la misma es pertinente contar con la definición típica del delito citado, así el artículo 317 del Código Penal describe el delito de asociación para delinquir de la siguiente manera:

El que constituya, promueva o integre una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multas e inhabilitación conforme a los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36, imponiéndose además, de ser el caso, las consecuencias accesorias previstas en los incisos 2 y 4 del artículo 105, debiéndose dictar las medidas cautelares que correspondan, en los siguientes casos:

a) Cuando la organización esté destinada a cometer los delitos previstos en los artículos 106, 108, 116, 152, 153, 162, 183-A, 186, 188, 189, 195, 200, 202, 204, 207-B, 207-C, 222, 252, 253, 254, 279, 279-A, 279-B, 279-C, 279-D, 294-A, 294-B, 307-A, 307-B, 307-C, 307-D, 307-E, 310-A, 310-B, 310-C, 317-A, 319, 320, 321, 324, 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400, 401, 427 primer párrafo y en la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal; en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y

¹⁰ CASTILLO ALVA, José Luis. Asociación para delinquir. Editora Jurídica Grijley. Lima, 2005. P. 68 a 69

6 del Decreto Legislativo 1106, de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros actos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado y en la Ley 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, y sus respectivas normas modificatorias.

- b) Cuando el integrante fuera el líder, jefe o dirigente de la organización.*
- c) Cuando el agente es quién financia la organización."*

Atendiendo a lo señalado, debemos precisar que la criminalidad organizada es un concepto referido a la forma o manera estructurada de cometer delitos graves, en cambio la asociación ilícita es un delito autónomo que cuenta con su propia descripción, en el que adquiere relevancia el solo hecho de formar parte de la organización sin llegar a materializar los planes delictivos.¹¹

1.3.2. CARACTERÍSTICAS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

a. Pluralidad Subjetiva.

Como hemos señalado la criminalidad organizada implica una cuasi traslación de criterios empresariales utilizados indebidamente para obtener beneficios patrimoniales a través de la comisión de delitos. En esa línea de ideas su conformación subjetiva evidentemente tiene que ser plural, de tres a más personas, según las opciones legislativas citadas. En ese sentido estamos frente a un **colectivo**, que no es otra

¹¹ Puede revisarse presentación power point de Dr. FALLA ROSADO, Miguel. Análisis normas criminalidad organizada. Análisis de las Leyes N° 30076 y 30077 - Ley contra el crimen organizado. www.minjus.gob.pe/defensapublica/contenido/actividades/docs/285_20_analisis_normas_criminalidad_organizada_dr_falla.pdf

cosa que una agrupación de individuos.

b. Permanencia y Estabilidad.

Como bien señala Prado Saldarriaga, se trata de la característica que mejor reproduce la imagen material del potencial criminógeno de la delincuencia organizada. La permanencia indica, pues, que la fundación y vigencia operativa de los grupos criminales de los grupos criminales es por su propia naturaleza indefinida¹². Pero además

c. Organización: estructura y jerarquía

El Colectivo se halla organizado a través de una estructura jerarquizada con rangos definidos y con división funcional establecida. Esta estructura organizativa puede ser rígida o flexible, incluso consideramos que pueden presentarse supuestos de tercerización funcional, es decir que de acuerdo a un plan determinado, se considere que una labor específica que debe realizarse en la ejecución del plan pueda ser encargado a un grupo o persona ajena a la organización debido a su especialidad en dicha labor. Dentro de este contexto resulta importante tener en consideración que la preponderancia de los integrantes de la organización criminal no está dada por la importancia o no de la función realizada, sino por el nivel jerárquico que desempeña y por ende en la capacidad de poder establecer las directivas y planes de la organización.

¹² PRADO SALDARRIAGA, V. Op. Cit. P. 45

Hay que tener en consideración que al igual que en las empresas legales, la criminalidad organizada puede presentar niveles de integración vertical es decir que el mismo colectivo se dedique a las diferentes actividades necesarias para ofertar finalmente el producto o servicio al que se dedican, así por ejemplo puede ocurrir que un cartel de la droga, tenga sus propias plantaciones de hoja de coca, sus propios laboratorios, sus propios medios de transporte, su propia red de comercialización local e internacional. Este tipo de estructuras de integración vertical, es propia de las empresas que buscan maximizar utilidades y obtener un producto final de calidad que sea el resultado de la sinergia de cada uno de sus componentes, evidentemente este es un fenómeno muy extraño a nivel de organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas, donde lo más común es verificar la existencia de colectivos especializados en cada etapa de la elaboración del producto final, así en el tema del tráfico ilícito de drogas, la producción de la materia prima está a cargo de pequeños agricultores, la provisión de insumos químicos fiscalizados, a cargo de otro colectivo, el acopio a nivel de intermediación a cargo de otro grupo, luego podemos verificar la presencia del traficante que centraliza la producción local de cara a lograr su exportación clandestina, actividad en la cual otro grupo se dedica a camuflar la droga ya sea en puertos o aeropuertos o fronteras terrestres; etc.



Ya a nivel de actividades específicas de la cadena de producción y comercialización pueden presentarse fenómenos de integración horizontal, es decir en donde el mismo comercializador, utiliza diferentes grupos adscritos a él, para satisfacer diferentes canales de consumidores; así utilizará un personal específico para atender a los consumidores de recursos económicos altos y que exijan drogas sintéticas; y a otro personal para atender a consumidores de barrios marginales, que demandan pasta básica de cocaína o marihuana.

d. Adaptabilidad

La criminalidad organizada no sólo implica la existencia de un colectivo estructurado y jerarquizado, con espíritu de permanencia y estabilidad, sino que además esta permanencia no es estática, sino que por el contrario las practicas desarrolladas van adaptándose de acuerdo al cambio de variables externas como pueden ser la acción de las autoridades, el precio internacional de los bienes prohibidos, la demanda de los productos ofertados, etc. Es decir se tratan de organizaciones cuya estructura les permite adaptarse a los cambios que pudieran presentarse en el mercado de forma tal de redireccionar sus actividades criminales a otros sectores de producción o comercialización de productos o servicios prohibidos, lo que puede significar que se tratan de colectivos que no tiene como característica esencial, un alto nivel de especialidad, propio de empresas legales.

e. Actividades vinculadas a ilícitos penales graves

Como ya hemos indicado el artículo 3° de la Ley 30077, contiene un catálogo que incluye el conjunto de delitos que pueden ser cometidos a través de organizaciones criminales, lo mismo ocurre con la propia

Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, que además de tener una referencia específica al concepto de "delito grave" (artículo 2° literal b), hace expresa mención a conductas como el blanqueo de dinero, la corrupción; y a nivel de sus protocolos, hace referencia al delito de trata de personas y al tráfico ilícito de migrantes.

Es de precisarse que la ejecución de los denominados "delitos graves" sólo constituye el medio o mecanismo idóneo para obtener beneficios patrimoniales indebidos, no se trata de delitos que se cometen por el delito mismo, sino que buscan a través de ello satisfacer su finalidad de enriquecimiento..

f. Generación de identidad.

Suele ocurrir que los miembros de los colectivos criminales organizados vayan generando vinculaciones subjetivas con el grupo, que los lleve a definir su propia identidad como miembro del grupo, lo cual podría explicarse no sólo por las ventajas económicas a las que accede como fruto de cada actividad ilícita realizada, sino también por los niveles de poder y de "respeto" basado en el temor, que va experimentando.

En la medida que los niveles de la estructura jerárquica vayan generando estos niveles de identidad de sus órganos subordinados, van a ir obteniendo mayores niveles de lealtad y no de mera obediencia.

g. Fin de lucro

Evidentemente se trata de colectivos que adquieren elevados niveles

de organización y estructuración porque persiguen obtener beneficios patrimoniales, a través de la comisión de delitos graves.

Cabría preguntarse que ocurre cuando estos colectivos utilizan su maquinaria delictiva para cometer un delito que no busca satisfacer ningún criterio de enriquecimiento patrimonial, ¿se podría calificar como propia de la criminalidad organizada dicha conducta ilícita?

Del mismo modo consideramos necesario precisar que para determinar si la conducta criminal estuvo dirigida por un fin de lucro, basta que éste sea inmediato respecto al delito cometido, aún cuando exista un fin mediato o posterior que adolezca de contenido patrimonial.

h. Uso de la violencia e infiltración institucional como métodos de intimidación e intocabilidad.

El éxito de los objetivos de enriquecimiento ilícito por parte de los colectivos delictivos, más allá de sus "habilidades empresariales", se basa en el empleo de actos violentos o amenazantes, que deben haberse concretado, como muestra de poder, que genera intimidación y temor para terceros, y que busca evitar la falta de oposición para sus acciones.

Pero como mecanismo para obtener sus fines de enriquecimiento no sólo se halla el empleo de la violencia sino también el de la infiltración, básicamente a través de actos de corrupción que les permite influir en determinadas instituciones gubernamentales encargadas del control, combate y juzgamiento de la delincuencia, de quienes obtienen comportamientos favorables , generándoles un aura de libertad de acción y de impunidad, que intimida y desanima a terceros a enfrentarlos.



Es interesante apreciar que en la sentencia confirmatoria del caso Abimael Guzmán, y respecto de la cual ahondaremos en comentarios al tocar el tema de la autoría mediata, se hace mención a las características propia de un colectivo dedicado a la criminalidad organizada, efectivamente la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en el tercer considerando de la Ejecutoria N° 5385-2006/Lima, de fecha 14 de diciembre de 2007, señala:

"En el marco del funcionamiento de una modalidad de criminalidad organizada, que presenta las siguientes características:

(i) Permanencia 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 funciona 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.

1.3.3. LA MAFIA COMO MANIFESTACIÓN DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA - CARACTERÍSTICAS

Las organizaciones de la mafia, son quizás los primeros colectivos que empezaron a desarrollar actividad criminal de manera organizada, aun que como veremos, la finalidad de lucro perseguida, se buscaba satisfacer a través de la comisión de delitos, pero que se ceñían a criterios y valores que le dan un marco subjetivo que no necesariamente se manifiestan en las estructuras actuales de la criminalidad organizada.

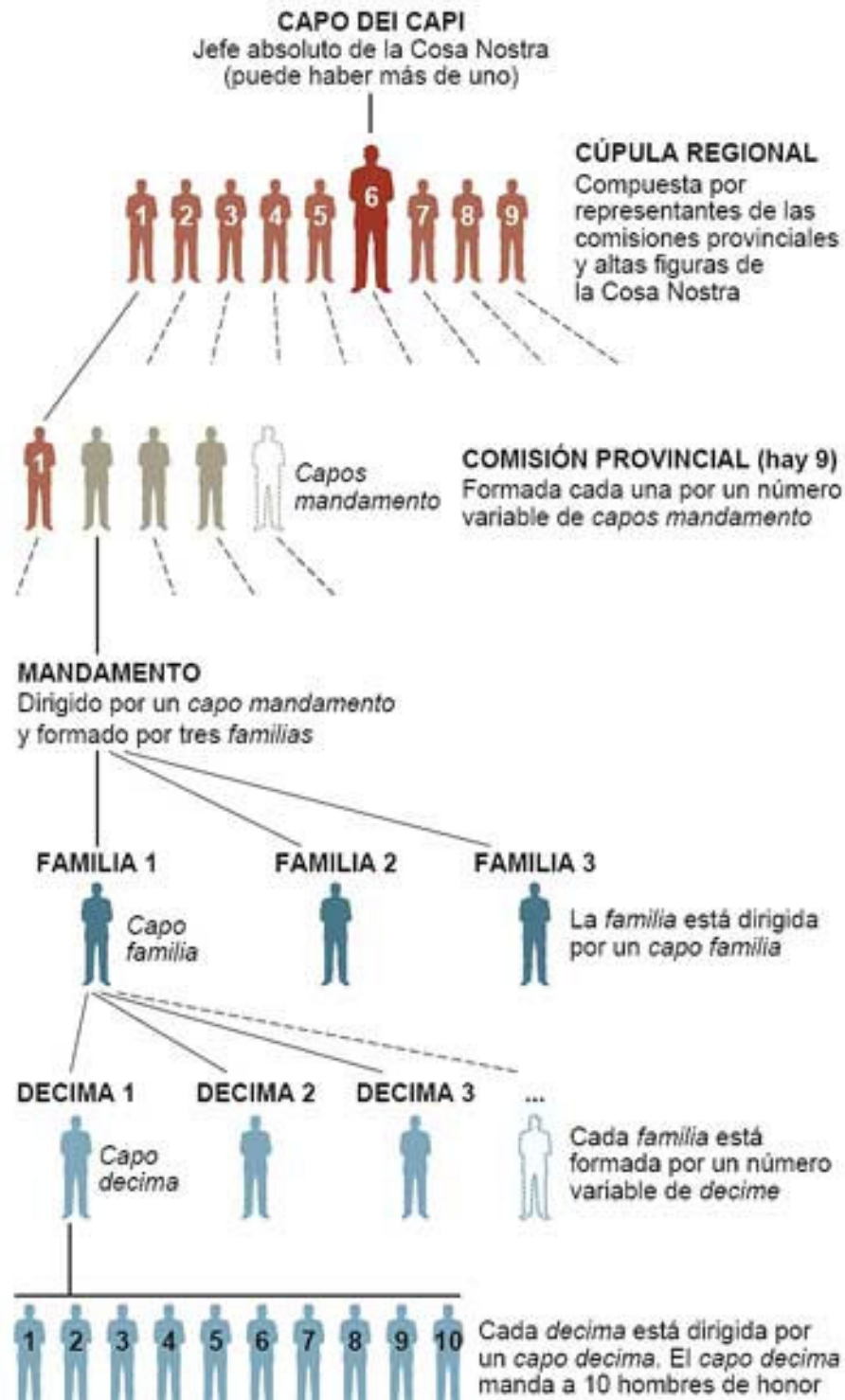
Una de las mafias más conocidas, incluso por su impacto en el cine, es la denominada Mafia Italiana de la isla de Sicilia en Italia, o conocida como la Cosa Nostra, sobre todo por su reflejo ocurrido en los Estados Unidos de América en la primera mitad del Siglo 20.

Esta mafia, probablemente, tuvo su origen en el siglo XIX, cuando la ciudad de Palermo y en general la isla de Sicilia mantenía una estructura social cuasi feudal o de latifundio. En ese contexto las estructuras familiares fueron uniéndose y estructurando organizaciones bajo el mando de una cabeza o Capo, que establecía las acciones que debía realizar dicho colectivo. Este conjunto de familias organizadas jerárquicamente dio lugar a la denominada mafia

Su origen familiar, generó una característica de esta organización, así Dalla'Anese sostiene que la mafia Siciliana tiene un organigrama rígido y una deontología propia. Por esto último los mafiosos se consideran "hombres de honor", personas de palabra que deben cumplir con la ética y los valores internos de la *famiglia*.¹³

¹³ DALLA'ANESE Francisco J. Contra la mafia lecciones aprendidas. P. 4

Estructura jerárquica de la Cosa Nostra, la mafia siciliana



Fuente: Tomado del pais.com

A continuación podemos apreciar, a través de frases proferidas en el film "El Padrino", la trascendencia de la familia en la estructura deontológica de la mafia:

FILM EL PADRINO

Nunca vuelvas a decir lo que piensas a alguien que no sea de la Familia".

"No quiero que se hagan averiguaciones. No quiero actos de venganza. Quiero que arregles una reunión con los jefes de las Cinco Familias. Esta guerra se termina ahora".

Fredo, eres mi hermano mayor y te quiero. Pero nunca vuelvas a tomar partido contra la familia.
Nunca

"Un hombre que no pasa tiempo con su familia nunca puede ser un hombre de verdad".

La mafia, al originarse sobre una estructura familiar, va generando su propia escala de valores, cuya observancia es absolutamente imposible de incumplir para sus miembros, la inobservancia de las reglas deontológicas es castigada de la manera muy severa. Como gente de familia sus acciones dirigidas contra personas, sobre todo autoridades, que se conviertan en escollo para sus actividades, nunca se extiende al contexto familiar de aquel.

Esta escala de valores se va transmitiendo de generación en generación, al ser grupos cerrados, básicamente de vinculación familiar, aun cuando, generan núcleos externos de personas que confluyen en la mafia, aun cuando no les una vínculos de parentesco con el grupo, pero si son depositarios de la confianza del "Capo". Esto explica porque en este tipo de organizaciones la cabeza del clan familiar mafioso es heredado, y cuando existe un extraño (círculo externo) que descolla por sus actividades, se busca incluirlo en el clan familiar a través del matrimonio.

La existencia de la mafia siciliana y su referente de la *cosa nostra* en los Estados Unidos de América, sobre todo en los años 20 y 30 del Siglo 20, dio origen, a nivel de la Criminología de la denominada teoría de las asociaciones diferenciales, teoría que rompe con el paradigma, hasta ese momento en boga, de que las sociedades vivían en consenso y que todos los individuos compartían la misma escala de valores, y por el contrario postula la existencia de sociedades en conflicto donde conviven grupos con diferentes valores y finalidades, las que, en muchos casos, resultan antagónicas, generándose situaciones de enfrentamiento. Una sociedad que ya no es orgánica se encuentra así pulverizada en organizaciones sociales diferenciales, cada una con su propia jerarquía de valores, cada una con su propio código normativo, cada una en potencial conflicto con las otras. Y en cada una de estas áreas culturales diferenciadas, en este pluralismo ecológico, los individuos viven y aprenden, a través de la comunicación social, modelos y esquemas de comportamiento diferentes y en conflicto, como diferentes y en conflicto son las organizaciones sociales. Los teóricos de la asociación diferencial afirman por tanto que una persona llega a ser delincuente cuando las definiciones favorables a la violación de la ley prevalecen sobre las desfavorables. En última instancia todo depende de con qué frecuencia, duración, prioridad e intensidad la persona ha estado en contacto con organizaciones sociales que expresan valores conformes o no a los hechos propios por las normas legales. (...) La criminalidad es simplemente un comportamiento aprendido

a través de la transmisión social de una cultura criminal: este aprendizaje incluye tanto las técnicas del crimen como la específica canalización de motivos, impulsos, racionalizaciones y actitudes. (...) El modelo explicativo de la asociación diferencial lleva así a resaltar el momento organizativo del grupo en que se expresan conductas criminales más que las motivaciones de quienes participan; es por tanto un modelo teórico particularmente idóneo para la investigación sobre el crimen organizado, pero manifiesta su ineptitud en la interpretación de conductas desviadas de tipo individual¹⁴

Como hemos visto la mafia siciliana, tiene un origen estructural familiar y se basa en un real sistema deontológico propio, el cual se va reproduciendo de generación en generación, siendo uno de los principales valores o preceptos de conducta es la *omerta* o ley del silencio, que implica que está terminantemente prohibido hablar con extraños sobre los negocios o las actividades en general del colectivo criminal. El método mafioso es caracterizado por el uso de la fuerza de intimidación del vínculo asociativo. La condición de sujeción de la omerta o "ley del silencio" que de ello deriva. Es así como la Omerta o la sujeción al silencio no representan sino el efecto típico de intimidación mafiosa¹⁵.

Pero además de las características anotadas, podemos apreciar, y ello es aplicable a todos los colectivos mafiosos de Italia, la idea del control territorial, así la *Cosa Nostra* tiene su referente geográfico en Sicilia, la Ndrangheta en Calabria y la Camorra en Campania. Así mismo se tratan de organizaciones, que a través del poder económico que tiene buscan obtener el poder político, incorporándose a

¹⁴ PAVARINI MASSIMO. Control y Dominación. Siglo Veintiuno Editores. México 2008. P. 120-122.

¹⁵ INGROIA, Antonio. Crimen Organizado. En especial el delito asociativo de tipo mafioso como herramienta facilitador de la prueba, en QUINTERO, María Luisa (Coordinadora) Herramientas para combatir la delincuencia organizada. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 2a edición. México 2012. P. 68.

diferentes niveles estatales, y que incluso manifiestan su poder frente a la institucionalidad legal, eliminando funcionarios públicos que pretendan enfrentarlos. Adicionalmente estas organizaciones mafiosas buscan la interacción social, y qué duda cabe, sus actividades tienen un fin de lucro.

Resulta evidente que el modelo mafioso italiano ha servido y sirve de ejemplo para la estructuración de organizaciones criminales a nivel mundial, no olvidemos que los otrora cárteles colombianos de la droga buscaban el control territorial de sus actividades generando incluso que sean conocidos por la ciudad donde operaban (Cali, Medellín, etc.), lo mismo ocurre con los cárteles mexicanos (Sinaloa, Tijuana, etc.). También no debe olvidarse la capacidad de adaptabilidad que han mostrado las mafias italianas, así, la *cosa nostra*, en los años setenta y ochenta adecuaron o condicionaron sus actividades al tráfico ilícito de drogas, dominando el mercado mundial de la heroína, lo que les permitió un desmesurado crecimiento económico.

Sin embargo no debe perderse de vista que el exacerbado apego a una deontología rígida así como a su estructuración familiar, significó vertientes que fueron aprovechados por el Estado para combatir tales colectivos criminales, ya que la estructuración familiar trae problemas no solo de descendencia y herencia, sino también de generación de nuevos objetivos de ataque; y así mismo al tener un marcado sistema de valores, el conocer el mismo brinda un mecanismo eficiente para combatirlos.

En ese mismo sentido es de apreciarse que muchos colectivos mafiosos, cuando centran su estructura organizativa en la idea de un líder inamovible y todopoderoso, son más propensos en desaparecer cuando acontece la muerte o caída de dicho líder, sin mayor capacidad de reorganización, tal como ocurrió con la organización denominada *La Nuova Camorra Organizzata*, que operó fuertemente entre los años 1970 a 1990, teniendo su origen en la región de

Campania en Italia, específicamente en la prisión de Poggioreale en Nápoles. En su momento de apogeo, sus actividades se extendieron no sólo por Italia, sino también a Alemania y Bélgica, llegando a contar con aproximadamente 7 mil miembros. Este colectivo inició su declive con la caída de su líder Raffaele Cutolo, en 1982, quien además fue condenado a cadena perpetua. Siendo aprovechado este declive por la organización *Nueva familia*, encabezada por Michele Zazá, quien había estado vinculado a la Cosa Nostra

MAFIA

- ESTRUCTURA JERARQUICA - FAMILIAR
- DEONTOLOGÍA DISFUNCIONAL



- CONTROL TERRITORIAL
- CONTROL POLÍTICO - ECONÓMICO



- INTERACCION SOCIAL
- FINALIDAD LUCRATIVA Y POLÍTICA



Es por ello que los actuales colectivos de crimen organizado abandonan su estructuración basada en criterios familiares y asumen preceptos de normatividad interna mucho más flexibles, que no permiten a las autoridades presagiar sus comportamientos, así no resulta extraño, que una organización criminal que busca afectar a un funcionario, lo haga afectando a la familia de éste.

Las mafias actuales, como manifestaciones de la criminalidad organizada, buscan

controlar los mercados de los productos prohibidos a cuya comercialización se dediquen, poniendo énfasis en aquellos eslabones de la cadena de producción y/o comercialización más lucrativas. Así por ejemplo los anteriores carteles colombianos, que denominaban el narcotráfico internacional, han venido siendo desplazados, por los carteles mexicanos como el cartel de los Beltrán Leyva, el cartel de Tijuana, el cartel de Juárez y el cartel del Golfo

DOMINIO EN TODO LO ANCHO

Estas organizaciones criminales controlan la mayoría de la producción, transporte y distribución mayorista de las drogas ilícitas que ingresan a Estados Unidos, de acuerdo con el Departamento de Estado.

1 Cartel de Sinaloa

El gran líder del tráfico de drogas hacia EU. Domina el mercado y ha extendido su control en toda la vastedad del territorio de Estados Unidos.

Drogas traficadas

- Cocaína
- Heroína
- Marihuana
- MDMA (Éxtasis)
- Metanfetamina

Regiones de actividad

- Florida
- Grandes Lagos
- Atlántico Medio
- Nueva Inglaterra
- N. York/N. Jersey
- Pacífico
- Sureste
- Suroeste
- Oeste Central



Y EN MÉXICO

El control por los corredores de transporte de las drogas hacia Estados Unidos es el principal motivo de la disputa territorial entre los cárteles mexicanos.



2 Los Zetas

Luego de ser el brazo armado del Cartel del Golfo, extendió su influencia hacia EU.



- Drogas traficadas**
- Cocaína
 - Marihuana

- Regiones de actividad**
- Florida/Caribe
 - Grandes Lagos
 - Sureste
 - Suroeste

3 Cartel del Golfo

Su zona de operaciones en México le permitió traficar en el este de EU.



- Drogas traficadas**
- Cocaína
 - Marihuana

- Regiones de actividad**
- Florida/Caribe
 - Atlántico Medio
 - Nueva Inglaterra
 - N. York/N. Jersey
 - Sureste
 - Suroeste

4 Cartel de Juárez

Después del de Sinaloa, el de mayor influencia en el mercado de EU.



- Drogas traficadas**
- Cocaína
 - Marihuana

- Regiones de actividad**
- Grandes Lagos
 - N. York/N. Jersey
 - Pacífico
 - Sureste
 - Suroeste
 - Oeste Central

5 Cartel de los Beltrán Leyva

Extendió sus operaciones sólo en el sur de Estados Unidos.



- Drogas traficadas**
- Cocaína
 - Heroína
 - Marihuana

- Regiones de actividad**
- Sureste
 - Suroeste

6 La Familia Michoacana

Trafica a EU una gran variedad de drogas, después del Cartel de Sinaloa.



- Drogas traficadas**
- Cocaína
 - Heroína
 - Marihuana
 - Metanfetamina

- Regiones de actividad**
- Sureste
 - Suroeste
 - Grandes Lagos
 - Pacífico
 - Suroeste



EL PROVECHO DEL PRODUCTO

La enorme rentabilidad del negocio del narcotráfico le ha permitido a las organizaciones criminales mexicanas expandir su dominio en todo Estados Unidos y acceder a negocios legítimos, como caballos cuarto de milla y la compra de propiedades millonarias en el país. FOTOS: AP Y REUTERS

FUENTE: NATIONAL DRUG INTELLIGENCE CENTER Y REUTERS.

GRÁFICO EE: JUAN RAMÓN MÁRQUEZ.

1.3.4. EL TRAFICO DE PRODUCTOS ILÍCITOS

Según la INTERPOL, "Tráfico de productos ilícitos" es un término genérico que se utiliza para referirse a todo tipo de comercio ilegal; en él se incluyen, entre otras actividades, la falsificación (infracción de los derechos de marca), la piratería (infracción de los derechos de autor) el contrabando de productos legales y la evasión fiscal. Una de las modalidades de este delito consiste en vender productos falsos o de mala calidad como si fueran auténticos; otra modalidad es vender productos auténticos en el mercado negro, para evitar el pago de los impuestos. Al eludir los controles establecidos, los delincuentes que se dedican a estas actividades suelen traficar con bienes peligrosos, sin tener en absoluto en cuenta la salud y la seguridad de los consumidores. Este fenómeno ha alcanzado un nivel sin precedentes y supone un tremendo peligro para la sociedad y la economía mundial (...) Se ha establecido un vínculo evidente entre el tráfico de productos ilícitos y la delincuencia organizada transnacional. Las organizaciones de los delincuentes se sienten atraídas por los pingües beneficios generados por el tráfico de artículos falsos o de mala calidad o por la comercialización de productos auténticos a través de canales ilícitos. Los delincuentes implicados en este tipo de actividades producen bienes ilícitos y trafican con ellos a escala regional y, cada vez más, mundial¹⁶¹⁷.

Es de destacar que si existe un producto y/o servicio demandado¹⁸, pese a que su comercialización se halle prohibida, siempre existirá alguien que se atreva a

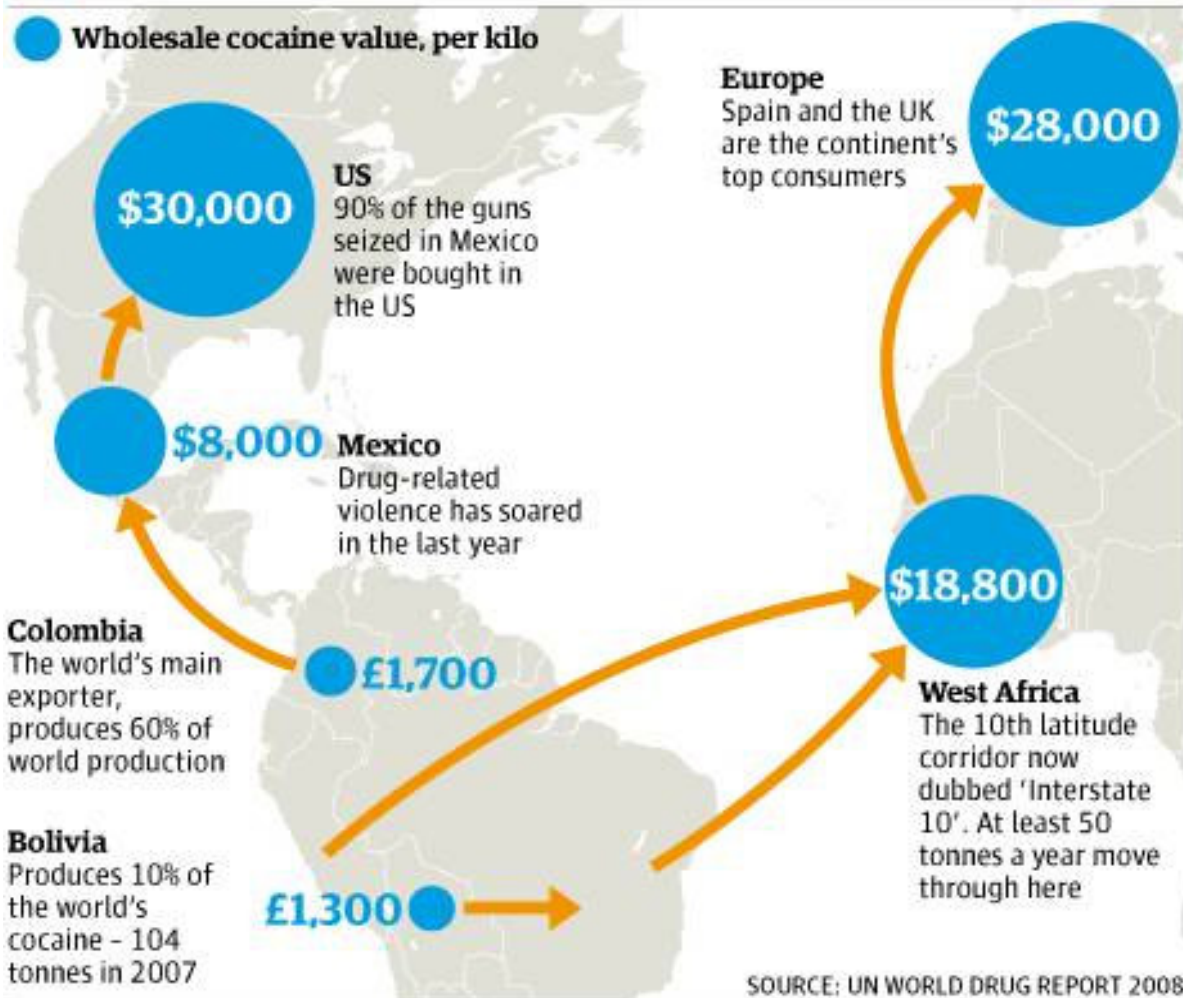
¹⁶ www.interpol.int/es/Criminalidad/Trafico-de-productos-ilicitos/Trafico-de-productos-ilicitos.

¹⁷ VIZCARDÓ ROZAS, Noemí. Material autoinstructivo, taller temas en torno al tráfico ilícito de drogas. AMAG. 2014. P. 11.

¹⁸ Según el resumen ejecutivo del informe mundial sobre las drogas 2014, se señala que a nivel mundial, se calcula que en 2012 entre 162 y 324 millones de personas, es decir del 3,5% al 7,0% de la población de entre 15 y 64 años, consumieron por lo menos una vez alguna droga ilícita, principalmente sustancias del grupo del cannabis, los opioides, la cocaína o los estimulantes de tipo anfetamínico.

proveer de dicho bien o servicio, aun cuando exista riesgos legales en dicha opción (que implicara hasta la pena de muerte como es el caso de Indonesia y Malasia, entre otros países, para el tráfico ilícito de drogas). Generando la existencia de mercados negros, que por definición no tienen ninguna regulación estatal, y la cual depende de los proveedores, ello desencadena que la fijación del precio sea cuasi unilateral y manifiestamente desmedida, permitiendo que las personas que actúen en cualquier eslabón de la cadena, que va desde la producción, hasta la comercialización del producto al consumidor final, se enriquezcan inconmensurablemente, aun cuando exista diferencia de los niveles de enriquecimiento dependiendo del eslabón en el que se ubique la persona.

The major cocaine smuggling routes



Fuente: <http://mundomundialtortosa.blogspot.com/2009/03/cocaina-mundial.html>

Del cuadro que se esboza, se puede apreciar de entrada que resulta fascinante el aumento del precio desde el origen (sea de ese 60 por ciento de la producción mundial que se da en Colombia, sea de ese 10 por ciento que supone Bolivia) hasta el punto de consumo. Redondeando se multiplica por 30 desde el productor al consumidor. En otras palabras, que la acumulación de capital se produce en

destino, no en origen.

Después está la relación USA-México: en México se hace la intermediación, se gana algún dinero, pero el 90 por ciento de las armas incautadas en México se habían comprado en los Estados Unidos, productor de esa droga letal que se llaman armas de destrucción no-masiva.

Finalmente, si llegamos a la conclusión de que el problema de la droga no es la producción sino su traslado y consumo, podremos entender cómo los diferentes cárteles en México están luchando a muerte para controlar la ruta y, sobre todo, tendremos que dejar de mirar sólo a los Estados Unidos. La Unión Europea en general y España y el Reino Unido en particular parece que algo tienen que ver con el problema central que es el consumo¹⁹.

Todo ello origina que este tipo de actividades vinculadas al tráfico de productos ilícitos, como las drogas prohibidas, sea atractiva, para quienes el enriquecimiento patrimonial es su objetivo sin importar los mecanismos utilizados para lograrlo, a punto tal, que las contingencias de dicha opción, para estas personas, sean tolerables o asumibles. No debe perderse de vista que en el año 2012, la ONU informó que el **crimen organizado** mueve aproximadamente 870 mil millones de dólares que representan seis veces el monto de ayuda oficial al desarrollo. El organismo internacional dijo que una de las grandes metas mundiales es reprimir esta “amenaza para la paz mundial”. La Oficina de la ONU contra la Droga y el Delito (UNODC por sus siglas en inglés), dijo que piratería y **tráfico de drogas** son los dos negocios más rentables de los criminales. El organismo acotó que son 2.4 millones de personas que se ven afectadas cada año debido las **redes delictivas**. Asimismo informó que estos 870,000 millones de

¹⁹ <http://mundomundialtortosa.blogspot.com/2009/03/cocaina-mundial.html>

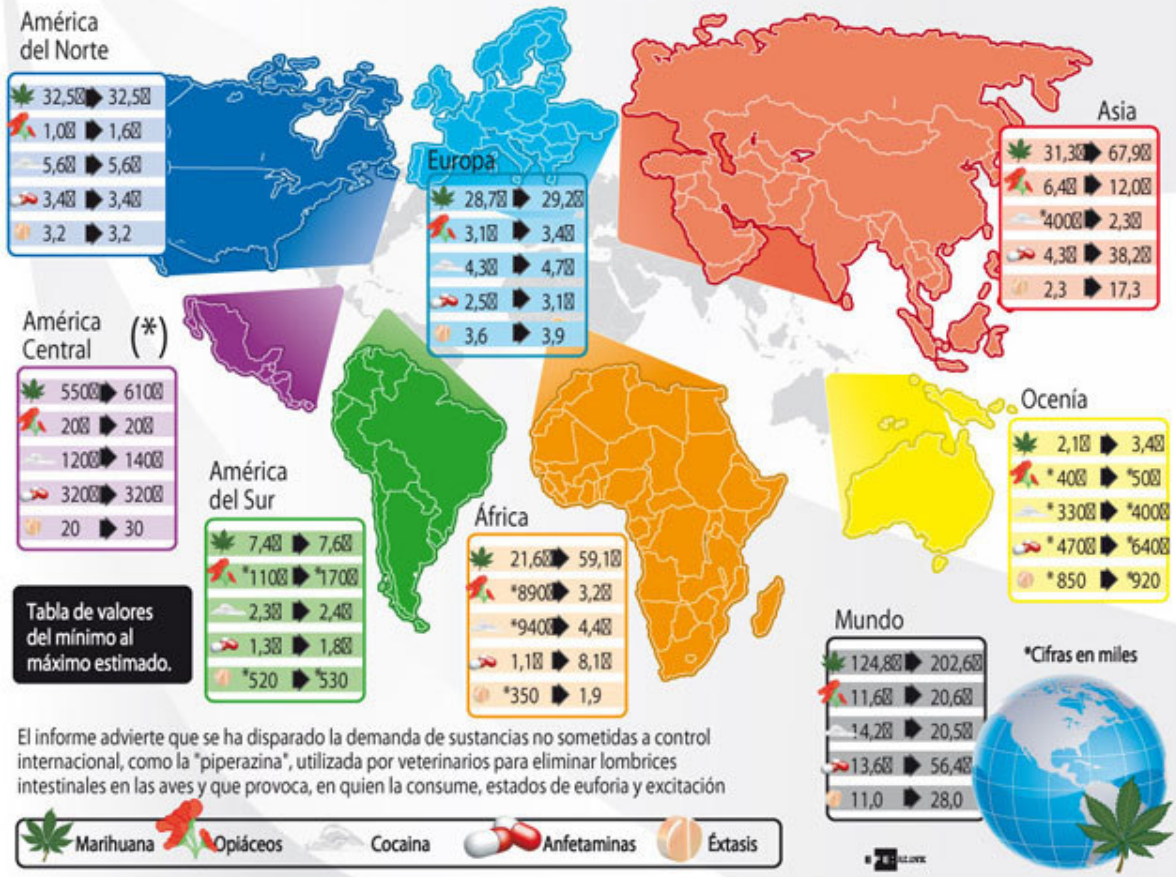
dólares son equivalentes al 1.5% del PIB mundial²⁰.

Consumo de drogas en el mundo

La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) estima que en 2009 entre 149 y 272 millones de personas de todo el mundo (del 3,3% al 6,1% de la población de edades entre 15 y 64 años) consumieron sustancias ilícitas, según el Informe Mundial sobre las Drogas 2011.

Consumo de sustancias en el mundo

(Cifras en millones de personas)



Tomado de NOTICIAS24.COM

Es justamente haber entendido esta percepción de las personas que se dedican a las actividades vinculadas a la comercialización de productos ilícitos a través de

²⁰ <http://www.altonivel.com.mx/22350-crimen-organizado-es-rentable-por-870-mil-mdd-onu.html>

mecanismos de criminalidad organizada, que ha permitido a las autoridades incorporar dentro de sus políticas de combate contra estas actividades, la estrategia económica, que parte de afectar, más que al libertad de los infractores, el patrimonio generado por sus actividades ilícitas, tema que abordaremos más adelante.



Lecturas obligatorias para la unidad 1

1. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Criminalidad Organizada. IDEMSA, Lima, 2006. P. 29 a 90.
2. DALL'ANESE, Francisco J. Contra la mafia. Lecciones aprendidas. <http://www.cicig.org/uploads/documents/2012/0027-20120730-DOC01-ES.pdf>. P. 1-12.

Resumen de la unidad 1.

- Por colectivo dedicado a la criminalidad organizada, debe entenderse a un grupo estructurado de tres 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.
- Las características esenciales de la criminalidad organizada son:
 - a. La Pluralidad subjetiva, referida al número de integrantes del colectivo.
 - b. Estabilidad y permanencia, referido a la duración temporal de sus actividades.
 - c. Son colectivos organizados bajo estructuras jerárquicas y con marcada diferenciación de roles.
 - d. Son grupos criminales con alta capacidad de adaptación a cambios externos, que les permite adecuar sus actividades a la provisión de otros bienes ilícitos o de otros servicios prohibidos.
 - e. Utilizan su organización cuasi empresarial para cometer delitos graves.
 - f. El éxito económico así como la sensación de poder genera en los miembros de los colectivos dedicados a la criminalidad organizada relaciones subjetivas de identidad.

Resumen de la unidad 1.

g. Los colectivos dedicados a la criminalidad organizada buscan generar niveles elevados de intimidación criminal en la población, así como percepción de impunidad respecto a sus actividades, para lo cual recurren al empleo de violencia desmedida así como a infiltración en la institucionalidad oficial, a través de actos de corrupción.

h. Son organizaciones que dirigen sus acciones a la satisfacción de su fin de lucro, su finalidad es de enriquecimiento.

- La mafia es probablemente una de las primeras formas de criminalidad organizada, y que tiene uno de sus referentes en la Cosa Nostra italiana.
- Entre las características que definían a las mafias italianas, se encontraban su origen y estructuración familiar y la existencia de un código deontológico de observancia obligatoria.
- Los actuales colectivos de la mafia internacional, abandonan la organización de tipo familiar y flexibilizan sus códigos éticos.
- El "Tráfico de productos ilícitos" es un término genérico que se utiliza para referirse a todo tipo de comercio ilegal.
- En la medida que exista una demanda insatisfecha, y que la satisfacción de la misma se halle prohibida, existirán organizaciones que busquen dedicarse al comercio de dichos productos o servicios, por las inconmensurables ganancias económicas que importan dichas actividades.

Caso práctico para la unidad 1

1. Jorge y Andrés acaban de salir de un centro de rehabilitación para drogadictos, y si bien han logrado superar su adicción a la pasta básica de cocaína, son conscientes que dentro del referido centro existen internos que no reciben la ayuda de sus familiares y por ende al no pagar las cuotas mensuales, son confinados a unos ambientes al fondo del patio, en donde reciben un tratamiento casi nulo, lo que les genera angustia y desesperación al no contar con su provisión diaria de cocaína.

Frente a ello deciden "ayudar a sus compañeros", para lo cual diseñan un plan para proveerles de la droga que necesitan, pero obviamente para lo cual requieren dinero, con el que no cuentan.

Su plan consiste en asaltar por las noches las tiendas de los grifos, para lo cual convocan en cada oportunidad a distintos amigos, así en su primer asalto al Grifo Alpha, contaron con la participación de Juan y Pedro, antiguos amigos del referido centro de rehabilitación, a quienes luego del "trabajo" les pagan 50 nuevos soles a cada uno. En el siguiente "golpe" asaltaron la estación de servicio "Omega", para lo cual contaron con el apoyo de Arturo y Pericles, a quienes, luego de la labor criminal, les pagaron la suma de 300 nuevos soles; y así actuaron sucesivamente en sus siguientes atracos. Siendo de precisar que los amigos que les prestaban apoyo, cumplían diferentes funciones de acuerdo a sus habilidades, en algunos casos conducían el vehículo en el que huían, en otras, conseguían las armas de fuego, etc; y siempre y cuando estuviesen disponibles y no realizando otros "trabajos" por su cuenta.

Una vez que Jorge y Andrés obtenían los recursos necesarios, acudían, en horas de la madrugada a barrios marginales, donde adquirirían toda la pasta básica de cocaína que les alcanzara; luego esperaban el fin de semana, y aprovechando la visita a los internos del centro de rehabilitación, les entregaban la droga previamente adquirida.

Caso práctico para la unidad 1

Esta modalidad la vinieron repitiendo una y otra vez, casi hasta alcanzar los 20 asaltos en más de 1 año de “operaciones”, que había puesto en vilo a las estaciones de servicio de la ciudad, ya que en muchos de los casos, por no decir en casi todos, habían golpeado a los trabajadores y personal de seguridad de las estaciones, incluso en una oportunidad tuvieron que matar a un sereno que pasaba por el lugar y quiso frustrar el asalto.

Como quiera que los “trabajos” se multiplicaban, decidieron contar con el apoyo permanente de Arturo y Pericles, a quienes, a cambio de formar parte de su grupo de manera exclusiva, les ofrecieron el 5% a cada uno de ellos, del total de lo obtenido en cada asalto, lo que fue aceptado.

Luego de ello, empezaron a programar otro asalto, esta vez, a un supermercado, procediendo a repartirse las funciones y para una mayor coordinación se decidió que Jorge sería el jefe.

Llegado el día y la hora programada y estando a inmediaciones del referido establecimiento, son intervenidos por personal policial, quienes ya les venían haciendo un seguimiento pormenorizado de sus actividades, atendiendo a la cantidad de sus atracos y a la violencia con la que actuaban.



Preguntas:

1. ¿El actuar de Jorge y Andrés puede ser calificado como criminalidad organizada?
2. ¿Se podría considerar que Arturo y Pericles formaban parte de un colectivo dedicado a la criminalidad organizada?

UNIDAD II

EL ESTADO Y EL DERECHO FRENTE A LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN GENERAL, Y FRENTE AL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS EN PARTICULAR



**Unidad
2****El Estado y el Derecho frente a la criminalidad organizada en general y frente al tráfico ilícito de drogas en particular****Presentación de la Unidad 2**

La presente Unidad tiene por finalidad abordar dos temas: En primer lugar desarrollar algunos de los principales mecanismos que la dogmática penal ha venido proporcionando con la finalidad de poder adaptar su respuesta frente a fenómenos como la criminalidad organizada, introduciendo elementos de flexibilización de las garantías penales y procesales penales, así como elementos que puedan subsumir de manera adecuada la intervención de los mandos de los colectivos que se dedican a ejecución de delitos de manera organizada, y así tratar de evitar supuestos de impunidad.

En un segundo momento se abordará el tema de la política criminal diseñada por el Estado Oficial a fin de combatir la criminalidad organizada en general y de manera específica el tráfico ilícito de drogas, revisando de manera sucinta las opciones tanto represivas como económicas y su eficacia frente a dichos fenómenos.





Preguntas guía para el estudio de la unidad 2.

1. ¿En qué consiste el derecho penal del enemigo?
2. ¿Cuáles son los elementos de la autoría mediata en aparatos organizados de poder?
3. ¿Cuáles son los ejes de la Estrategia Nacional de la Lucha contra las drogas?
4. ¿Cuáles son los mecanismos más importantes de lucha contra la criminalidad organizada desde la perspectiva económica?

1.1. Introducción.

Frente al fenómeno transnacional de la criminalidad organizada, para algunos, las estructuras tradicionales de la dogmática penal no venían brindando mecanismos idóneos a los juzgadores para que pudieran, por un lado contar con elementos, que pudieran subsumir, a nivel de autoría, la intervención de aquellas personas que detentando el poder y dirección de organizaciones criminales, no participaban en actos de ejecución o incluso, ni siquiera tenían contacto con las personas que, ubicándose en niveles inferiores de la estructura organizada delictiva, tenían a su cargo la realización de los planes criminales, en cuya planificación ni siquiera habían intervenido. Para ello se empezó a utilizar, por parte de los órganos Jurisdiccionales el mecanismo de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, el que si bien fue concebido para supuestos de organizaciones estatales, que paralelamente desarrollaban actividades ilícitas, básicamente, en perjuicio de los derechos humanos de opositores, resultaba un mecanismo, al parecer idóneo para aplicarlo a otras estructuras organizadas dedicadas a la comisión de delitos

penales de manera estructurada, y así buscar evitar lagunas de impunidad.

Desde una perspectiva más macro, que buscaba enfrentar a la criminalidad organizada, desde diferentes ángulos, como el penal, el procesal penal, e incluso el de ejecución penal, se introduce los criterios del denominado derecho penal de tercera velocidad, caracterizado por la flexibilización de las reglas de imputación y de las garantías procesales y como correlato la aplicación punitiva de la cárcel; así como el denominado derecho penal del enemigo, donde el miembro de los colectivos dedicados al crimen organizado, son vistos como enemigos de la sociedad, muy peligrosos, por estructurar sus actividades en base a organizaciones jerarquizadas, y utilizar sin reparo alguno, la violencia y la corrupción, generando con ello que sus actividades no sólo afectaran a las víctimas concretas, sino incluso a la estructura social en general, por lo que se hacía necesaria, el que derecho formal flexibilizara el carácter garantista de sus instrumentos, y los fuera desplazando por mecanismos de mayor eficiencia y eficacia en la lucha contra la criminalidad organizada.

Por otro lado, ya desde una perspectiva concreta de estrategia estatal frente a la criminalidad organizada en general y el tráfico ilícito de drogas en particular, podemos apreciar la creación de DEVIDA que ha elaborado una Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas para el quinquenio 2012 – 2016, y la cual se ejecuta a través de 3 enfoques:

- Desarrollo alternativo integral y sostenible.
- Interdicción y sanción.
- Prevención y rehabilitación del consumo de drogas.

Desde el primer enfoque, la estrategia del Estado está dirigida a las personas que se dedican al cultivo de la materia prima que va a ser utilizada en la elaboración de drogas prohibidas, principalmente la hoja de coca, buscando brindar la logística

y apoyo necesario para que aquellas personas que se dedican a dichos cultivos con fines ilícitos, sustituyan tales plantaciones por productos legales y económicamente sustentables. El segundo enfoque está dirigido a aquellas personas que ya se dedican a las actividades directamente vinculadas con el circuito del tráfico ilícito de drogas, interviniendo tales actividades, destruyendo pozas de maceración, cultivos ilegales, laboratorios clandestinos, combatiendo el comercio ilegal de insumos químicos fiscalizados; y coordinando con las autoridades del Ministerio Público y Poder Judicial la persecución y sanción de las personas vinculadas a dichas conductas prohibidas. En el tercer enfoque, la estrategia estatal está dirigida al consumidor real o potencial de drogas prohibidas, buscando, que quien no ha consumido pero esté en situación de riesgo, no lo haga; y si ya es un consumidor, rehabilitarlo.

En un siguiente paso, siempre dentro del marco de la política criminal diseñada para combatir la criminalidad organizada en general, y el tráfico ilícito de drogas en particular, revisaremos la opción represiva de Estado, que se viabiliza, entre otras manifestaciones, en la erradicación de cultivos ilegales, y en el endurecimiento normativo de las sanciones y de los mecanismos procesales de investigación. Finalmente abordaremos las opciones económicas adoptadas por el Estado, dentro del contexto de la lucha contra la criminalidad organizada y el tráfico ilícito de drogas, opciones que parten de verificar que, en la mayoría de las veces, sobre todo cuando estamos frente a las personas que lideran los colectivos criminales, estas asumen como un riesgo tolerable, el ser descubiertos, atrapados y que se les prive su libertad, por lo que el endurecimiento punitivo no suele cumplir finalidades disuasivas; y por el contrario, teniendo en consideración que la criminalidad organizada, en su conjunto, siempre persigue una finalidad patrimonial de enriquecimiento, la forma más efectiva de combatirla es afectando el patrimonio mal habido, y es dentro de ese contexto, que se empieza a incluir figuras como el lavado de activos, que no persigue la conducta generadora de riquezas indebidas, sino a estas; o el proceso de pérdida de dominio, que busca

afectar, en general los bienes, cuya procedencia lícita no ha sido acreditada, cuando tal afectación no ha sido posible dentro de un proceso penal.



1.2. Marco Legal.

- 1.2.1. Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas para el quinquenio 2012 – 2016.
- 1.2.2. Decreto Legislativo N° 1104.
- 1.2.3. Ley N° 27765.
- 1.2.4. Decreto Legislativo N° 1106.
- 1.2.5. Decreto Legislativo N° 824 Ley de Lucha contra el T.I.D.
- 1.2.6. Ley N° 27629
- 1.2.7. Decreto Supremo N° 032-2002-PCM.
- 1.2.8. Ley N° 28003.

1.3. Desarrollo de Contenidos.

1.3.1. El Derecho penal frente a la criminalidad organizada

1.3.1.1. Derecho Penal de Tercera Velocidad y Derecho Penal del Enemigo

En la dogmática penal se tiene hablando de un derecho penal de tres velocidades. Una primera velocidad representada por el derecho penal de la cárcel, en el que habrían de mantenerse rígidamente los principio político – criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de

penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción²¹

En principio tenemos un primer derecho penal, que podríamos denominar clásico, donde básicamente los tipos penales corresponden a delitos de resultado, con exigencias típicas bastante rigurosas, y respecto de los cuales la reacción penal o consecuencia jurídica derivada del delito, es la pena privativa de libertad, para cuya aplicación se exige trasuntar por un proceso marcado por la observancia de garantías a favor del imputado.

Posteriormente ante la expansión del derecho penal, caracterizado no sólo por la ampliación del catálogo de bienes jurídicos protegidos a través del sistema penal, sino, sobre todo, por un adelantamiento de las barreras de protección que implica ya no esperar la reacción penal frente a conductas que lesionan dichos bienes jurídicos, sino sancionar a aquellas conductas que ponen en riesgo dichos objetos de protección, incorporando los denominados delitos de peligro (que en la perspectiva de los delitos de peligro abstracto, consideramos un exceso intervencionista del derecho penal, que invade esferas propias del derecho administrativo sancionador, caracterizado por la reacción estatal ante la simple infracción normativa). Obviamente frente a este contexto de expansión del derecho penal, que no sólo implica el adelantamiento de las barreras de protección, sino el adelgazamiento o flexibilización de las exigencias típicas (por ejemplo inclusión, a nivel subjetivo de formas de dolo eventual) así como de las garantías procesales, la reacción penal requiere también la aplicación de sanciones de menor entidad que la cárcel, como por ejemplo la aplicación de consecuencias jurídicas derivadas del delito, que impliquen la prestación de servicios o tengan repercusión patrimonial. A esto es lo que se denomina derecho

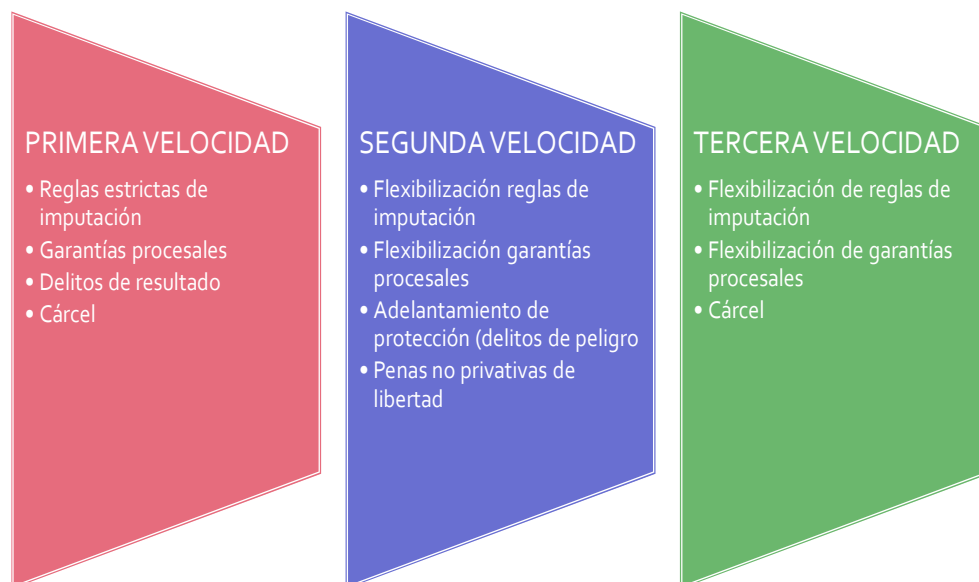
²¹ SILVA SANCHEZ, Jesús María. La expansión del derecho penal. 3ª edición. Editorial B de f. Argentina, 2011. P. 183

penal de segunda velocidad.

Sin embargo ya en nuestros sistemas penales podemos verificar la presencia de un derecho penal de tercera velocidad caracterizado por la flexibilización tanto de las reglas de imputación como de las garantías procesales, pero sancionado con la cárcel. Si bien pueda resultar discutible la aceptación de este tipo de derecho penal, llevando a varios autores a negar a su inclusión normativa, sin embargo Silva Sánchez, por ejemplo, quien si bien postula la reconducción de la respuesta punitiva al derecho penal de primera velocidad o al de segunda velocidad, se pregunta ¿significa esto que no debe quedar espacio alguno para un derecho penal de tercera velocidad?, Esto ya es más discutible, si tenemos en cuenta la existencia, al menos, de fenómenos como la delincuencia patrimonial profesional, la delincuencia sexual violenta y reiterada, o fenómenos como la criminalidad organizada y el terrorismo que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado. Sin negar que la tercera velocidad del Derecho Penal describe un ámbito que debería ser deseablemente reducido a la mínima expresión, aquí se acogerá con reservas la opinión de que la existencia de un espacio de Derecho Penal de privación de libertad con reglas de imputación y procesales menos estrictas que las del derecho penal de primera velocidad es, seguramente, en algunos ámbitos excepcionales y por tiempo limitado, inevitable. (...) La cuestión anterior guarda una estrecha relación con el denominado, desde la difusión de esta terminología por Jakobs, Derecho Penal del enemigo (Feindstrafrecht) que se contrapone al de los ciudadanos (Bürgerstrafrecht)²²

²² SILVA SANCHEZ, J. Op. Cit. P. 183 - 184

DERECHO PENAL - VELOCIDADES



Para Jakobs, el enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no solo de manera incidental. En todo caso, es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este déficit a través de su conducta²³

El derecho penal del ciudadano es Derecho también en lo que se refiere al

²³ SILVA SANCHEZ, J. Op Cit. P. 184 - 185.

criminal; este sigue siendo persona: Pero el derecho penal del enemigo es Derecho en otro sentido: Ciertamente, el Estado tiene derecho a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos; a fin de cuentas, la custodia de seguridad es una institución jurídica. Más aún los ciudadanos tienen derecho a exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un derecho a la seguridad. (...) El Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el Derecho penal del enemigo (...) combate peligros (...) Hay otras muchas reglas del Derecho penal que permiten apreciar que en aquellos casos en los que la expectativa de un comportamiento personal es defraudada de manera duradera disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona. Así por ejemplo, el legislador (...) está pasando a una legislación - denominada abiertamente de este modo - de lucha, por ejemplo, en el ámbito de la criminalidad económica, del terrorismo, de la criminalidad organizada, en el caso de delitos sexuales y otras infracciones penales peligrosas, así como en general, respecto de los crímenes, pretendiéndose combatir en cada uno de estos casos a individuos que en su actitud (...), en su vida económica (así, por ejemplo, en el caso de la criminalidad económica, de la criminalidad relacionada con las drogas tóxicas y de otras formas de criminalidad organizada) o mediante su incorporación a una organización (en el caso del terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir) se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona²⁴

Como puede apreciarse para Jakobs, el delincuente común, es un delincuente incidental, cuyo comportamiento podría calificarse como un error, lo que genera que este infractor mantenga su condición de ciudadano, y por ende le resulte aplicable el "derecho penal del ciudadano", con todas las garantías

²⁴ JAKOBS, Günther Derecho penal del enemigo. editorial hammurabi s.r.l. Buenos Aires 2005. P. 15-64

correspondientes; sin embargo este ciudadano puede trasuntar a la condición de enemigo, tránsito que se verifica a través de la reincidencia o habitualidad en la comisión de delitos, o en la especialización en su ejecución (Know How criminal) o en que estos se ejecutan asimilado a una organización criminal, lo que genera que este "individuo" se convierta en peligroso para la sociedad, por ello es menester recurrir a su inocuización, a través de la privación de su libertad.

En ese sentido Jakobs considera a la pena como coacción pura, sin significado alguno, es una consecuencia que busca garantizar la seguridad social, por ello más que una pena (que busque objetivos de prevención general positiva o prevención especial) se trata de una medida de seguridad, porque es la reacción normativa ante el peligroso, que debe aplicarse en un contexto de emergencia, casi en una situación de guerra de los ciudadanos frente a los delincuentes enemigos. Es por ello que el propio Jakobs, al referirse a la pena y su rol en la dicotomía de un derecho penal del ciudadano y un derecho penal del enemigo, nos dice: "(...) es perfectamente posible que estas tendencias se superpongan, es decir, que se solapen aquellas conducentes a tratar al autor como persona y aquellas otras dirigidas a tratarlo como fuente de peligro o como medio para intimidar a otros"²⁵. La pena mientras se está ejecutando, se comporta como un medio de aseguramiento, porque mientras el "enemigo se encuentre recluido no va a cometer delitos, lo que podría traducirse en que mientras mayor sea el periodo carcelario mayor será el contexto de seguridad social. En ese mismo sentido para lograr una mejor seguridad social, es menester adelantar la intervención del Derecho Penal (Figuras de peligro).

En ese mismo sentido, las medidas coercitivas, sobre todo la prisión preventiva, se explican cómo mecanismos de aseguramiento que en sí misma es una coacción, por lo que no es una medida que deba dirigirse al ciudadano que ha cometido un delito, sino contra el delincuente "enemigo". "Esta coacción no se

²⁵ JAKOBS, G. Op Cit. P. 20-21

dirige contra la persona en Derecho - está ni oculta pruebas ni huye -, sino contra el individuo, que con sus instintos y miedos pone en peligro el decurso ordenado del proceso, es decir, se conduce, en esa medida como enemigo²⁶

Como puede apreciarse, la concepción de un derecho penal de tercera velocidad, o la asunción de esquemas propios del derecho penal del enemigo, conllevan a que países como el nuestro adopten una legislación que claramente se adscribe a dichas concepciones, sobre todo la referida a criminalidad organizada, a tráfico de drogas, terrorismo, lavado de activos, etc. así como en la adopción de una normatividad procesal, que ha sido calificada como eficiente en la lucha contra las formas graves de criminalidad, conforme a los contornos normativos del Código procesal penal del 2004. Así podemos apreciar la inclusión de una serie de mecanismos que aras de la búsqueda probatoria, flexibilizan el ejercicio de determinados derechos, como la video vigilancia prevista en el artículo 207 del Código Procesal penal, establecida para supuestos como la criminalidad organizada; o la ampliación de plazos para el caso de medidas coercitivas; como es el caso del plazo extendido a la detención policial o detención preliminar, en casos, entre otros, de tráfico ilícito de drogas, para el que incluso se prevé una detención preliminar incomunicada, conforme se aprecia de lo señalado por el artículo 265 del Código adjetivo acotado. En ese mismo sentido, el artículo 269 del Código en mención, al referirse al presupuestos de peligro de fuga, el mismo que debe concurrir copulativamente, para la adopción de una medida coercitiva tan gravosa como la prisión preventiva, se señala que uno de los elementos a tener en cuenta para calificar el peligro de fuga es la pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.

En ese mismo sentido, podemos apreciar en el artículo 4° del Decreto Legislativo 1106, la agravación de la pena prevista para el delito de lavado de activos,

²⁶ JAKOBS, G. Op Cit. P. 46

cuando el agente cometa el delito en calidad de integrante de una organización criminal; o la sobre agravación punitiva cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provengan, entre otros ilícitos, del tráfico ilícito de drogas, terrorismo o trata de personas.

El mismo cuerpo normativo, establece en su artículo 9° que en todos casos, de procesos por lavado de activos, el Juez resolverá la incautación o el decomiso del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados, conforme a lo previsto en el artículo 102° del Código Penal

Del mismo modo, en el artículo 11, dicha norma, prohíbe la concesión de determinados beneficios penitenciarios, a aquellas personas que incurran en la comisión del delito de lavado de activos, con lo que se asegura un mayor tiempo de reclusión para el vencido en proceso, regla que no le resultaría aplicable al delincuente común.

Así también se verifica, en esta norma, a nivel del artículo 12 del acotado cuerpo normativo, el otorgamiento al Juez de facultades especiales para una lucha más eficaz contra el lavado de activos y otras formas de criminalidad organizada; pudiendo aplicar medidas restrictivas de derechos como la interceptación, incautación y ulterior apertura de correspondencia; la interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales, electrónicas u otras formas de comunicación

Como puede apreciarse nuestra legislación no ha sido ajena a la inclusión normativa de reglas que tiene una fuerte vinculación a criterios de derecho penal de tercera velocidad o incluso al derecho penal del enemigo. Lo que incluso se puede verificar en la práctica judicial o fiscal en los casos más sonados en nuestro país que tengan vinculación con criminalidad organizada, en los que, a nivel cautelar, la regla ha venido siendo la aplicación de la prisión preventiva,

llegando incluso a generar una percepción social equivocada de que si a dichas personas procesadas por crímenes vinculados a la criminalidad organizada no se les dicta prisión preventiva se está generando supuestos de impunidad, sin merecer, en muchos de los casos, una adecuada evaluación copulativa de todos los presupuestos que deben verificarse para la aplicación de dicha medida coercitiva.

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO



Como conclusión podemos señalar, siguiendo a Alcocer Povis, que el derecho penal del enemigo está diseñado y destinado con el fin de obtener una drástica

sanción al delincuente que, de manera permanente, ha puesto en peligro la sociedad. A decir de esta particular forma de ejercer poder estatal, una sociedad está compuesta por personas y por individuos. A estos últimos, en tanto se han alejado de manera voluntaria del sistema, no se les previene, sino simplemente se les reprime (...) ²⁷



Prisión de Guantánamo. Tomado de subrayado.com.uy

²⁷ ALCOCER POVIS, Eduardo. La inclusión del enemigo en el derecho penal. Editorial Reforma. Lima, 2009. P. 119.



Atentado contra la torres gemelas New York - USA. Tomado del dia.com.do

1.3.1.2. Autoría mediata en aparatos organizados de poder

Nuestro Código penal, con relación a la intervención que las personas tengan en la comisión de un hecho ilícito calificado como delito, ha asumido un sistema diferenciador, distinguiendo entre autores y partícipes, tal como puede apreciarse de los artículo 23 a 27 del acotado Código Sustantivo. En el artículo 23, al definir la calidad de autor señala con claridad: *"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"*, introduciendo con ello las categorías de:

- a. Autor Directo (El que realiza por si)
- b. Autor mediato (o por medio de otro)
- c. Co Autor (y los que lo cometan conjuntamente)

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema, conformada para el juzgamiento del

Ex Presidente Alberto Fujimori, en la sentencia recaída en el Expediente A.V. 19-2001, de fecha 7 de abril de 2009, al referirse a la autoría mediata señala lo siguiente:

"719°. LA AUTORÍA MEDIATA. Se identifica como autoría mediata aquellos casos donde el delito es realizado por el agente u hombre de atrás, a través de un intermediario material o persona interpuesta. A esta última, la literatura especializada le ha asignado distintas denominaciones, como hombre desde adelante, ejecutor inmediato, ejecutor directo o simplemente ejecutor. Sin embargo, se acepta también la expresión 'instrumento', aunque ella es cuestionada por resultar equívoca, según algunos autores nacionales como HURTADO POZO y VILLAVICENCIO TERREROS. Por tanto, será un autor mediato aquél que se aprovecha o utiliza la actuación de otra persona para alcanzar su objetivo delictivo. Tales supuestos tradicionalmente han sido vinculados al empleo de la coacción sobre el intermediario material; o aprovechando el error en que éste se encuentra; o empleando en la ejecución del delito a personas incapaces. La función asignada a la categoría dogmática de la autoría mediata, es, pues, la de hacer responder penalmente al autor real de un delito que ha sido cometido por otra persona. Se trata, en consecuencia, de una forma especial de autoría en la que el agente realiza el hecho punible valiéndose de la persona interpuesta, por lo que debe hacérsele acreedor a las consecuencias penales que correspondan a dicha conducta ilícita"

De lo señalado por la Sala Penal Especial queda claro que la autoría mediata es un mecanismo que permite poder asignar responsabilidad penal al autor real de un delito, que no ha participado en la ejecución concreta del hecho ilícito, pero

que ha dispuesto que otro lo haga .

En el numeral 720 de la mencionada sentencia, la Sala Penal Especial, reconoce tres tipos o formas de autoría mediata:

- a. Del dominio por error
- b. Del dominio por coacción
- c. Autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados.



Como bien se sabe, la Sala Penal Especial, sustentó su decisión condenatoria, aplicando la tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, cuyo antecedente más remoto en materia jurisprudencial nacional se encuentra en la Sentencia recaída en el expediente acumulado 560-2003, de fecha 13 de octubre de 2006 emitida por la Sala penal Nacional, teniendo como Director de Debates al Dr. Pablo Talavera Elguera. Dicho Colegiado condenó al líder del Grupo Terrorista Sendero Luminoso, Manuel Rubén Abimael Guzmán Reynoso a cadena perpetua.

En las páginas 161 y 162 de dicho fallo se señala lo siguiente:

"La aparición del dominio de la organización responde al hecho que las demás categorías penales, en concreto las reglas de la autoría y participación, son insatisfactorias para explicar y resolver los casos de intervención de los que dirigen y controlan una organización. La búsqueda de mecanismos de atribución que solucionen de manera adecuada y justa los nuevos problemas propios de las organizaciones ilícitas, en especial los que se vinculan a los directivos, líderes y mandos de la organización se orienta a consolidar el efecto preventivo de la pena que se vería profundamente resquebrajado si es que la sanción se limita a una represión de los ejecutores materiales"

Para ROXIN autor mediato es todo aquel que está colocado en la palanca de un aparato de poder –sin importar en qué nivel de la jerarquía- y que a través de órdenes puede dar lugar a delitos en los cuales no importa la individualidad del ejecutante. Se tiene que tratar de estructuras que se organizan con arreglo a un marcado principio de jerarquía y la distribución del trabajo. Lo característico de la teoría de dicho jurista alemán, es que autor no sólo es el autor mediato, sino también el “instrumento” de ahí que se la identifique también como un supuesto del “autor detrás del autor”. Entre los elementos o presupuestos del dominio sobre la organización propuesto por ROXIN tenemos: a) la existencia de una fuerte estructura jerárquica a disposición del hombre de detrás, un aparato organizado de poder; b) la fungibilidad de los ejecutores; y c) la organización debe operar desligada del ordenamiento jurídico. La fungibilidad o más propiamente la intercambiabilidad de los ejecutores se funda en que la negativa del ejecutor de llevar a cabo

el plan no impide que éste efectivamente se realice, ya que si él no cumple la orden, según el organigrama del aparato de poder inmediatamente otro le suplirá, no resultando afectada la ejecución del plan global.

La calificación de autor mediato en virtud del dominio sobre la organización puede recaer sobre cualquier persona que ocupe un lugar desde el que pueda impartir órdenes al personal subordinado. Lo único relevante sería que detente la capacidad de dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito. Para ROXIN es un presupuesto de la autoría mediata que los aparatos organizados de poder se encuentren al margen de la legalidad o desvinculados del derecho, puesto que solo cuando la estructura y la organización en su conjunto actúen fuera del ordenamiento jurídico podrá plantearse esta forma de autoría.

Más allá de que en dicho fallo, se empieza a delinear una tendencia jurisprudencial de aplicar este tipo de autoría mediata, uno de los puntos más importantes radica, en que frente a un objeción de la defensa, de que este tipo de solución dogmático - penal solamente era aplicable a organizaciones estatales que actuaban al margen de la ley, el Colegiado señala lo siguiente:

Frente a la objeción de la defensa de que la autoría mediata por dominio en organización no es aplicable a las organizaciones no estatales, pues en ellas no hay deber de obediencia y la transferencia de responsabilidad al superior; debemos puntualizar que tal afirmación no se condice con los planteamientos de ROXIN, quien desde mil novecientos sesenta y tres ha sostenido que el “dominio de la voluntad por medio de un aparato de poder

organizado” en esencia sólo vienen en consideración dos manifestaciones típicas: a) aparatos estatales que operan al margen de la ley, por lo tanto no opera la obediencia debida, y b) movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes¹⁵⁵ . Posteriormente, en una Conferencia dictada entre el seis y siete de noviembre de dos mil dos en la Universidad de Lusíada de Lisboa (Portugal), Roxin afirmó categóricamente: “El modelo presentado de autoría mediata no solamente alcanza a delitos cometidos por aparatos de poder estatal, sino también rige para la criminalidad organizada no estatal y para muchas formas de aparición del terrorismo. Los conceptos mencionados son difíciles de delimitar, pues se entrelazan entre ellos. No obstante, no importa la calificación que se les dé, sino solamente el sí están presentes los presupuestos descritos del dominio de la organización”

Como puede apreciarse con este fallo, se va fundamentando, que la autoría mediata en aparatos de poder organizado, resulta aplicable no sólo a grupos estatales que actúan al margen de la ley sino también a cualquier tipo de organización estructurada que se dedica a la comisión de delitos.

Es de precisar que la sentencia condenatoria a Abimael Guzmán Reynoso fue declarada No Haber Nulidad mediante Ejecutoria Suprema R.N.N° 5385-2006 / Lima, de fecha emitida por la Segunda Sala Penal transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Y en la cual nuevamente se acepta la aplicación de la estructura dogmática de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizado, haciendo relieve que la misma también resulta aplicable a grupos criminales no estatales estructurados orgánicamente para cometer ilícitos penales, señalando lo siguiente:

"4.5.4. Autoría mediata.

La defensa cuestiona igualmente que en el caso de autos se haya aplicado la teoría de la autoría mediata a través de la utilización de aparatos de poder. Las razones de tal cuestionamiento se resumen en tres argumentos: a) La legalidad de la tipificación de dicho título de imputación; b) La autoría mediata solo es aplicable a los aparatos de poder estatal; c) La autoría mediata es inaplicable en caso de ejecutores directos responsables.

Al respecto, la Sala Suprema considera lo siguiente:

a) La autoría mediata es una categoría dogmática, vinculada a la teoría del dominio del hecho, cuyos orígenes se remontan mucho más allá de la entrada en vigencia del Código de 1991; exactamente en 1915, con los trabajos de Hegler y los aportes de Loeb de 1933, los cuales fueron publicitados en 1939 por Hans Wetzel, hasta que el profesor Claus Roxin la sistematiza meridianamente a partir de sus trabajos académicos de '1960 en la Universidad de Gotinga, publicados en 1963 en una versión alemana de su obra "Taterschaft and Tafherrschaft" traducida recientemente. Como tal, es un título de imputación que no necesariamente debe estar descrito en un texto legal para que se entienda su compatibilidad con la exigencia de determinación del tipo legal (ampliado). Se trata en suma de un aparato teórico desde el que se da sentido a los elementos objetivos del tipo penal involucrado, porque pone en relación a un individuo con los elementos que lo configuran por el dominio de la voluntad del ejecutor material. En el Código Penal de 1924 se daba una definición de autoría (art. 100), en el que su amplitud podía admitir la posibilidad de realización del hecho punible a través de otro. En efecto, de acuerdo al artículo citado son autores: "... los que

tomaren parte en la ejecución del hecho punible". El sentido posible que se dé a tal definición no excluye en nuestro concepto los alcances de la autoría mediata, ni cualquier otra modalidad de autoría, pues la realización del hecho punible puede concretarse directamente a través de o con la intervención de otros intermediarios o coautores materiales. La confusión conceptual de la defensa radica en considerar que los textos legales siempre acogen categorías dogmáticas y con ello anquilosan su contenido.

b) La autoría mediata a través de aparatos de poder abarca tanto al abuso de una estructura de poder estatal, como y sobre todo a una estructura no gubernamental como en los supuestos de la macrocriminalidad o criminalidad organizada como la presente. Lo relevante desde la perspectiva de la autoría mediata con uso de aparatos de poder es el hecho que exista una estructura jerárquica, con ejecutores fungibles y en el que el hombre de atrás ejerza un dominio del hecho, cuya decisión se trasmite a través de una cadena de mando, en la que cada agente trasmisor sea igualmente un autor mediato. Esta dinámica en la transmisión de la voluntad del autor mediato es factible de presentarse en una organización criminal. Más aún, si la estructura de poder es altamente jerarquizada, y la fungibilidad de sus miembros (ejecutores del acto) está fuertemente condicionada por la verticalidad y el centralismo. En consecuencia, teóricamente es posible evaluar la conducta del líder o cabecilla de una organización terrorista dentro de este contexto organizacional.

Retomando la Sentencia dictada en el Caso Fujimori, podemos apreciar que en la misma se esbozan los requisitos específicos que deben concurrir para poder aplicar a un caso concreto, la estructura propia de la autoría mediata por dominio

de la voluntad en aparatos de poder organizado:

a. El Poder de mando.

En el considerando 729, la sentencia bajo análisis señala, respecto al presente requisito, lo siguiente: "(...) es la capacidad del nivel estratégico superior -del hombre de atrás- de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia, derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar".

Es importante tener en consideración, que en los otros supuestos de autoría mediata, la instrumentalización que hace el hombre de atrás respecto al ejecutor, se basa, o en el error, la coacción, o el aprovechamiento de supuestos de inimputabilidad o exculpación, en cambio, en este tipo de autoría mediata, la instrumentalización se hace en base al poder de mando, es por ello que Ivan Meini sostiene que el poder de mando, jerarquía, superioridad o como quiera llamarse, hace referencia a la capacidad que tiene el superior de determinar el comportamiento del subordinado sin impedir que éste actúe libremente. (...) La admisión del poder de mando como elemento del dominio de la organización es, entonces, gravitante para entender su naturaleza. Dibuja con suficiente claridad la relación que existe entre quien detenta dicho poder y quien se encuentra sujeto a él. Además, a partir del poder de mando se debe admitir que el ejecutor, que actúa lo suficientemente libre como para ser autor directo del delito, actúa voluntariamente. O lo que es lo mismo, el dominio del que aquí se habla no puede ser un dominio sobre la voluntad

del ejecutor (...) ²⁸

Es de destacar que la sentencia comentada, acepta la diferenciación que puede existir entre los grados o niveles de mando: mando superior o mandos intermedios, sin embargo se acepta esta diferenciación para efectos de la graduación de la responsabilidad penal o de la sanción propiamente dicha, mas no para eliminar, respecto a los mandos intermedios, la imputación de los hechos considerados como delito, a título de autores mediatos.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que el poder de mando debe manifestarse en una orden que dispone que el subordinado realice un hecho o cumpla una misión, orden que puede ser genérica, pero lo que importa es que la misma importe la realización de hechos ilícitos ²⁹.

- b. El apartamiento del Derecho o Desvinculación de la Organización del ordenamiento jurídico.

En la sentencia recaída en primera instancia en el caso Fujimori, en su considerando 735 se señala que "la admisión de la autoría mediata del nivel estratégico superior quedará condicionada a que las ordenes de este estamento sean dictadas en el marco de una organización que opera al margen del ordenamiento jurídico del Estado de Derecho, y previamente en su considerando 734, apoyándose en Roxin, la sentencia indica que el apartamiento del Derecho se presenta no sólo en delitos cometidos por

²⁸ MEINI, Iván. El dominio de la organización de Fujimori. Comentarios a la sentencia de 7 de abril de 2009 (exp. A.V. 19-2001), en AMBOS, Kai y MEINI, Iván. La autoría mediata. El caso Fujimori. ARA Editores. Lima, 2010. P. 219.

²⁹ GARCÍA CAVERO, Percy. La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: El caso de Alberto Fujimori Fujimori. En AMBOS, Kai y MEINI, Iván. La autoría mediata. El caso Fujimori. ARA Editores. Lima, 2010. P. 199

órganos del Estado o aparatos del poder estatal, sino también será aplicable a los casos de criminalidad organizada no estatal y en muchas formas de aparición de terrorismo. Únicamente se debería excluir a los casos de criminalidad empresarial³⁰

la desvinculación del derecho significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico, nacional e internacional. El aparato funciona como una totalidad por fuera del orden jurídico. Si bien esta desvinculación se ha presentado, por lo general, en delitos cometidos por aparatos de poder estatal, es perfectamente posible que tenga lugar también en organizaciones criminales no estatales (criminalidad organizada u organizaciones terroristas³¹).

Sobre la admisión del "Poder de mando" y el "apartamiento del derecho" como presupuestos de la autoría mediata por organización - que la sentencia califica de soporte básico - no queda sino saludar la sentencia. Esta constituye pues, el camino correcto en la fundamentación. Es más, debe subrayarse que justamente en el desarrollo y fundamentación de estos dos presupuestos radica la contribución más importante de la sentencia. Allí se indica de modo correcto, siguiendo la doctrina más moderna, quien el dominio que el hombre de atrás ejerce en la materialización del resultado criminal, radica en el poder de mando que tiene sobre la organización, la que se encuentra al margen del Derecho³²

³⁰ PARIONA ARANA, Raúl. La autoría mediata por organización en la sentencia contra Fujimori. En AMBOS, Kai y MEINI, Iván. La autoría mediata. El caso Fujimori. ARA Editores. Lima, 2010. P. 244

³¹ GARCÍA CAVERO, P. Op. Cit. P. 200

³² PARIONAARANA, R. Op. cit. P. 241

c. La fungibilidad de los ejecutores

La fungibilidad del ejecutor es la característica de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización de las órdenes delictivas. De lo que se trata es de una potencialidad, no de un acto de sustitución. Este requisito expresa el dominio del superior, en la medida que el cumplimiento de la orden no está en ningún momento en riesgo. la determinación de este requisito debe hacerse desde una perspectiva ex ante. la fungibilidad puede ser de dos clases: negativa y positiva. la negativa tiene lugar cuando la abstención de la persona interpuesta para realizar el delito ordenado por el superior en la organización no impide su ejecución, pues otro ejecutor tomará inmediatamente su lugar. La positiva se presenta cuando el nivel superior estratégico tiene la posibilidad de elegir, para la comisión del delito, la mejor opción entre diversos ejecutores que tiene a disposición en el aparato de poder.³³ Sobre este análisis de la diferencia entre fungibilidad positiva y fungibilidad negativa Meini señala que la fungibilidad negativa, se presenta en términos operativos, que respecto a los potenciales ejecutores, si uno de ellos fracasa, otro lo va a suplir; la fungibilidad positiva, por su lado se aprecia, justamente a partir de la concurrencia de una pluralidad de ejecutores potenciales en la estructura del aparato de poder. Esto último otorga al nivel estratégico superior mayor garantía para el cumplimiento de su orden, en función a las necesidades particulares que la ejecución de ésta demande. Por tanto, que conoce que no tendrá, necesariamente, que utilizar siempre a los mismos ejecutores en la concreción de un hecho punible, sino que podrá intercambiarlos atendiendo a las circunstancias y magnitud de cada evento criminal para lo cual evaluará, entre otros factores, las especialidades, capacidades y

³³ GARCÍA CAVERO, P. Op. Cit . P. 200 - 201

habilidades que estos tengan. En consecuencia la fungibilidad en sentido positivo otorga al nivel estratégico superior la posibilidad de elegir, para la comisión del hecho punible, la mejor opción entre todos los ejecutores que tiene a disposición el aparato de poder³⁴



- d. La predisposición del ejecutor a obedecer órdenes ilícitas o la predisposición a la realización del hecho ilícito.

Con este requisito se alude a la disposición interna del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito. se trata de un factor eminentemente psicológico que provoca una mayor cohesión e identificación del autor con el aparato de poder. Esta identificación interna del ejecutor con los fines de la organización aumenta el dominio del hecho del nivel superior estratégico del aparato organizado de poder respecto de la ejecución de los hechos delictivos, lo que permite que se le imputen los delitos cometidos a título de autor (mediato)³⁵

³⁴ MEINI, I. Op Cit. P. 224 y Considerando 738.3 de la sentencia recaída en el Caso Fujimori.

³⁵ GARCÍA CAVERO.P. Op. Cit. P. 201

Sobre este requisito o elemento, Meini sostiene que puede entenderse desde otras formas:

i) En primer lugar, desde el momento en que el sujeto se incorpora voluntariamente a una organización, su sola pertenencia a ella expresa que se encuentra dispuesto a ejecutar aquellas ordenes que formen parte del accionar regular del aparato. Es así porque precisamente para ello se inserta en el aparato.

ii) En segundo lugar, esta predisposición a ejecutar las órdenes ilícitas es solo frente a las actividades regulares del aparato. Pues la pertenencia del sujeto al grupo expresa sólo eso. En caso se le ordene llevar a cabo un acto distinto, que no forma parte de las actividades regulares del aparato de poder, la imputación de autoría mediata por dominio de la organización será poco probable, habida cuenta que la razón por la cual el ejecutor ha actuado ya no tendrá que ver con las relaciones de subordinación propias del aparato.

iii) En tercer lugar, la predisposición a ejecutar las órdenes ilícitas que formen parte de la actividad regular del aparato, a diferencia de la fungibilidad que si es un elemento subjetivo, es un dato objetivo, y como tal, perfectamente constatable en la realidad. Si como se ha dicho, la predisposición que aquí interesa se expresa con la pertenencia del sujeto a la organización (delictiva), ese es un dato objetivo y no una expectativa de comportamiento futuro. Si bien la predisposición del sujeto indica que está dispuesto a realizar, en el futuro, un acto que le sea ordenado por su superior, lo que aquí interesa no es la predisposición de los subordinados que no ejecutan la orden (la de aquellos a quienes la fungibilidad tiene en cuenta), sino la del sujeto que en el caso en concreto ejecuta el delito.

Aquí radica una de las bondades de la tesis de la predisposición al hecho como el elemento fundante del dominio: se centra en la relación que existe entre el autor mediato y el concreto ejecutor y no en la que pudiera existir entre el autor mediato y personas que probablemente hubieran podido ejecutar el delito, pero en el caso concreto no intervienen.

iv) En cuarto lugar, de conformidad con el argumento de la predisposición - no incondicional- a ejecutar el hecho, la autoría mediata por el dominio de la organización se construye sobre la instrumentalización que hace el hombre de atrás del subordinado en el contexto de la organización. esta instrumentalización, precisamente, consiste en el aprovechamiento de su predisposición a ejecutar las actividades que formen parte de las actividades regulares de la organización. No es pues una instrumentalización por error, por coacción o una instrumentalización de la inimputabilidad de un tercero, sino la de una predisposición libre, autónoma y voluntaria, pero que, en la medida en que viene condicionada por el poder de mando del superior, y este se vale del poder de mando para encausarla hacia el cumplimiento de sus designios, resulta suficiente para imputarle el dominio de la organización al hombre de atrás³⁶.

Como se ha podido apreciar, a través de la Sentencia emitida por la Sala Penal Especial para el caso Fujimori, siguiendo los enunciados dogmáticos de Roxin, se ha delineado las condiciones necesarias que deben verificarse para poder atribuir la comisión de delitos al hombre de atrás, a través del mecanismo de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados.

Al respecto la Sala Penal especial de la Corte Suprema, clasifica estos presupuestos o requisitos en dos niveles:

³⁶ MEINI, I. Op. Cit. P. 228-229

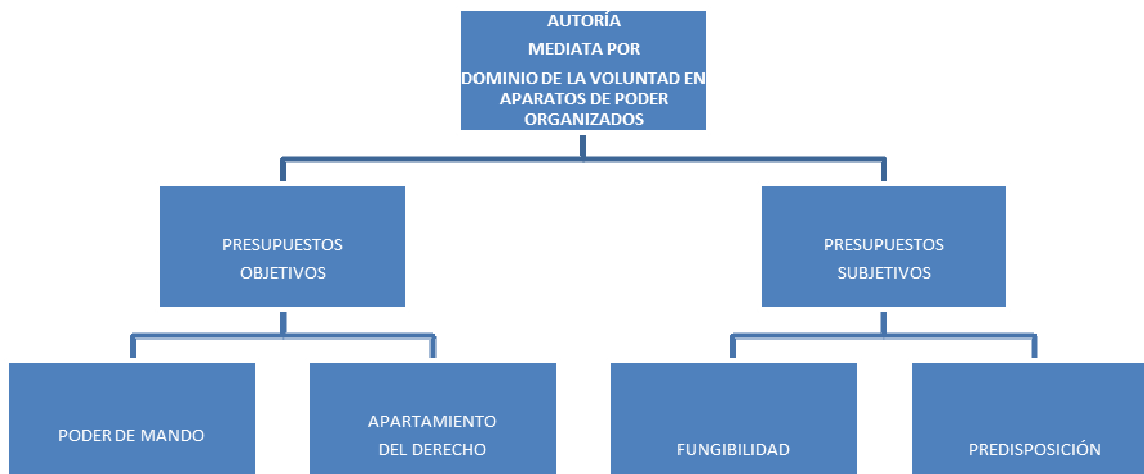
a. Presupuestos de carácter objetivo, donde se encuentran:

- El poder de mando.
- La desvinculación del ordenamiento jurídico por parte de la organización delictiva.

b. Presupuestos de carácter subjetivo, donde se encuentran:

- La fungibilidad de los ejecutores del delito.
- La predisposición de los ejecutores a obedecer órdenes dirigidas a cometer delitos.

Adicionalmente, no sólo en el fallo del caso Fujimori, sino en su antecedente referido a las decisiones jurisdiccionales recaídas en el caso Abimael Guzmán, ha quedado establecido que este esquema proporcionado por la dogmática penal, que permite superar supuestos de impunidad, que no permitían ser cubiertos por posiciones clásicas sobre la autoría y participación, no sólo resulta aplicable a organizaciones estatales que actúan al margen de la ley, sino también a colectivos dedicados a supuestos de criminalidad organizada, incluso supuestos de actividades terroristas; siendo discutible aún la pertinencia de la aplicación de este instrumento dogmático a casos vinculados a la criminalidad corporativa.



1.3.2. POLÍTICA CRIMINAL CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y LA ESTRATEGIA ESTATAL CONTRA LAS DROGAS.

1.3.2.1. DEVIDA y la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas

Por Decreto Legislativo N° 824 Ley de Lucha Contra el Tráfico Ilícito de Drogas, publicada el 24 de abril de 1996, se creó la COMISIÓN DE LUCHA CONTRA EL CONSUMO DE DROGAS “CONTRADROGAS” como ente rector encargado de diseñar, coordinar y ejecutar de manera integral las acciones de prevención contra el consumo de drogas. Posteriormente mediante Ley N° 27629, publicada el 11 de enero del 2002, se modificó el Decreto Legislativo N° 824 ampliando el ámbito de acción de CONTRADROGAS, dándole, entre otras funciones, la de diseñar y conducir la Política Nacional de Lucha Contra el Tráfico Ilícito de Drogas y el Consumo Ilegal de Drogas Tóxicas, promoviendo el desarrollo integral y sostenible

de las zonas de cultivos ilegales del país; y en su 2a Disposición Final y Transitoria señala que en el Reglamento que se dé a la presente Ley se pueda cambiar la denominación de CONTRADROGAS, a fin de adecuar la institución a las finalidades otorgadas. Luego por Decreto Supremo N° 032-2002-PCM. se adoptó la denominación actual de DEVIDA.

Posteriormente por Ley N° 28003 publicada el 18 de junio de 2003 se modificó el Decreto Legislativo N° 824 que establece que la formulación y actualización de la Estrategia Nacional de Lucha Contra las Drogas pertenece al Consejo Directivo de DEVIDA y su aprobación al Consejo de Ministros.

DEVIDA, es un Organismo Público Ejecutor, adscrito al sector de la Presidencia del Consejo de Ministros, y que es el encargado de diseñar y conducir la Estrategia nacional de Lucha contra las Drogas y constituirse en la contraparte nacional para todos los fondos de cooperación internacional destinados a la lucha contra las drogas³⁷.

Dicha institución presentó en el año 2012 el documento denominado "Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas" 2012 - 2016, que fue aprobado por Decreto Supremo N° 033-2012-PCM, en donde se especifica que la referida estrategia persigue reducir drásticamente y sosteniblemente el tráfico ilícito y el consumo de drogas, y sus negativos efectos sociales, políticos, económicos, culturales y ambientales, incorporando a los productores de cultivos ilegales a la economía lícita.

Según el informe de avance de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2012 - 2016. Primer tramo Fijo, de abril del 2014, se señala que la estrategia antes mencionada se viabiliza a través de 3 ejes principales:

³⁷ www.devida.gob.pe

a. Desarrollo alternativo integral y sostenible.



Tomado de www.tocachecity.blogspot.com

En este rubro se busca establecer las condiciones económicas, sociales, políticas y ambientales que creen el contexto necesario que permita desvincular o alejar a la población de actividades vinculadas al cultivo ilícito de hoja de coca, para lo que resulta imprescindible crear las condiciones que permitan la inserción de dicha población en actividades económicas lícitas, que les permitan contar con sustento sostenible y una adecuada inserción al mercado nacional e internacional.

La premisa esencial en este aspecto estratégico es que la erradicación de cultivos ilegales de hojas de coca sólo podrá tener éxito si va acompañado

paralelamente de una política de desarrollo de cultivos o actividades económicas alternativas, que pasa también por el saneamiento y titulación de tierras a favor de los agricultores de la zona, y el fortalecimiento del trabajo conjunto de agricultores a través de mecanismos como las cooperativas.

DESARROLLO ALTERNATIVO, INTEGRAL Y SOSTENIBLE



En este contexto, se han suscrito una serie de instrumentos con otros países y organismos multinacionales que permiten aplicar políticas y acciones más eficientes en la consecución en la erradicación de cultivos ilegales

Así podemos citar el Programa de Desarrollo Alternativo N° 527-0426 suscrito con USAID, que implica un monto de ayuda ascendente a US\$ 53'021,863

Del mismo modo se puede citar la Decisión N° 549, adoptada en la decimoprimer

reunión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina, celebrada en la localidad de Quirama en el Estado de Antioquía en Colombia, del 24 al 25 de junio de 2003, a través del cual se crea el Comité Andino de Desarrollo Alternativo (CADA), que entre sus funciones se halla la de formular propuestas de estrategias subregionales en desarrollo alternativo, así como sobre la normativa andina que pueda facilitar dicha acción; así como la de recomendar y promover mecanismos de cooperación en la formulación de políticas sobre desarrollo alternativo y propiciar el intercambio de conocimientos y experiencias de los Países Miembros en el ámbito de su competencia

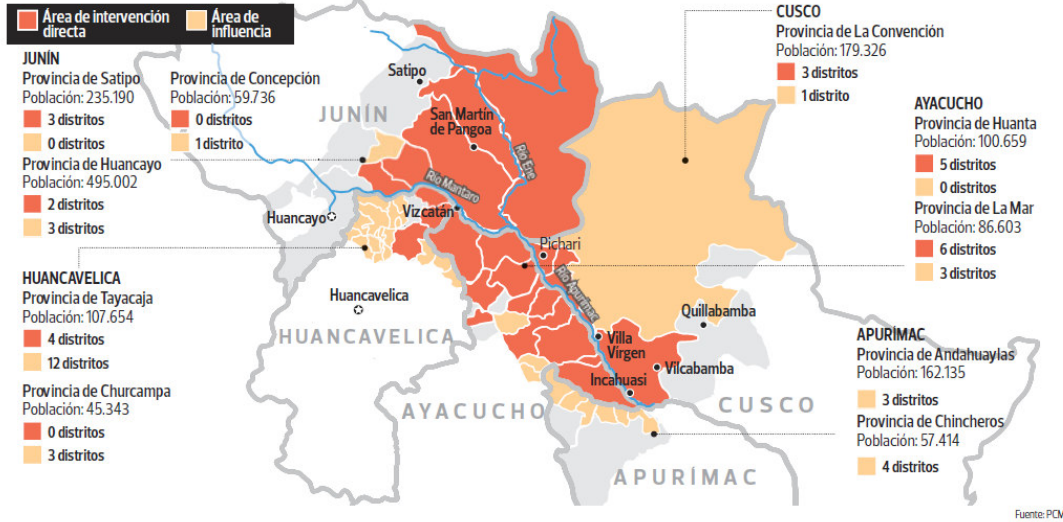
Dentro de este esquema DEVIDA ha señalado que este año se culminará con más de 52.000 hectáreas asistidas de cultivos alternativos y más de 100.000 familias atendidas con los diferentes programas que ejecuta dicha institución en los diferentes sectores cocaleros del país

En su última visita al Perú, el Director Ejecutivo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), ha destacado que en el Perú hay más de 80 mil hectáreas dedicadas a cultivos alternativos, superando así las 49,800 hectáreas dedicadas al cultivo ilegal de hojas de coca

Dentro de este ámbito de la estrategia de lucha contra el narcotráfico, en los dos últimos gobiernos, el Estado ha invertido en la zona del VRAEM - Valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro - casi S/. 6,500 millones de nuevos soles, fondos destinados a programas sociales, proyectos de transportes y comunicación, así como de vivienda, construcción y educación, sin embargo esta zona que comprende parte de los territorios de las regiones de Junín, Huancavelica; Ayacucho, Apurímac y Cusco, se produce casi el 60% de la droga que posteriormente es exportada, se estima que la droga elaborada en dicha zona alcanza a las 300 toneladas al año.

Cinco regiones que buscan su desarrollo

El Gobierno incorporó a la zona del VRAE los pueblos que forman parte del área de influencia del valle del río Mantaro. El VRAEM estará comprendido por los departamentos de Junín, Huancavelica, Cusco, Ayacucho y Apurímac.



b. Interdicción y sanción.



Tomado de rpp.com.pe

Desde esta perspectiva DEVIDA busca reducir significativamente la producción y tráfico ilícito de drogas, así como sus delitos conexos. Desarticular, judicializar y penalizar a las organizaciones del crimen organizado.

En esta línea se incardinan las acciones dirigidas a la erradicación de sembríos ilegales de hojas de coca, así como la destrucción de pozas de maceración, laboratorios clandestinos y pistas de aterrizaje, entre otras acciones; además de la ejecución de las actividades propias del sistema penal, ya sea primario (propuestas legislativas) o secundario (persecución, juzgamiento y ejecución)

Según el Informe denominado "Perú monitoreo de cultivo de hojas de coca 2013" de julio de 2014, elaborado por la UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito), se informa que de acuerdo a los resultados obtenidos, a diciembre del 2013, la extensión ocupada por coca, por segundo año consecutivo, registró índices decrecientes al reducirse el espacio dedicado al cultivo a 49,800ha, es decir 17.5% menos que el año 2012 (60,400ha). En el mismo informe se indica que en el año 2013, el CORAH (Proyecto Especial de Control y Reducción del Cultivo de la Coca en el Alto Huallaga) logró erradicar 23,947ha,

Al respecto es de precisar que, teniendo en consideración que el artículo 8° de la Constitución Política del Estado establecía la obligación del Estado de combatir y sancionar las actividades vinculadas al tráfico ilícito de drogas; y que el artículo 31° del Decreto Ley N° 22095 (del 21 de febrero de 1978), establecía que quedaba terminantemente prohibido el cultivo de coca y almácigos en nuevas áreas del territorio nacional, prohibición que incluía renovaciones y recalces en los cultivos existentes, por Decreto Supremo N° 043-82-AG del 22 de abril de 1982 se creó el Organismo Ejecutivo del Proyecto Especial "Control y Reducción del Cultivo de la Coca en el Alto Huallaga" - CORAH, como órgano responsable de proyectar, ejecutar y controlar las medidas y acciones de reducción del cultivo de coca. El

CORAH es una institución dependiente del Ministerio del Interior, cuya función esencial es la reducción de sembríos ilegales de hoja de coca.

Posteriormente por Resolución Ministerial N° 0889-94-IN-011100000000 del 27 de diciembre de 1994 se amplió el ámbito de competencia del CORAH a nivel nacional. En el presente año (a abril del 2015) el CORAH ha reportado la destrucción de 9,500 hectáreas de cultivos ilícitos de hojas de coca, incluyendo 44 laboratorios clandestinos

De acuerdo a lo informado por DEVIDA a la fecha ya se han logrado erradicar más de 27,800 hectáreas dedicadas al cultivo ilegal de hojas de coca, siendo la meta anual para el presente año, la erradicación de 30,000 hectáreas del referido cultivo

Del mismo modo, en lo que va del año las Fuerzas Armadas han dado cuenta de la destrucción de 120 pistas de aterrizaje clandestinas en la zona del VRAEM, siendo de precisar que al Estado le cuesta alrededor de S/. 30,000 cada operación de destrucción de pistas, mientras se calcula que los narcotraficantes invierten cerca de S/. 4 mil soles en su reconstrucción³⁸

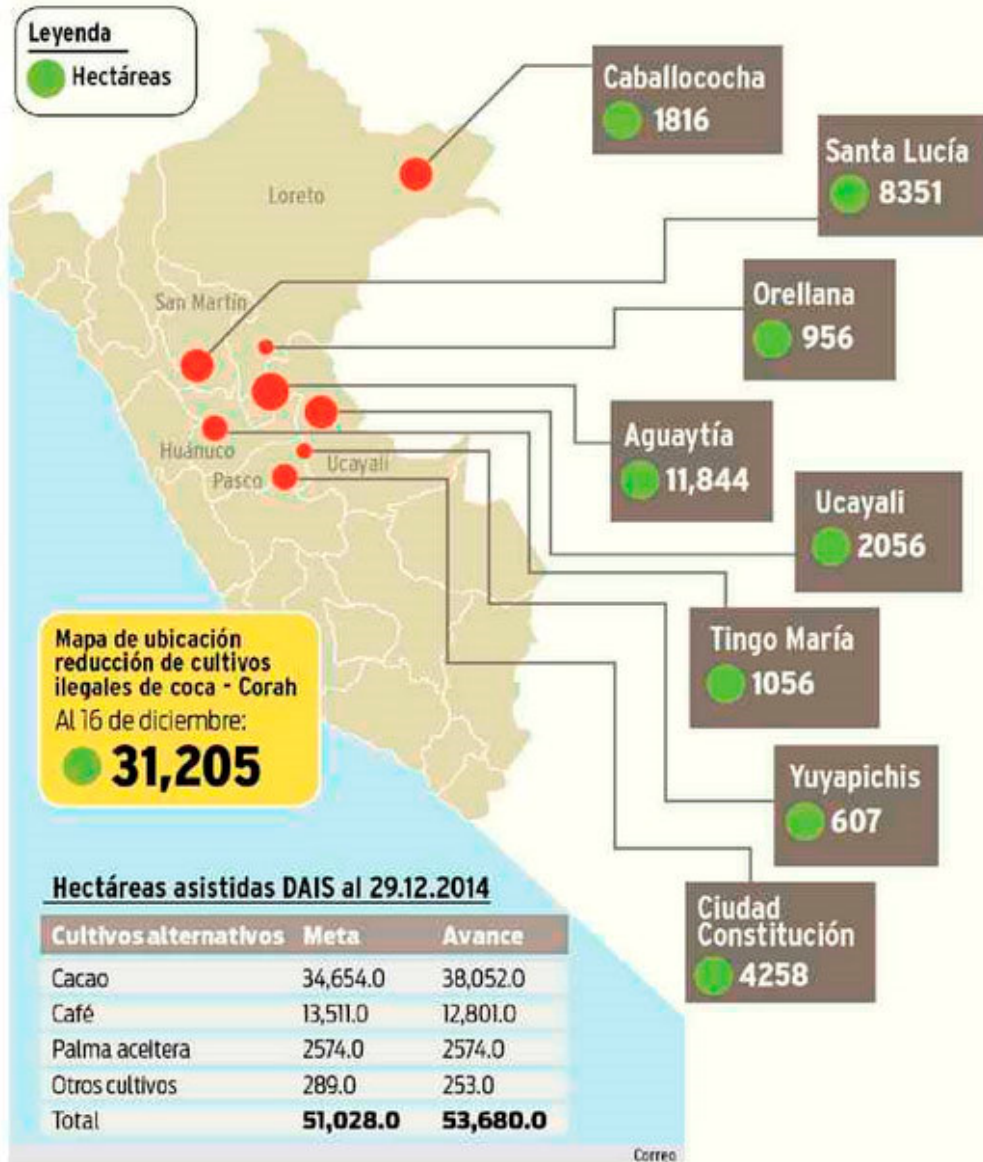
³⁸ Fuente Diario El Comercio, edición del 1° de junio de 2015



En esa misma línea desde el mes de mayo del presente año ya se halla operativo un radar de alerta TPS - 70, instalado en la Base aérea de Puerto Maldonado en Madre de Dios, el cual puede detectar aeronaves que realizan vuelos ilícitos en la zona del VRAEM. Dicho artefacto tiene un alcance de hasta 450 kilómetros, y ha sido instalado conjuntamente por la Fuerza Aérea del Perú y DEVIDA³⁹

³⁹ <http://www.andina.com.pe/agencia/noticia-ministro-defensa-supervisa-radar-antidrogas-madre-dios-559030.aspx>

Mapa de ubicación de reducción de cultivos



c. Prevención y rehabilitación del consumo de drogas.



En esta faceta de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas DEVIDA busca disminuir el consumo de drogas a nivel nacional a través de intervenciones preventivas y terapéuticas que fortalezcan el desarrollo personal y generen espacios protectores en la comunidad, familia y escuela, en un trabajo articulado entre los niveles de gobierno central, regional, local y la sociedad civil

Es importante tener en consideración que la necesidad de establecer estrategias dirigidas a prevenir el consumo de drogas, así como al tratamiento de los consumidores de dichas sustancias, no sólo está relacionado con fines terapéuticos o de salud, sino también económicos, ya que los mecanismos de prevención y tratamiento implican un costo elevado para el Estado. Así en el Informe final del Estudio del Impacto Social y Económico del Consumo de Drogas en el Perú - 2010, elaborado por el

Observatorio Peruano de Drogas - DEVIDA, se señala haberse determinado que el costo de la problemática de las drogas en el Perú es de US\$ 444.7 millones de dólares americanos por año, lo que corresponde a cerca de US\$ 16 dólares per cápita. La magnitud del problema representa un 0.2% del Producto Bruto Interno. De este costo anual corresponden al alcohol 245.4 millones de US\$ o 8.7 US\$ per cápita, a drogas ilegales 192.3 millones de US\$ o 6.8 US\$ per cápita y al tabaco 7 millones de US\$ con 0.2 US\$ per cápita.

En el mismo informe se señala que en cuanto a los componentes del costo total se encuentra que:

- 50.33 millones de dólares se destinan a costos de atención sanitaria.
- 255 millones de dólares a costos labores – productividad.
- 33.33 millones de dólares a costos asociados a daño a la propiedad.
- 105.94 millones de dólares a gastos gubernamentales.

PREVALENCIA EN EL USO DE DROGAS POR CIUDADES			
% de la población de cada ciudad.			
MARIHUANA		DROGAS COCAÍNICAS*	
Cusco	9.7%	Lima Metropolitana	5.1%
Lima Metropolitana	8.9%	Iquitos	3.5%
Tingo María	7.2%	Tingo María	3.2%
Arequipa	5.8%	Arequipa	3.0%
Tacna	5.4%	Tacna	2.6%
Trujillo	5.1%	Tarapoto	2.6%
Tarapoto	5.1%	Pucallpa	2.2%
Iquitos	4.9%	Cusco	1.9%

* Comprende la pasta básica y el clorhidrato de cocaína.

Fuente: Epidemiología de Drogas en Población Urbana Peruana 2013 - CEDRO

pro-expansión

d. Compromiso Global

En la estrategia diseñada por DEVIDA además de los tres ejes principales ya analizados, se incorpora un tercer eje denominado Compromiso global que tiene por finalidad elevar el nivel de compromiso de la Comunidad Internacional y de las entidades nacionales, para incrementar la eficacia de los esfuerzos que realiza el Perú en la lucha contra el problema mundial de las drogas, en el marco del Principio de la Responsabilidad Compartida.

1.3.2.2. La Opción Represiva.

En general desde la perspectiva de política criminal, históricamente, la estrategia peruana de lucha contra el tráfico ilícito de drogas, se ha visto marcada por una fuerte tendencia represiva, que se efectiviza no sólo a través de la destrucción de sembríos, pozas clandestinas, laboratorios y pistas de aterrizaje, dedicadas a dicha actividad ilícita, sino además por una legislación punitiva de corte sobrecriminalizador.

Esta tendencia represiva ha tenido como antecedentes la suscripción, por parte de nuestro país de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, que fue enmendada por el protocolo de 1972 de Estupefacientes; así como el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971 y sobre todo la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, o Convención de Viena (de fecha 20 de diciembre de 1988)

Es de precisar que el tema de la legislación punitiva sustantiva será abordado tanto en la Unidad N° 3 como en la Unidad N° 4 del presente material. además el tema referido a la persecución penal vinculado a las acciones de destrucción de sembríos ilegales de hoja coca, de pozas de maceración, de laboratorios clandestinos y pistas

de aterrizaje, ya ha sido abordado el desarrollar el tema de la política de interdicción y sanción que forma parte de la estrategia diseñada por DEVIDA.

1.3.2.3 La Opción Económica

Luego de que la estrategia de lucha contra el narcotráfico se circunscribió a la adopción de medidas persecutorias y legales marcadas por un tinte represivo, y por ende de afectación a la libertad de aquellas personas que cometían comportamientos vinculados a dichas actividades proscritas, se evidenció que, de manera complementaria, y a fin de dotar de mayor eficacia a la lucha mencionada, era menester afectar el patrimonio de los infractores, ya que finalmente, las actividades vinculadas al narcotráfico buscan el enriquecimiento indebido de sus autores, en consecuencia, para muchos de ellos, más preciada que su libertad resulta siendo el patrimonio mal habido que han ido construyendo; el que ha sido forjado justamente sin importarles el riesgo en el que ponían su libertad, o incluso su vida (Como ocurre en Vietnam, Singapur, Malasia, Laos Kuwait, Indonesia, Tailandia, entre otros).

En ese sentido se ha introduciendo en nuestro sistema normativo una serie de mecanismos dirigidos a afectar el patrimonio construido en base a la comisión de ilícitos penales de enriquecimiento, que buscan, más allá de la sanción, la disuasión, a través del mensaje de que cometer delitos como el tráfico ilícito de drogas no sólo puede traer como consecuencia directa la pérdida de la libertad, sino además, la pérdida del patrimonio construido en base a las ganancias obtenidas por la ejecución de las prácticas vinculadas a dichos ilícitos.

Entre estos mecanismos podemos citar a la inclusión del delito de lavado de activos, así como al denominado proceso de pérdida de dominio. No es menester, por los alcances de este material, ahondar en cada uno de ellos, por lo que, simplemente a efectos de dar un panorama general de la estrategia general ideada

para combatir la delincuencia con fines de enriquecimiento; y en específico el tráfico ilícito de drogas, brindaremos un esbozo de cada uno de los mecanismos mencionados.

1.3.2.3.1 El delito de lavado de activos

Es un delito cuya tipificación busca afectar el patrimonio mal habido de aquellas personas que han cometido ilícitos penales de enriquecimiento.

Respecto a su objeto concreto de protección, en líneas generales, se menciona, que dado su carácter pluriofensivo, y luego de haber superado su inclusión monopólica en el contexto normativo del tráfico ilícito de drogas, lo que se busca proteger es:

- El sistema mismo de prevención de lavado de activos.
- El sistema financiero y económico, que ante la inclusión en el mercado de fondos mal habidos sufre evidentes distorsiones, sobre todo a nivel de la competencia leal que debe existir en los actores económicos.
- La administración de justicia, debido a las prácticas de encubrimiento que buscan ocultar el origen ilícito de los fondos provenientes de la comisión de delitos, y pretenden darles una apariencia de licitud a través de su inserción en el mercado formal, buscando con ello alejarlos de la acción de la Justicia.

Según el portal de la Superintendencia de Banca y Seguros, el lavado de activos es el conjunto de operaciones realizadas por una o más personas naturales o jurídicas, tendientes a ocultar o disfrazar el origen ilícito de bienes o recursos que proviene de actividades delictivas. El delito de lavado de activos, se desarrolla usualmente mediante la realización de varias operaciones, encaminadas a encubrir cualquier rastro del origen ilícito de los

recursos⁴⁰

Inicialmente en el Perú, este delito se hallaba inmerso dentro del contexto del tráfico ilícito de drogas, el cual se estatúa en su única fuente, tal como puede apreciarse del otrora artículo 296-B del Código Penal; posteriormente por Ley N° 27765, del 26 de junio del 2002 se estableció que el lavado de activos no sólo tenía como delito fuente al tráfico ilícito de drogas, sino a otros delitos de enriquecimiento. Finalmente esta norma fue modificada por el Decreto Legislativo N° 1106 - Lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado, de fecha 18 de abril de 2012.

LAVADO DE ACTIVOS : OBJETO DE PROTECCIÓN



⁴⁰ www.sbs.gob.pe/prevencion-de-lavado-activos/categoria/que-es-el-lavado-de-activos/461/c-461

En las formas básicas de lavado de activos, su configuración típica exige su vinculación con un delito precedente o delito fuente de los activos que pretenden posteriormente ser objeto de lavado. Esta exigencia eleva a la categoría de elemento típico a la verificación del delito fuente, lo que no debe confundirse con la autonomía procesal de este tipo de delito. Ello significa que puede abrirse un proceso penal por delito de lavado de activos sin que exista sentencia o incluso proceso abierto respecto al delito fuente, pero, no puede condenarse a alguien por delito de activos si no está acreditado el delito fuente.

En la tipificación de las figuras básicas de lavado de activos, se aprecia elementos propios de un derecho penal de tercera velocidad, no sólo por la respuesta punitiva de cárcel efectiva por el quantum de pena privativa de libertad, sino además por incluir a nivel de tipicidad objetiva, la figura del dolo eventual, flexibilizando el elemento volitivo del mismo.

1.3.2.3.2. Proceso de Pérdida de Dominio.

Es un proceso cuya inclusión parte de la constatación de la contingencia probable, que dentro de un proceso penal, no haya sido posible despojar al infractor del patrimonio obtenido ilícitamente.

Es un proceso de naturaleza real y patrimonial (civil) pero que se tramita ante Juez Penal, y que se dirige contra el bien no contra el infractor penal.

Sus objetivos son:

- Eliminar el vínculo real existente entre el bien de origen ilícito y el infractor.
- Que el bien pase a titularidad del Estado.

Es un proceso de naturaleza civil porque nace con una demanda, a cargo del Fiscal quien tiene la obligación de acreditar el vínculo entre el bien y el infractor; mientras éste tiene que acreditar la licitud de su adquisición; y porque su finalidad, como indicamos es de naturaleza real.



Lecturas obligatorias para la unidad 2

1. Sentencia Caso Fujimori, recaída en el Exp. N° AV. 19 - 2001, de los considerandos 718 al 748 (páginas 625 a 657).
2. JAKOBS, Günther. Derecho Penal del Enemigo. hammurabi. Buenos Aires 2005. Páginas 15 a 64

Resumen de la unidad 2

- El Derecho penal de tercera velocidad se caracteriza por el adelantamiento de la protección penal, la flexibilización de las reglas de imputación, así como de las garantías procesales, y la cárcel como respuesta punitiva.
- Para Jakobs existe un derecho penal del ciudadano y un derecho penal del enemigo, el primero se aplica a quien ha incurrido en un acto ilícito que puede ser concebido como un error, lo que genera que si bien es susceptible de la imposición de una pena, ello no lo hace perder su condición de persona. En cambio el derecho penal del enemigo está pensado para quienes actúan de manera reiterada quebrantando las normas penales o actúan de manera organizada poniendo en peligro a la sociedad misma. Frente a los cuales es menester actuar drásticamente confinándolos a la cárcel, sin que ello persiga finalidad alguna, sino solo como pura sanción que busca asegurar a la sociedad frente a dicho enemigo.
- Los presupuestos objetivos de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados son: el poder de mando y el apartamiento del derecho.
- Los presupuestos subjetivos de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados son: la fungibilidad de sus miembros y la predisposición a realizar actos ilícitos.

Resumen de la unidad 2

- El esquema de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizado no solamente es aplicable a grupos organizados a través de la estructura del Estado, sino también a colectivos que realizan delitos a través de estructuras organizadas.
- La estrategia nacional de lucha contra las drogas, encabezada por DEVIDA, se divide en 4 ejes: i) Desarrollo alternativo, integral y sostenible que persigue la sustitución de cultivos ilegales de hoja de coca por cultivos alternativos que permitan a la población insertarse de manera adecuada al mercado, lo que debe coadyuvarse a través de un proceso de saneamiento y titulación de tierras, así como de políticas de desarrollo educativo y de comunicaciones; ii) interdicción y sanción, que persigue la eliminación de sembríos ilegales de hojas de coca, así como de laboratorios clandestinos, pozas de maceración y pistas de aterrizaje; además de la legislación punitiva correspondiente; iii) prevención y rehabilitación del consumo de drogas, que se sustenta no sólo en consideraciones sanitarias, sino también de índole económico, debido al costo que demanda para el Estado la implementación de la estrategia anti drogas; y iv) el compromiso global como un eje estratégico complementario.
- La opción represiva del Estado, en materia de lucha contra el tráfico ilícito de drogas, ha venido marcando el tinte de la legislación

Resumen de la unidad 2

peruana en dicha materia, lo que tenía como correlato la Convención de Viena de 1988.

- Actualmente, y de manera paralela a la opción represiva se ha ido implementando mecanismos económicos de lucha contra el tráfico ilícito de drogas, entre los que destacan la inclusión de la figura del lavado de activos y el proceso de pérdida de dominio.



CASO PARA LA UNIDAD 2

El día 15 de agosto de 2014, en el Puerto de Rotterdam en Holanda, la policía local logra detener a Jeremías Lacroix, buscado miembro de la mafia de Montenegro, que según los reportes de Interpol se dedicaban a introducir cocaína en Europa Oriental.

Entre sus pertenencias, se logra incautar dos teléfonos celulares, en uno de los cuales se encontró registros de conversaciones, vía messenger, entre otros, con Telémaco Barnuevo, un conocido empresario peruano dedicado a la agroindustria, sobre todo a la exportación de arándanos a Europa. En los mensajes había diálogos como el siguiente:

- Jer ya te envié dos cargas y aún no he recibido ni si quiera el adelanto de ley.
- Mr. Bar he recibido ambos cargamentos, el segundo no era de primera calidad, igual te los voy a pagar, pero ha habido demora en su llegada. Necesito una carga adicional en 30 días para abastecer mercado pro campeonato de Sky.
- Si no me pagas lo adeudado no podemos continuar proveyéndote de lo necesario.
- Esta bien Mr. Bar mañana llega mi primo Aldeir con lo adeudado, pero requiero cargamento adicional.

En una segunda conversación se puede leer:

- Jer recibí lo adeudado, todo Ok.
- Mr. Bar que hay de mi cargamento adicional, confirmame para entregar adelanto.

- Jer. hombres de verde están molestando a mis proveedores, no puedo tener cargamento completo para fecha indicada, no me puedo comprometer.

- Mr. Bar me gusta seriedad, voy a trabajar con la Cumbia. avísame cuando ola verde desaparezca.

La policía Holandesa, conjuntamente con la Interpol se ponen de acuerdo con la policía peruana, quienes dirigidos por la policía inician las investigaciones del caso, en absoluta reserva , consiguiendo las respectivas restricciones de derechos judiciales, a fin de obtener los medios de convicción necesarios.

Se pudo establecer que en las fechas indicadas en las conversaciones antes citadas, no se registraba exportaciones de arándanos a Holanda, por parte de Agrotel, que era la empresa de Telemaco Barnuevo; así mismo no se registraba, en sus cuentas ni corporativas ni personales, ingresos de dinero en la fecha en la que supuestamente había arribado a Perú el señor Aldeir. Del mismo modo se verificó que Colombia (país de la cumbia) no era productor de arándanos, y que hombres de verde era una forma de referirse al personal policial.

Con estos datos, la Fiscalía solicitó la detención de Telémaco Barnuevo, cuyo paradero era desconocido desde la intervención a Jeremías Lacroix.

Prosiguiendo con las investigaciones, y con la ayuda de colaboradores eficaces, se estableció que Telémaco tenía una organización dedicada al acopio y posterior exportación de cocaína para lo cual adquiría la

cocaína en el Valle de Antigua y en el Valle de Pomarrosa, contando para tal efecto con el apoyo de André y Miguel respectivamente, quienes eran oriundos de dichos valles (André era de Antigua, y Miguel de Pomarrosa), debiendo precisarse que los "curacas" de ambos lugares, eran sumamente desconfiados y que habían señalado que ellos no iban a realizar negocio alguno con Telémaco, si es que no era a través de André y Miguel respectivamente.

Del mismo modo se estableció que para el traslado de la cocaína al Puerto de Pisco, se utilizaba los servicios del clan de los hermanos Aramis, que era una mafia dedicada al transporte de todo tipo de productos ilegales y que era liderada por Diana y July Aramis; y que para la colocación y traslado en buque de la mercadería se pagaba un fit mensual a malos estibadores que laboraban en dicho puerto y que prestaban sus servicios a diferentes narcotraficantes.

Finalmente se logró determinar que a fin de prestar seguridad a sus cargamentos así como enfrentarse a la policía, cuando pretendían intervenir a los mismos, la organización contaba con Juan Pedro y Víctor, dos hermanos que habían nacido en una alejada localidad de Ayacucho y cuyos padres, según lo que ellos referían habían sido asesinados por la policía, por lo que el móvil que los llevaba a intervenir en las acciones antes referidas, era la venganza contra las fuerzas policiales, y por ello no participaban de las utilidades del "negocio" contentándose con recibir el armamento necesario y el prestigio de pertenecer a una organización criminal. Incluso se detectó que Juan Pedro y Víctor, habían obtenido la fama de despiadados, no sólo por haber herido a policías, sino porque cuando no estaban realizando sus labores para Telémaco, aprovechando el armamento con el que contaban, incursionaban por las comarcas cercanas

a los valles mencionados, donde procedían a robar y ultrajar a las mujeres que allí poblaban, incluso a varias de ellas las habían secuestrado y negociado con propietarios de los bares de las ciudades para dedicarlas a la prostitución.

Al ser capturados Juan Pedro y Víctor, negaron conocer a Telémaco, pero que si sabían que era el "capo", pero que nunca lo habían visto, precisando que recibían sus instrucciones de Iván, que era un policía retirado, quien viajaba frecuentemente a Lima. Del mismo modo indicaron que cuando realizaban las labores de protección a los cargamentos de la organización, ellos sub contrataban a "amigos del barrio", a quienes solo conocían por sus alias y quienes además prestaban servicios a otras "empresas" para realizar "trabajitos".



PREGUNTA:

De acuerdo a los presupuestos que deben concurrir para determinar la aplicación de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Analice el caso, verifique si se dan dichos presupuestos, y si sería factible atribuir responsabilidad a Telémaco y a Jeremías, precisando por qué hechos.

UNIDAD III

EL TIPO BASE DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS



Unidad
3

EL TIPO BASE DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Presentación de la Unidad 3

El tráfico ilícito es un elemento esencial para plantearnos la complejidad del llamado problema de la droga; puede incluso afirmarse que es *conditio sine qua non* para la existencia de tamaño conflicto en una sociedad, como origen, mantenimiento y fomento de las drogodependencias. Según Prado Saldarriaga, el tráfico ilícito de drogas (en adelante “TID”), es en su sentido más amplio, un proceso económico en el cual las sustancias o drogas constituyen el bien manufacturado y distribuido⁴¹. *Strictu sensu*, es un sistema orgánico que vincula elementos, objetivos, infraestructura, maquinaria e individuos, con el objetivo de la producción y comercialización, búsqueda, sostenimiento y creación de un mercado de consumo y de demanda de drogas.

La ilegalidad de tal operatividad no deriva –en principio– de las drogas mismas, ya que algunas drogas están permitidas por motivos terapéuticos, quirúrgicos o industriales. El motivo real son los objetivos y *modus operandi* perseguidos por el TID, que se apartan y contradicen con los patrones de tolerancia y utilidad social asignado por el Estado a tales sustancias. Y es que el TID no busca explorar y extraer lo beneficioso de ellas, sino que actúa en base a lo negativo de ellas: su nocividad adictiva y de toxicomanía, motivo por el cual el Estado busca erradicarlo, para defender sus políticas de sanidad y desarrollo. En la realidad, conlleva incluso el incremento de la

⁴¹PRADO SALDARRIAGA, V. Op. Cit. P.

delincuencia (guerra de pandillas, secuestros o extorsión), la degradación del capital social, el debilitamiento del imperio de la ley y la creencia de la población en la legalidad, además de corrupción y pérdida de cohesión de la comunidad⁴².

Efectivamente no puede perderse de vista que el tráfico ilícito de drogas, es un delito eminentemente de enriquecimiento, es decir que su comisión está dirigida a la obtención o incremento patrimonial indebido.

Pero el Derecho Penal fue el método para dicha batalla recién a partir de 1936, año en el cual se suscribió en Ginebra la primera convención internacional para la represión de estas formas de producción y comercio de drogas. En cambio, desde las primeras décadas del siglo XX hasta antes de 1930, se había combatido este mal solamente a través de regulaciones administrativas, restringiendo el Estado la producción y comercio formal de drogas solo al opio, cocaína y derivados. Desde esa primera Convención hasta nuestros días, el delito de TID ha consolidado su condición de “delito universal”, despertando a nivel mundial usualmente una persecución criminal altamente severa e ínfimamente efectiva, dejando de lado un necesario abordaje interinstitucional y multidisciplinario, que propenda al fortalecimiento de las acciones de prevención. La manifestación normativa más importante de esta etapa de persecución penal es la Convención de Las Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988).

Lamentablemente el Derecho Penal normativo ha tenido poca eficiencia en el combate contra el narcotráfico, generando todo un contexto en el que no se trata de un problema sólo de la droga, en el que incluso existe la contradicción de tener drogas legales e ilegales, siendo las primeras de

⁴² Apreciación extraída del curso online sobre La Problemática de las Drogas en el Perú, propuesto por CEDRO en el año 2013, a cargo del docente Comandante PNP Víctor Hugo Tuesta Castro. Disponible en: http://www.cedro.org.pe/cursoonline20134/descargas/Modulo_3.pdf

ellas, de mayor incidencia nociva en las personas, sino que el problema se amplía a temas como el consumo abusivo; el crimen organizado, cuya actividad usual y preferida es el tráfico ilícito de drogas y el lavado de dinero, la necesidad de recurrir a métodos especiales de persecución del delito, muchas veces de sospechosa constitucionalidad. Lamentablemente, es hoy por hoy el TID una de las actividades criminales más lucrativas y mejor estructuradas, con reparto, incluso mundial, de las cadenas de producción, transporte, comercialización y distribución. Es un fenómeno que subsiste porque es muy lucrativo y porque existe un mercado por satisfacer; es por ello que de manera acertada Prado Saldarriaga hace hincapié en el carácter funcional del problema de la droga que no es sólo un problema de consumo indebido o de sólo tráfico ilícito, sino que son ambos. Mientras haya tráfico ilícito habrá farmacodependencia y viceversa, son facetas del mismo problema⁴³.



⁴³ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. El tratamiento penal de la posesión de drogas para el propio consumo en la legislación peruana.

En www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_68.pdf. P.11

DROGA ILÍCITA DECOMISADA POR AÑO, SEGÚN TIPO, 2005 - 2013

Kilogramo (Kg.)

Tipo	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Total	18 019	16 718	15 684	30 623	22 842	35 041	27 785	35 414	28 003
Pasta Básica de Cocaína	4 583	4 852	6 261	11 375	9 914	13 491	13 975	19 697	10 841
Clorhidrato de Cocaína	11 763	10 409	8 136	16 836	10 744	17 658	10 758	12 677	13 332
Marihuana	1 159	1 351	1 161	2 275	2 109	3 871	3 048	2 967	3 761
Látex de Amapola	130	103	126	128	74	21	4	71	69
Alcaloide de Opio	376	0	0	0	0	0	0	0	0
Morfina	0	0	0	8	0	0	0	0	0
Heroína	8	2	0	0	1.2	0	0	2	0
Éxtasis (unidad)	158	0	179	1 619	112	251	229	0	0

Nota: La suma puede no coincidir con el total, debido al redondeo de cifras por kilos.

Fuente: Ministerio del Interior - Dirección de Gestión en Tecnología de la Información y Comunicaciones.

Se ha sostenido incluso que tales políticas meramente prohibicionistas generan violencia y corrupción, mercados subterráneos en crecimiento, gastos públicos destinados a las fuerzas judiciales y policiales para persecución penal, y, al volverse ilícita y clandestina la circulación de la droga, las organizaciones criminales dedicadas al TID y al lavado de activos ven una clara oportunidad para sus objetivos⁴⁴. Las estrategias político criminales de los Estados no se preocupan por remediar la lamentable realidad de los ciudadanos que, por adolecer de escasos recursos económicos, se ven obligados a formar parte de la cadena de producción, comercialización, consumo, y tráfico de drogas.

⁴⁴ Enunciado de Ethan Nadelmann en el año 2001, director del entonces Lindesmith Center, antes de su fusión con la Drug Policy Foundation para formar Drug Policy Alliance. Opinión recogida en FRISANCHO APARICIO, Manuel. Tráfico Ilícito de Drogas y Lavado de Dinero. Jurista Editores. Lima, 2002. P. 54.

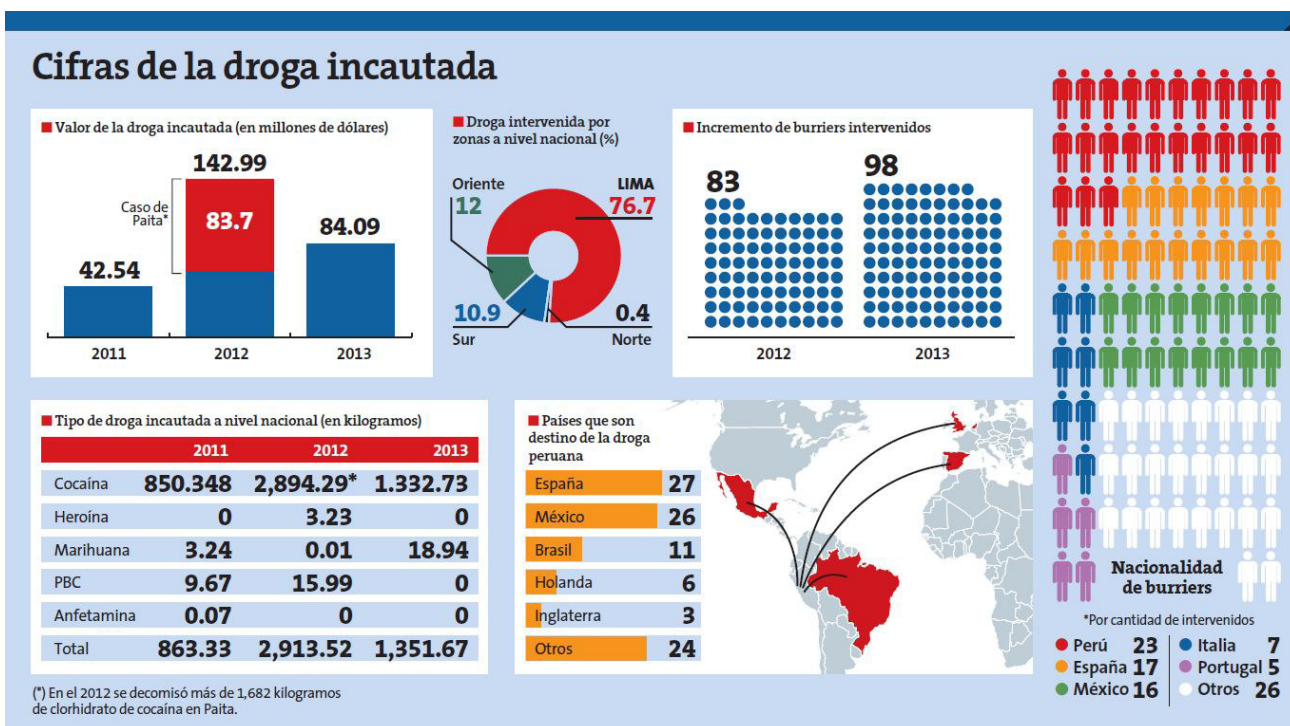
La ineficacia de la acción penalmente represiva, ha generado que haya autores que plantean una opción económica dirigida a la destrucción de la industria de las drogas a través de su despenalización-legalización controlada⁴⁵ de las mismas, es decir, la desaparición de la línea divisoria entre las drogas permitidas y las prohibidas, siempre de la mano de una estricta actividad controladora del Estado. se sostiene que de esa manera al haber acceso abierto a la actividad del narcotráfico, la competencia va a crecer y por ende se debe experimentar una reducción del costo del producto, ello debe generar que al ser una actividad menos lucrativa no va a resultar tan atractiva para organizaciones criminales; además ello va a permitir que el Estado pueda controlar la calidad del producto y recaudar impuestos de su comercialización.

Las organizaciones criminales dedicadas al TID, escogen a países tercermundistas o emergentes, como centros productivos de las drogas y sustancias objeto de su actividad, en términos de mínima inversión, máximo rendimiento y utilidad. En estos países, estas organizaciones se desarrollan porque los estados tiene poca institucionalidad, lo que permite poder infiltrarse rápidamente en sus estamentos, sobre todo en las agencias de control, a través de prácticas corruptivas; adicionalmente a ello, se verifica que en las zonas de producción existe poca presencia estatal, y en algunos casos, marcadas situaciones de injusticia social y de evidentes necesidades poblacionales insatisfechas oficialmente, lo que origina un caldo de cultivo eficiente para que dichas organizaciones desarrollen fácilmente sus actividades.

Sin embargo, ya cuando se trata de la comercialización del producto, a fin de maximizar la obtención de ingresos, dichas organizaciones buscan mercados con mayores niveles de ingresos *per capita*. En estos mercados,

⁴⁵ FRISANCHO APARICIO, M. Op. Cit P. 53 y ss.

que corresponden a países desarrollados con economías sólidas, la persecución del narcotráfico es mayor, por lo que ambos elementos: mayor control y mayor capacidad de gasto por parte del consumidor, genera que el “producto” se cotice a un elevado precio, pero siempre alcanzable para el consumidor final. Estados Unidos, Europa y el Asia Oriental son mercados predilectos de demanda de drogas producidas en América Latina.



Fuente: Peru21



Preguntas guía para el estudio de la Unidad 3

1. ¿Cuál es el bien jurídico tutelado en el delito de tráfico Ilícito de Drogas?
2. ¿El consumo de drogas prohibidas constituye delito?
3. ¿Cuál es el tratamiento dogmático y judicial que debe darse a la actividad de transporte de drogas realizada por los burriers o correos de droga?
4. ¿Qué tipo de cultivo se halla prohibido en nuestra legislación sobre TID?

1.1. Introducción.

El presente capítulo no pretende dar respuesta a los problemas generados por el narcotráfico, y a los que ya hemos tenido oportunidad de referirnos, sino que su propósito es la exposición, análisis y crítica de las normas que recogen la descripción básica del delito de TID, de la mano de las soluciones de interpretación típica, ofrecidas tanto por el aporte doctrinario como por la jurisprudencia de nuestra Sala Penal Nacional, Tribunal Constitucional y Corte Suprema de la República.

En ese contexto no debemos olvidar que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03154-2011-PHC/TC de fecha 23 de octubre de 2012,

ha señalado que en el marco del artículo 8⁴⁶ de la Carta Magna, la obligación del Estado peruano de sancionar el TID no se agota en la criminalización de conductas en el Código Penal y leyes especiales, sino que debe procurarse el establecimiento de procedimientos de investigación eficientes, es decir, que objetivamente demuestren resultados cada vez más eficaces; lo contrario, implicaría clara infracción constitucional.

Se explicará cómo, el legislador ha optado por circunscribirse a un Derecho Penal de Tercera Velocidad, ya que ha adelantado las barreras de protección, castigando como delito consumado conductas comprendidas en los actos preparatorios; y sancionando tales conductas con cárcel de parámetros bastante lesivos.

1.2. Marco Legal.

- Código Penal.
- Decreto Legislativo N° 982 (publicado el 22 de julio de 2007).
- Ley N° 28002 (publicada el 17 de junio de 2003).
- Ley N° 30077 (publicada el 20 de agosto de 2013).
- Ley N° 30219 (publicada el 8 de julio de 2014).
- Ley N° 22095.
- Decreto Supremo N° 024-2013-EF.
- Decreto Supremo N° 044-2013-EF.
- Decreto Legislativo N° 1126 (publicado el 1° de noviembre de 2012).

⁴⁶Sobre represión al TID, el artículo 8 señala: “*El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, regula el uso de los tóxicos sociales*”.

1.3. Desarrollo de Contenidos.

1.6.1. Descripción legal y Bien Jurídico Tutelado

a. Descripción Legal.

Artículo 296.- Promoción o favorecimiento al TID

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 menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2) y 4).

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 años y con ciento veinte a ciento ochenta días-multa.

El que provee, produce, acopie o comercialice materias primas o insumos para ser destinados a la elaboración ilegal de drogas en cualquiera de sus etapas de maceración, procesamiento o elaboración 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.

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.”

b. Bien Jurídico Tutelado

Siguiendo a PEÑA CABRERA FREYRE⁴⁷, la legislación nacional sanciona conductas antijurídicas como producción, elaboración, tráfico, comercialización y microcomercialización, caracterizadas por ser peligrosas para la salud, o incluso para la propia vida. Es necesario proteger estos bienes también ante agresiones producidas por el uso o consumo de estas sustancias.

La determinación del bien jurídico protegido ha sido polémica, habiéndose planteado en un primer momento como objeto de protección los intereses culturales o morales del Estado. Aun así, pese a que los intereses mencionados son dignos de protección y se encuentran protegidos por los tipos penales, es la salud pública el bien jurídico que se configuró como objeto de protección de la normatividad penal *sub análisis*.

Según la Organización Mundial de la Salud - OMS, debe entenderse salud como el estado de completo bienestar físico, mental y social, y que no debe entenderse restrictivamente como la ausencia de enfermedades o afecciones. A la misma conclusión se llegó en la Convención Única de 1961 y Conferencia de Naciones Unidas para la aprobación de una Convención Única sobre Estupefacientes, de las Naciones Unidas, celebrada en Nueva York - EE.UU.

No presenta relevancia actualmente la clásica definición de salud establecida por la Real Academia Española de la Lengua: *“Estado en que el*

⁴⁷PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Tráfico Ilícito de Drogas y delitos conexos. 2a edición. Editorial Rodhas. Lima, 2013 P.74

ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones”, habida cuenta de que el término ‘enfermedad’ es definido en negativo respecto del término salud.

Integrando los conceptos mencionados, pueden encontrarse en el contenido término salud pública dos ópticas: 1) en positivo, salud es un estado o sensación de bienestar, y 2) en negativo, sería la ausencia de afectaciones o situaciones perturbadoras del equilibrio orgánico del colectivo.

Por ello, para algunos autores la salud pública se erige como bien jurídico independiente de la salud individual, de manera que, con tendencia a la abstracción, se proyecta sobre “el conjunto de condiciones positivas y negativas y fomentan la salud”. La salud pública no es una fórmula para proteger a la salud individual de amenazas proyectadas sobre ella, sino que aunque complementa al bien individual, termina asumiendo perfiles propios y diferenciables que protegen el peligro común de sujetos pasivos indeterminados. Es la salud abstracta o general de la comunidad o salud universal protegida de peligros que afectan la vida normal de la colectividad.

Es decir la salud pública se erige como un bien jurídico colectivo, cuyo titular es la sociedad en su conjunto como una amalgama de individuos indeterminados. Sin embargo se debe tener en consideración que existen autores para los cuales, la salud pública no es más que la salud de cada individuo que forma parte de la sociedad, motivo por el cual no se estaría frente a un bien jurídico colectivo, sino frente a varios bienes jurídicos individuales⁴⁸

⁴⁸ PARIONA ARANA, Raúl. El derecho penal moderno, en Revista Jurídica del Perú. N° 97. Gaceta Jurídica. Lima. 2002. P. 261 y ss. Citado por CHAGUA PAYANO, Fenirupd Leky. Análisis sobre los fundamentos y criterios de la no punición de posesión de drogas para el propio consumo. En Actualidad penal. Volumen 9, Instituto pacífico. Lima, marzo 2015. P. 161

La Corte Suprema de Justicia del Perú, en la Ejecutoria recaída en el expediente N° 2113-98-Lima, ha señalado que:

“Si bien es cierto que genéricamente este delito arremete a la salud pública como bien jurídico, no debe olvidarse que los efectos de esta agresión inciden directamente en la salud física y mental de la persona humana, con efectos muchas veces irreversibles, causando inclusive la degeneración genética con imprevisibles consecuencias futuras para la humanidad y por el mismo motivo la incidencia de estos delitos también afecta a la estructura social, política, cultural y económica de los Estados.”

Es importante indicar que los tipos penales que sancionan las figuras de Tráfico Ilícito de Drogas se configuran como de peligro abstracto, ya que adelantan la protección del bien jurídico, reaccionando no ante la lesión o puesta en peligro concreta del mismo, sino sancionando a conductas que estadísticamente resultan siendo peligrosas. Esto tiene sustento en el primer párrafo del artículo 296 de nuestro Código Penal, del cual se infiere que la afectación pública se configura con una amenaza potencial.

Finalmente, puede también sostenerse que se trata, ante la falta de afectación real y concreta del bien jurídico, de tipos penales formales o de mera desobediencia, donde el Estado no quiere que se trafique con drogas prohibidas, y la mera desobediencia es sancionada, independientemente si se ha afectado o no un bien jurídico, aun cuando sea de manera potencial.

En este punto es importante señalar que BRAMONT-ARIAS TORRES y GARCÍA CANTIZANO⁴⁹ precisan que si bien el bien jurídico protegido es la salud pública como bien macrosocial, hay disposiciones (artículos 296-C y

⁴⁹BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Manual de Derecho Penal: Parte Especial. 4ta edición, aumentada y actualizada. Editorial San Marcos. Lima, 2006. P.521.

301) que protegen la libertad personal, resguardando la salud pública solamente de manera indirecta. Por ello concluyen estos dogmáticos, deberían ser trasladadas estas disposiciones normativas al capítulo del Código Penal dedicado a la protección de la libertad personal.

1.6.2. Objeto material del delito

De acuerdo a la descripción del tipo base encontramos dos objetos respecto de los cuales puede recaer las conductas prohibidas:

- Drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas
- Materias primas o insumos

Respecto al primer objeto podemos señalar que según el Diccionario de la Real Academia Española, el término "droga" alude en primer lugar a un sentido común o cotidiano, definiéndolo como aquella sustancia mineral, vegetal o animal, empleada en medicina, industria o bellas artes. En segundo lugar, se define como la sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno.

Seguidamente encontramos la definición médica, la cual señala como droga a toda sustancia que modifica funciones al ser introducida en un organismo vivo. Definición que por su generalidad no será tomada en cuenta para este trabajo, ya que a través de ella quedaría incluido dentro del concepto de droga, cualquier alimento y producto químico.

Desde la perspectiva farmacológica, droga es una sustancia que genera la modificación de las actitudes del ser humano, por una alteración de la corteza cerebral, definición que englobaría a las drogas prohibidas sino incluso a las de consumo permitido, como las bebidas alcohólicas y al

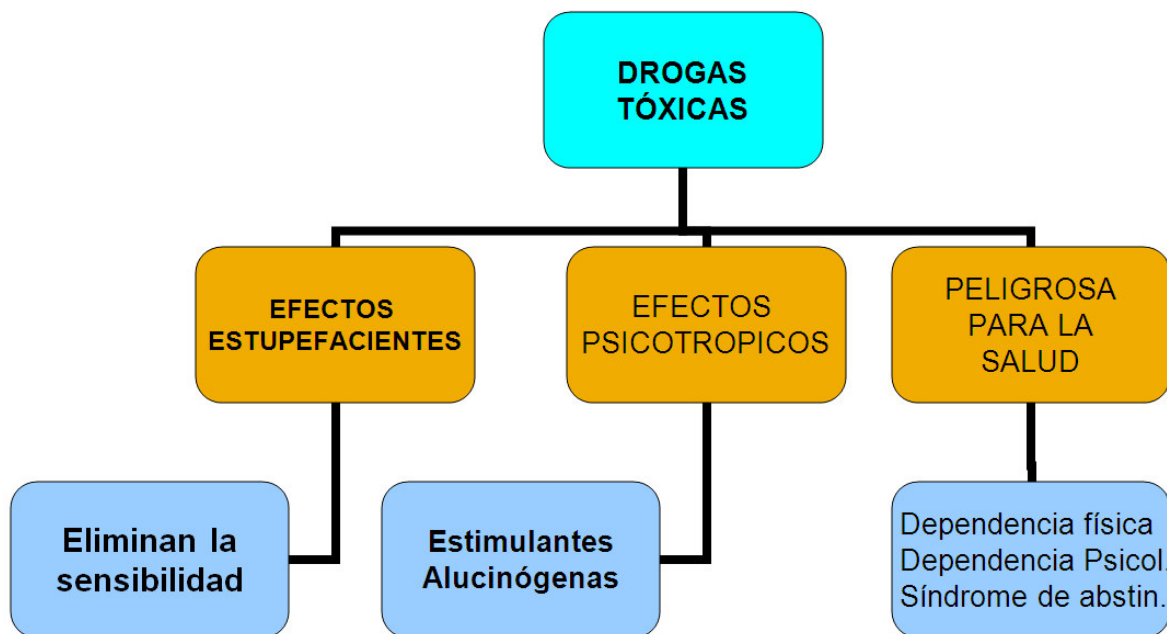
tabaco.

Siguiendo a FRISANCHO APARICIO⁵⁰ nuestro Código Penal no acoge ninguna de esas definiciones. La más relevante es la definición fenomenológica suscrita por la Organización Mundial de la Salud, según la cual droga es cualquier sustancia natural o sintética que al ingresar al organismo humano es causante de los siguientes efectos:

- Afán incontenible de continuar consumiendo la sustancia.
- Dependencia física a los efectos de la droga, lo cual torna necesario realmente el consumo de la droga para evitar el síndrome de abstinencia.
- El efecto señalado por Fernández Carrasquilla, un creciente acostumbramiento de las funciones vitales a estas sustancias, exigiendo - aunque no sean necesarias para conservar la vida o la salud- cada vez mayores dosis de consumo, y mostrando perturbaciones al no hacerlo.

En general podemos mencionar que las drogas tóxicas son sustancias naturales o sintéticas, cuya comercialización se halla total o parcialmente prohibida, y que tienden a causar sensaciones como euforia, ruptura de frenos inhibitorios normales, alucinaciones, depresiones; etc. o a suprimir el dolor físico que se sufre, pero cuyo consumo genera efectos perjudiciales para la salud de quienes las consumen.

⁵⁰FRISANCHO APARICIO, M. Op. Cit. P.74



A la fecha sigue sin haber consenso sobre un concepto jurídico penal de droga tóxica o normativamente mejor nombrada como droga prohibida, debido a la variedad de sustancias y estupefacientes que circulan en el mercado, y sobre todo atendiendo a la aparición de nuevas sustancias sintéticas que producen similares o peores efectos perjudiciales para el consumidor. A pesar de ello, doctrinal y jurisprudencialmente se ha recurrido a dos corrientes:

- a) La recurrencia a las listas establecidas en los Convenios Internacionales sobre la materia, y
- b) El análisis exegético de cada Código Penal (bien jurídico, dañosidad, ubicación sistemática y el registro enunciativo de drogas nacionales y extranjeras).

Según PRADO SALDARRIAGA, el caso peruano ha mantenido la influencia del tipo penal español que le sirvió como fuente al legislador, de manera que la designación del objeto de acción se hace sobre la base de la

clasificación farmacológica de las sustancias fiscalizadas y los efectos clínicos correspondientes.

Así, de la lectura literal del tipo penal matriz o base, puede concluirse que nos encontramos ante una ley penal en blanco. Esta figura se presenta cuando el supuesto de hecho de la norma jurídico penal se incluyen elementos cuyo contenido no puede ser complementado por el derecho penal, siendo necesario, para ello, recurrir a normas extra penales, generalmente de tipo administrativo. Debiendo quedar claramente establecido que la norma extra penal de complemento jamás puede definir la conducta prohibida ni mucho menos la sanción, elementos que deben obligatoriamente estar presentes en la norma penal. Naturalmente, una norma de esta naturaleza siempre viene acompañada por la crítica de posible infracción al principio de legalidad en su modalidad de reserva de ley, exigido en la elaboración de normas penales, pero como indicamos, esta vulneración no ocurre cuando la conducta prohibida y la sanción se hallan expresamente contempladas en la norma penal.

Así las cosas, determinadas sustancias solo podrían considerarse incluidas como objeto material del delito de TID si han sido incorporadas por los Reglamentos y tratados correspondientes. Claro cabe la pregunta que ocurre ante la innovación de la "industria" del narcotráfico, que puede genera sustancias tóxicas, con efectos más peligrosos para la salud humana que las drogas tóxicas existentes, pero que justamente por su novedad no se hallan incluidas en normas reglamentarias o tratados multinacionales. En este caso consideramos que la interpretación judicial puede sostenerse en la lesividad de la sustancia y en su no permisibilidad de su tráfico, parámetros que pueden permitir evitar vacíos de impunidad, debiendo anotarse que ello implicaría una interpretación analógica, la misma que no se halla prohibida, como método interpretativo normativo, de nuestro sistema penal, el que proscribe la aplicación analógica, que es un

supuesto de integración mas no de interpretación.

Ahora bien puede acontecer el caso contrario, es decir que una sustancia se halle incluida en una norma administrativa o en algún tratado multilateral, pero que científicamente se haya acreditado su incapacidad tóxica. En este supuesto, según algunos autores consideran que para determinar la tipicidad de la conducta, respecto al objeto del delito, le bastaría al juzgador remitirse a la normatividad internacional para dar por satisfecha su labor de subsunción normativa, sin importar que la sustancia en cuestión posea en abstracto la entidad suficiente para generar un riesgo al bien jurídico protegido, posición con la que discrepamos por su alejamiento con el principio de lesividad.

1.6.2.1. Drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas

Según PEÑA CABRERA FREYRE⁵¹, postura confirmada por la evidente redacción elegida por el legislador peruano en el tipo penal base, la utilización de dicha expresión materia de este acápite es consecuencia de la asimilación directa de la fuente legal española. Efectivamente, en el Derecho español el objeto de acción ha mantenido esa redacción desde la década de los 60, e incluso en el Código Penal español de 1995, alineado claramente con los convenios internacionales de fiscalización (convención psicotrópica de 1971).

Cabe mencionar que a nivel doctrinal se han establecido dos clases de drogas, según los efectos que provoca. Así, son “drogas duras” las que generan o pueden generar estragos graves en el organismo humano que las consume, y que además pueden propiciar dependencia. Por contrapartida, las “drogas blandas” son las que no ocasionan los graves

⁵¹ PEÑA CABRERA FREYRE. Op. Cit. P. 98

efectos descritos, y que no ocasionan el síndrome de abstinencia.

Tal como señala BRAMONT-ARIAS TORRES⁵², la diferencia entre estupefacientes y psicotrópicos se encuentra en la forma en que actúan. Los primeros provocan adormecimiento u obnubilación y la pérdida de la sensibilidad; entre ellos pueden citarse cannabis, cocaína, heroína y opio. Los segundos pueden producir un estado de dependencia y estimulación o depresión del sistema nervioso central, teniendo como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora, del juicio, del comportamiento o estado de ánimo. Entre ellos están los sedantes, tranquilizantes, anfetaminas, etc.

El tratadista español Francisco Muñoz Conde, citado por Peña Cabrera Freyre⁵³ propone una interpretación más teleológica que el mero recurso a la normatividad extrapenal nacional e internacional y a la lesividad a la salud pública. Parte de la incontrovertida consideración del TID como un delito contra la salud pública, de manera que, con independencia de su clasificación farmacológica, lo esencial es que las sustancias objeto del tipo sean peligrosas. De esa manera, la revisión de los listados internacionales se torna meramente indicativa, ya que hay sustancias listadas que son menos peligrosas que las de consumo habitual legal (alcohol, tabaco, etc.), e incluso algunas no son peligrosas en absoluto. Concluye este jurista que, con ayuda de especialistas, el Juez del caso concreto deberá—con ayuda de especialistas—calificar si la sustancia es peligrosa para la salud del colectivo y si puede ser catalogada como estupefaciente o psicotrópico.

En ese sentido PEÑA CABRERA FREYRE propone el siguiente criterio de interpretación, basado en las Listas I y II-A anexas al Decreto Ley 22095, Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas, las cuales no fueron

⁵²BRAMONT-ARIAS TORRES, Op. Cit. p. 523 y ss.

⁵³Tomado de PEÑA CABRERA FREYRE. Op. Cit. P. 100

suprimidas por el Código Penal de 1991 y siguen vigentes, reuniendo alternativamente drogas estupefacientes y psicotrópicos. En ese sentido, cuando estemos ante sustancias ausentes de estas listas, el juzgador analizará si la sustancia produce efectos estupefacientes o psicotrópicos y si es peligrosa para la salud pública, debido a que podría producir dependencia física, psicológica o síndrome de abstinencia.

El texto de estas listas reza de la siguiente manera:

“Ley 22095 - Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas.

(...)

ANEXO ENUMERACION DE DROGAS SOMETIDAS A FISCALIZACION

LISTA I

"A"

1. Cannabis
2. Concentrado de Paja de Adormidera.
3. Extracto de vegetales diversos susceptibles de uso indebido.
4. Heroína.
5. Oxicodona (*)

"B"

1. DET
2. DMHP
3. DMT
4. (+) - Lisergida
5. Mescalina
6. Parahexilo

7. Psilocina Psilotsina
8. Psilocibina
9. STP.DOM
10. Tetrahidrocannabinoles

(*) Las denominaciones comunes internacionales (DCI) elegidas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) aparecen subrayadas. Otras denominaciones comunes o triviales (no subrayadas) se indican cuando todavía el organismo nomenclador de la OMS no ha elegido ninguna DCI, o además de la DCI, como ayuda referencial.

LISTA II

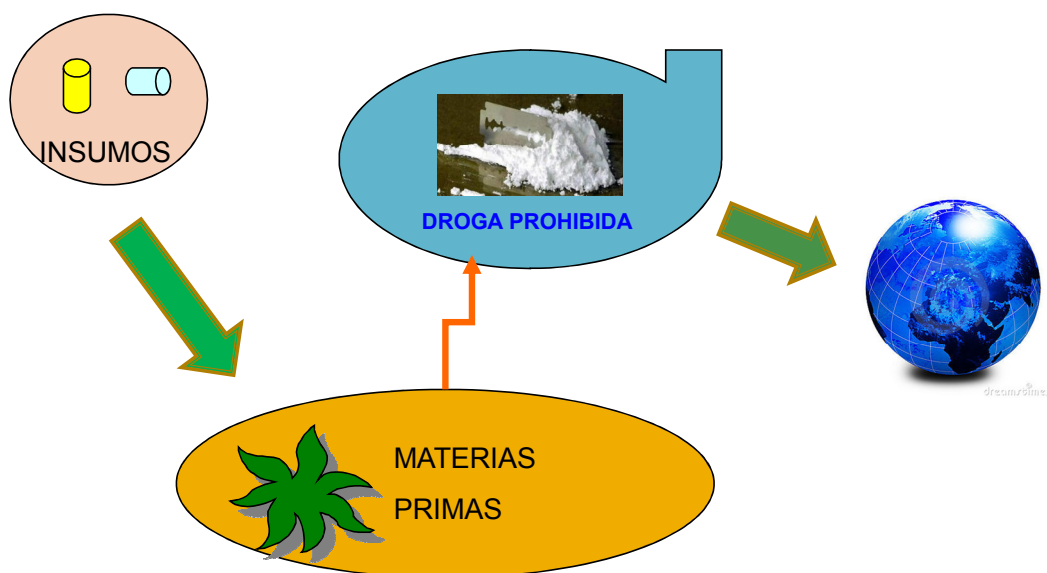
"A"

1. Cocaína
2. Dextromoramida
3. Fentanil 4. Metadona
5. Morfina
6. Opio
7. Petidina, Meperidina

"B"

1. Codeína
2. Dihidrocodeína
3. Hidrocodona
4. Etilmorfina
5. Folcodina
6. Propiramo
7. Difenoxina
8. Difenoxilato “

1.6.2.2. Materias primas o insumos

ART. 296: MATERIAS PRIMAS E INSUMOS

El tercer párrafo del artículo 296 del Código Penal, introduce los elementos normativos "materia Prima" o "insumos". que alude a toda sustancia o compuesto de origen natural o sintético, que son empleados para producir una droga fiscalizada⁵⁴.

La materia prima alude a aquellos recursos obtenidos de la naturaleza y que sirven de base para elaborar el producto final que va a ser puesto en circulación en el mercado. En el caso del TID tenemos, a la hoja de coca ,

⁵⁴ PEÑA CABRERA FREYRE. Op. Cit. P. 106

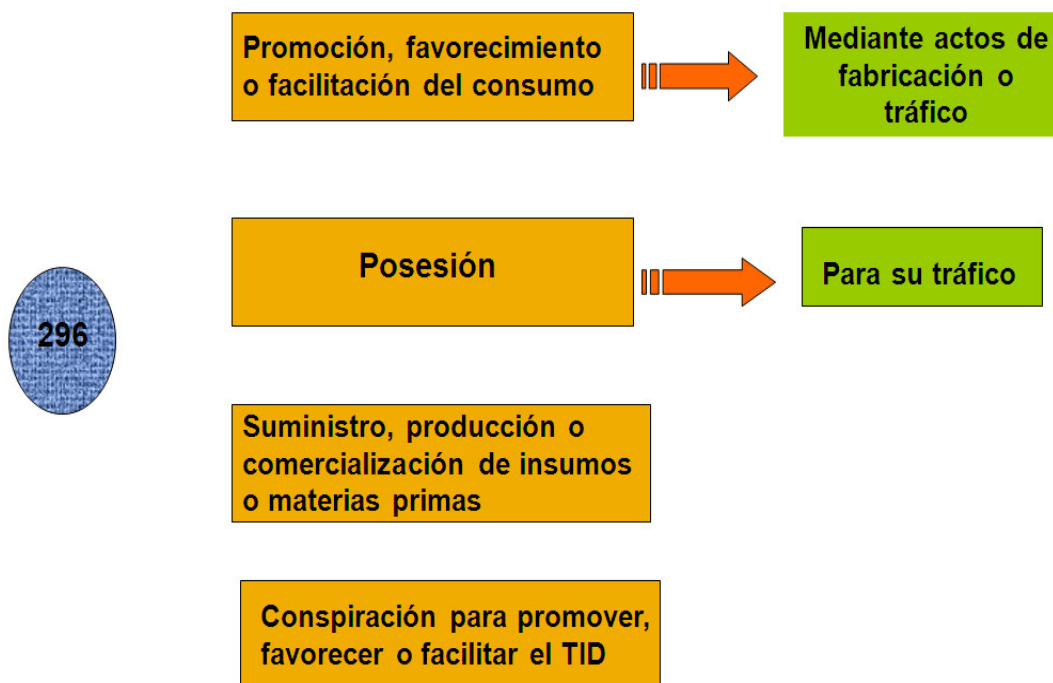
la planta de cannabis, la amapola Concretamente, materia prima es aquella considera esencial o necesaria para iniciar la fabricación. Por ejemplo, la hoja de coca (cocaína y crack); la planta de la cannabis (marihuana) o la amapola (opio).

Los insumos son sustancias naturales o artificiales que se aplican a la materia prima, en diferentes etapas de la cadena de producción del producto final. En ese sentido, son insumos (o “precursores”) los que figuran en los cuadros I y II, anexos a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988). No hay distinción entre sustancias según su mayor o menos nocividad.

Cuadro I	Cuadro II
- Ácido lisérgico	- Acetona
- Eferdina	- Ácido antranilíxico
- Ergometrina	- Ácido Fenilacético
- Ergotamina	- Anhídrido acético
- Fenil-2-propadona	- Éter etílico
- Seudofedrina	- Piperidina

Más allá de las listas mencionadas, es de tenerse en cuenta que para determinar si estamos o no frente a un insumo, es menester determinar su utilidad en el proceso de producción, sin importar si era o no el más eficiente, sino simplemente su utilidad para obtener el producto final, objeto de comercialización.

1.6.3. Comportamientos típicos



En la doctrina española, Joshi Jubert al comentar el artículo 368 del Código Penal Español, que es similar al artículo 296 del Código Penal Peruano, lo define como un tipo *alternativo, abierto y progresivo*. Es alternativo, porque tipifica distintas conductas y para su realización sólo se puede cometer una de ellas. Es abierto, porque no todas las conductas típicas están descritas, puesto que comete delito de tráfico de drogas desde el que ejecuta actos de cultivo, elaboración y tráfico, como el que ejecuta cualquier otro acto de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o las posea con cualquiera de estos fines. Y, es de progresión delictiva, por contener todas las fases de afectación del bien jurídico protegido⁵⁵.

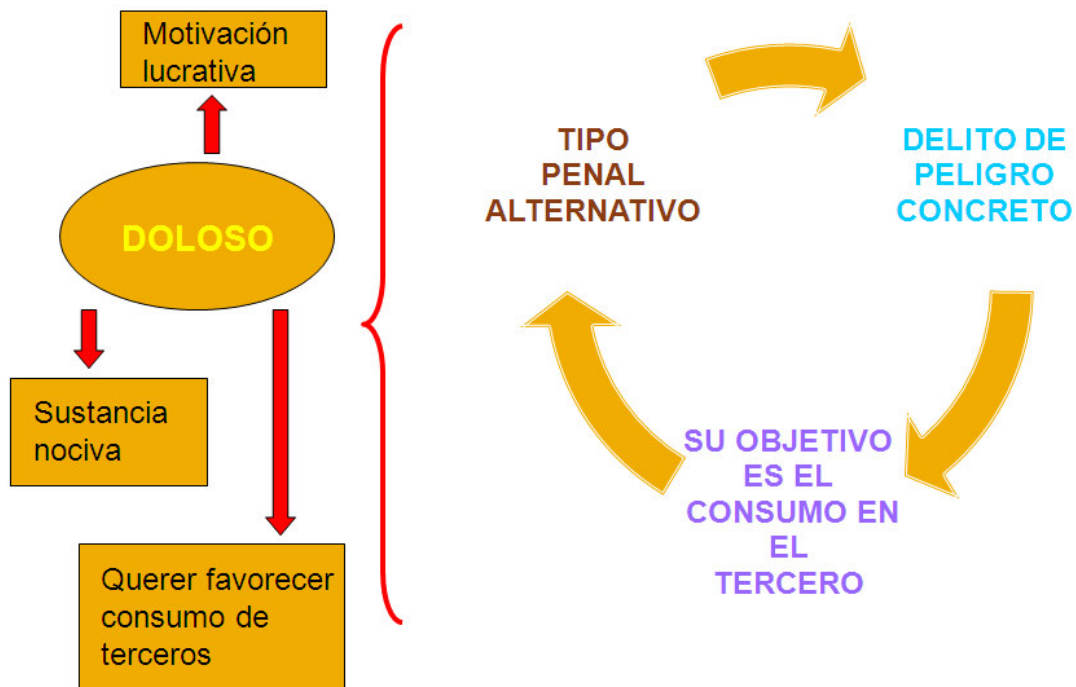
Respecto a los comportamientos típicos establecidos normativamente en el tipo base podemos señalar que la Sala Penal Transitoria de la Corte

⁵⁵ LUGO VILLAFANA, William. La pluralidad de agentes en el delito de tráfico ilícito de drogas. Tratamiento doctrinario y Jurisprudencial.

Suprema de Justicia de la República, en la Ejecutoria N° 4619-2006 – Chíncha, de fecha 15 de mayo de 2007, hizo expresa mención a los supuestos establecidos en el artículo 296 del Código Penal, precisando lo siguiente:

“... promueva el consumo, cuando éste no se ha iniciado; que se favorezca el mismo cuando se permite su expansión y que se le facilite cuando se proporciona la droga a quien ya está iniciado en el consumo; y, por actos de fabricación o tráfico se entiende el de preparar, elaborar, manufacturar, componer, convertir o procesar cualquier sustancia fiscalizada ya sea por extracción de sustancias de origen natural o mediante síntesis química o también puede depositar, retener, ofrecer, expender, vender, distribuir, despachar, transportar, importar, exportar o expedir en tránsito sustancias adictivas”.

1.6.3.1. Promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas



A decir de PEÑA CABRERA FREYRE ⁵⁶, los actos de “**promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas**”(primer párrafo) son hipótesis de peligro concreto, es decir, basta la aptitud de lesión a intereses jurídicos específicos.

Son conductas que buscan el consumo de drogas prohibidas por parte de terceras personas, con la finalidad de obtener un beneficio económico indebido. Al ser un delito de peligro, no es menester que la droga prohibida haya sido consumida ni mucho menos que haya producido sus efectos nocivos, basta la realización de las conductas tendientes a favorecer su consumo.

1.6.3.2. Posesión para el tráfico ilícito. El caso especial de los *burriers* o *correos humanos de droga*.



⁵⁶ PEÑA CABRERA FREYRE. Op. Cit. p. 107

La posesión de drogas con fines de tráfico ilícito configura una hipótesis de peligro abstracto. Según la Real Academia Española de la Lengua, 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”. A decir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, mediante la STS 71/2002 de fecha 24 de enero de 2002 ha señalado que: *“la posesión puede ser mediata o inmediata sin un directo contacto material sobre la cosa. Lo relevante es la disponibilidad que la cosa entrañe, comporte o no tenencia física o material directa, pues en ella radica el peligro que para la salud de los terceros posibles destinatarios, la posesión representa”*⁵⁷.

Por lo anterior, quedarían fuera de la posesión punible bajo comentario, los traficantes que manejen el destino de la droga por vía electrónica o telefónica u otro documento que cumpla esa función, de manera que nunca poseyeran la droga en los términos de disponibilidad ya mencionados.

Según sostiene FRISANCHO APARICIO, la posesión para el tráfico sancionada en el párrafo segundo del artículo 296 tiene en la actividad de los denominados “burriers” o “correos de la droga” un claro campo de aplicación⁵⁸. Señala que tanto la Corte Suprema como Salas Penales han de trabajar por establecer un criterio uniformizado, basado en los principios de lesividad y proporcionalidad del Derecho Penal.

En primer lugar, señala que entre los criterios básicos para una correcta interpretación teleológica de la norma penal destacan los vinculados al merecimiento de la pena, necesidad de pena, y el bien jurídico protegido.

⁵⁷ Comentada por Javier Álvarez García en su libro El Delito de Tráfico de Drogas. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2009. p. 39.

⁵⁸ Tomado de FRISANCHO APARICIO, Manuel. “Configuración típica del delito cometido por los denominados *burriers* o *correos de la droga*”, publicado en Actualidad Jurídica. Tomo 167. Octubre 2007. Lima. P. 96-100.

Aunque está fuera de discusión que la posesión con fines de tráfico ilícito debe necesariamente ser sancionada, donde se aprecia deficiencia es en la redacción vigente del propio tipo penal y en la aplicación judicial de dicha norma.

A partir de la vigencia de la Ley N° 28002, publicada el 17 de junio de 2003, se ha mantenido la siguiente redacción en el segundo párrafo del artículo bajo comentario:

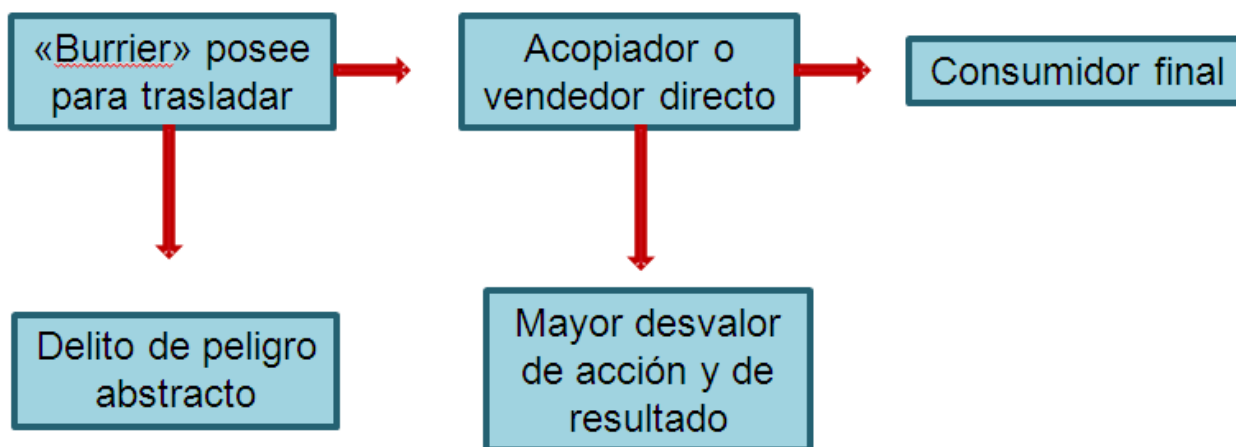
"Artículo 296.- Promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas

*(...) 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 años y con ciento veinte a ciento ochenta días-multa (...) (el resaltado es nuestro)."*

Previamente a esta modificación, el legislador no había diferenciado – contrariamente a lo señalado por la Convención de Viena- entre las penas a imponer para el tráfico, la producción y la posesión con fines de tráfico. Con la modificación se toma un buen criterio teleológico al diferenciar la pena a imponer en los tres supuestos, teniendo como base al bien jurídico protegido. Así, siendo la salud pública el bien tutelado en los tres, tienen un mayor desvalor el tráfico y la producción respecto de la mera posesión para el tráfico. Como delito de peligro abstracto, la posesión para los fines ilícitos mencionados se encuentra más alejada de una venta a los consumidores, por lo cual la peligrosidad respecto de la salud pública es menor.

Mientras los actos de producción y tráfico fomentan/promueven directamente el consumo final, este tipo de posesión ilícita admite la participación intermediaria de tenedores circunstanciales. Es el caso de los correos de la droga o también llamados burriers, quienes usualmente no

transportan la droga para los consumidores finales, sino que la trasladan a otros eslabones de la cadena, como vendedores, acopiadores, distribuidores locales, etc. El catedrático en mención concluye proponiendo una adicional disminución de la pena aplicada al caso concreto cuando se trate de la posesión con fines de tráfico, y con mayor razón cuando se trate del caso de *burriers*, que como señalamos no tiene contacto directo con el consumidor final



59

En el caso del TID, entendido el principio de lesividad como la efectiva lesión o puesta en peligro concreto, de la salud pública como bien jurídico protegido, y situado como el fundamento de la intervención del Derecho Penal en el nocivo mundo del TID, FRISANCHO APARICIO establece que tráfico y producción importan un contenido de injusto superior al de la mera posesión con fines de tráfico. Compete al juzgador juzgar también el desvalor de la conducta delictiva y el desvalor del resultado, puesto que esta posesión quebranta de manera lejana la prohibición de promover/fomentar el TID.

Por su parte, el principio de proporcionalidad obliga a que la pena no pueda

⁵⁹ Gráfico tomado de “Configuración típica del delito cometido por los denominados *burriers* (...).

sobrepasar la responsabilidad por el hecho. En el plano legislativo, deben establecerse penas necesarias proporcionales al delito, para que posteriormente, en el plano jurisdiccional, el juzgador las aplique equilibradamente. Por ello, el artículo 296 vigente ha acertado al establecer una menor pena para la posesión con fines de tráfico respecto de los actos de producción y tráfico. Repite el autor, criterio a aplicarse con mayor razón en el caso de los tenedores circunstanciales o burriers. Existe alguna postura doctrinal que llega a la misma conclusión, pero en virtud a la condición de “actos preparatorios punibles” atribuida a la posesión con fines tráfico.

Finalmente, en base a las consideraciones anteriores, FRISANCHO APARICIO concluye lanzando una propuesta de modificación del vigente segundo párrafo del artículo 296, a través de agregarle el siguiente párrafo:

*“El que la posea **para llevarla a un tercero no consumidor, ya sea acopiador o vendedor directo, ubicado en el territorio nacional o extranjero**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de **cinco ni mayor de ocho años y con cincuenta a noventa días-multa** (el resaltado es nuestro)”.*

Es necesario concluir con un comentario sobre el elemento subjetivo de la posesión punible bajo comentario. El agente deberá actuar con dolo, es decir, teniendo la plena consciencia y voluntad (conocer y querer) que el objeto de la posesión sean drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y que su destino sea el tráfico ilícito de las mismas. El problema probatorio que despliega esta redacción es evidente, pues es un elemento no aprehensible físicamente, sino solo atribuible a través de circunstancias exteriores y verificables.

Es importante tener en consideración que el fenómeno de los burriers es un

fenómeno en aumento, así en el año 2014 , la Policía nacional del Perú reportó la detención de 206 burriers en los distintos aeropuertos del Perú, de los cuales 64 eran de nacionalidad mexicana, 45 peruanos y 28 españoles, y el resto de otras nacionalidades, siendo, a nivel de género, 147 hombres los detenidos, y tan sólo 59 las mujeres intervenidas. Las modalidades empleadas son variables, siendo las más comunes las de droga camuflada en maletas y adherida al cuerpo; pero también se presentan casos de ropa impregnada con cocaína, o el uso de píldoras alojadas en el estómago de los burriers, o incluso de de canes.



Fuente: Peru21

1.6.3.3. Provisión, Producción, Acopio o Comercialización de materias primas o insumos para la elaboración ilegal de drogas

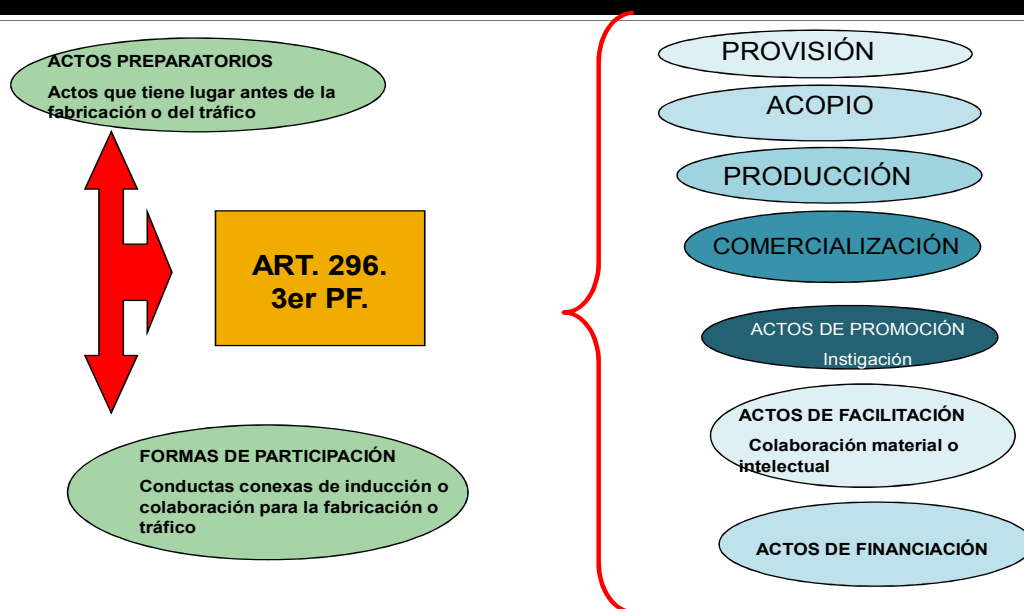
Aquí se evidencia que el legislador realiza un adelantamiento de la protección del bien jurídico, a través de la criminalización de conductas que respecto al TID propiamente dicho, constituyen actos preparatorios.

Al respecto FRISANCHO APARICIO⁶⁰ señala que las materias primas y los insumos químicos no constituyen –considerados en sí mismos– peligro alguno para la salud pública como bien jurídico protegido, ya que existen múltiples usos lícitos de los que pueden ser objeto, sin ninguna relación con el TID. En ese sentido, sostiene que la comercialización –por ejemplo– de la hoja de coca o de los insumos químicos necesarios para elaborar cocaína, presenta menos probabilidad de dañar a la salud pública en comparación con los actos propios de tráfico; desaprobando la elección legislativa por equiparar la criminalización de ambas conductas.

Consideramos que se debe tener en cuenta que el legislador ha optado por reprimir en general, la mayor parte de la cadena de producción que tiene como objetivo la manufacturación de drogas prohibidas, pero como se tratan de eslabones de la cadena alejados del resultado final, y respecto del cual no tienen control, se ha buscado sancionar tales conductas con una pena menor con relación a la comercialización del producto terminado.

⁶⁰FRISANCHO APARICIO, M. Tráfico Ilícito de Drogas y Lavado de Dinero. P. 94.

ACTOS CON MATERIAS PRIMAS O INSUMOS

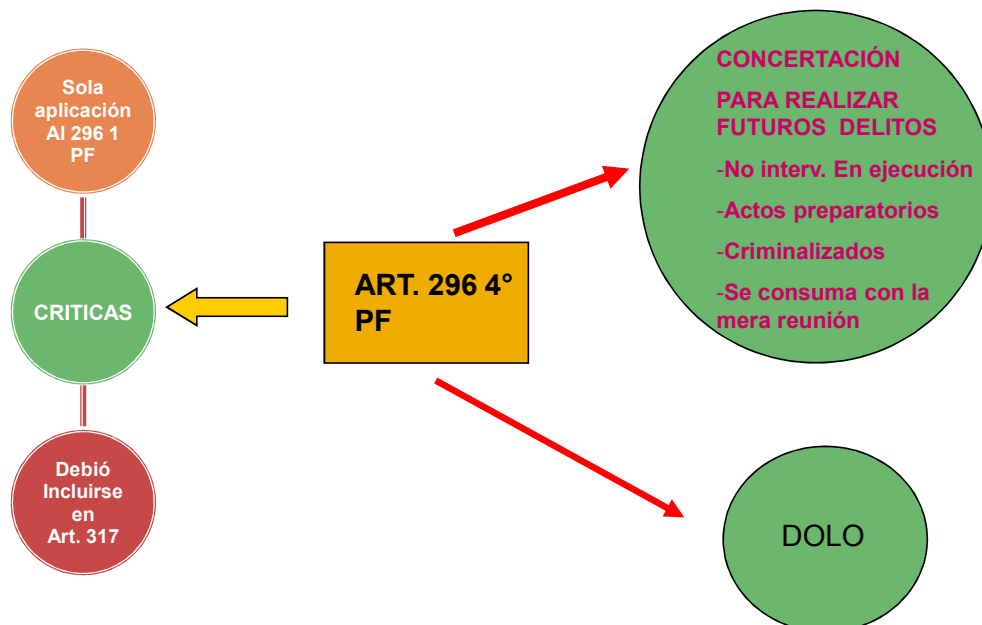


1.6.3.4. Actos de conspiración

Finalmente, el último párrafo del tipo base señala “**el que toma parte en una conspiración de dos o más personas, para promover, favorecer o facilitar el TID (...)**”. Tenemos una actividad que no admite actos preparatorios, dado que hablamos de una “conspiración a delinquir”, donde el legislador ha adelantado la esfera de protección a conductas en las que ni siquiera se va a dar inicio a la etapa ejecutiva de un delito principal tendente a la afectación concreta del bien jurídico tutelado.

Debemos tener en consideración que la conspiración, es la confluencia de varias personas que buscan un mismo fin, fin que debe estar constituido por la comisión de un delito, el cual ni siquiera se da inicio a su ejecución.

CONSPIRACIÓN PARA DELINQUIR



En la Sentencia Nº 7184/2010 del Tribunal Supremo Español, se indica que:

"(...) legalmente existe conspiración cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo (art. 17.1 CP). Nadie cuestiona que el derecho penal no puede sancionar todo peligro de afección de un bien jurídico cuando aquél se muestra todavía lejano o poco intenso. Con la imaginación podría haberse cometido todos los delitos. De ahí que sólo la verdadera energía delictiva, aquella que conmueve el sentimiento jurídico de la sociedad, justifica la intervención del derecho penal. Conforme a esa idea, el Código Penal, sólo sanciona determinados actos preparatorios o pre-ejecutivos que, en realidad, son

resoluciones manifestadas para delinquir. En el plano objetivo, la conspiración supone un concierto de voluntades -no basta el mero intercambio de pareceres- y la resolución conjunta de cometer un delito concreto, siendo indispensable que no se llegue a dar comienzo a la ejecución del delito, pues de lo contrario hablaríamos de tentativa. En el ámbito subjetivo, el dolo del conspirador es único y se identifica con la realización de un delito concreto cuyos elementos han de ser captados por aquél (...)"

PEÑA CABRERA FREYRE cuestiona la inclusión de esta figura de adelantamiento de protección en nuestro sistema normativo, señalando que con este último párrafo del artículo 296, el legislador nacional ha caído en el discurso del Derecho Penal del Enemigo, el cual –según la percepción de este mismo jurista- deviene en un Derecho Penal de autor y no de acto, dando pie a la arbitrariedad en la práctica judicial debido a la subjetividad que implica su interpretación. Se dejaría de lado la existencia de una lesión o peligrosidad sobre el bien jurídico protegido⁶¹.

En la conspiración debe suscitarse la coordinación entre dos o más personas, siendo atípica la conducta realizada solo por una persona. El objeto de esa concertación debe ser necesariamente la futura realización de un comportamiento dirigido a la promoción y/o favorecimiento al TID. Si ocurriese tal confabulación junto al objetivo de perpetrar otros delitos, por principio de especialidad deberá ser la conducta subsumida en el tipo penal del artículo 317 CP, Asociación Ilícita para delinquir.

En cuanto al perfeccionamiento del delito, no es necesaria la efectiva realización del resultado pretendido con la conspiración, bastando la probanza de

⁶¹PEÑA CABRERA FREYRE. Op. Cit. P. 136.

coordinación entre los miembros y la existencia del objetivo delictivo antes mencionado.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la sentencia recaída en el R.N N° 2350-2009 (Ayacucho) de fecha 18 de marzo de 2010, ha señalado⁶²:

*“CUARTO: (...) ahora 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 **sólo 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 cabo se está ante un supuesto típico distinto, que en el caso de autos es el previsto en el inciso seis del artículo 297 del Código Penal, (...)”*(el resaltado es nuestro).

Según CASTRO OLAECHEA para que se produzca una conspiración es menester la concurrencia de los siguientes requisitos:

- El concurso de dos o más personas que reúnan las condiciones necesarias para poder ser autores del delito.
- El concierto de voluntades entre ellas o pactumscaleris.
- La resolución ejecutiva de todas y cada una de ellas, o decisión sobre la efectividad de lo proyectado.

⁶². Tomado de LA JURISPRUDENCIA PENAL DE LA CORTE SUPREMA. Ediciones Novoa. 1era Edición (2013).

- Que dicha resolución tenga por objeto la ejecución de un concreto delito, que sea de los que el legislador ha considerado especialmente merecedor de punibilidad.
- Que exista un lapso de tiempo relevante entre el proyecto y la acción que permita apreciar una mínima firmeza de la resolución, ya que no puede ser repentina y espontáneamente.
- Que no se haya dado comienzo a la ejecución delictiva, pero sí la decisión de una actividad precisa concreta que manifieste la voluntad de delinquir. Caso contrario estaríamos frente a un supuesto de tentativa⁶³.

1.6.4. Tipo Subjetivo

En la conducta descrita en el primer párrafo del artículo 296, referida a actos de facilitamiento, se requiere para su configuración típica, a nivel subjetivo, la concurrencia necesaria del dolo, mientras en el caso de la posesión con fines de comercialización prevista en el segundo párrafo de la citada norma, además del dolo, se requiere un elemento subjetivo adicional, constituido justamente por el objetivo de destinar drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas al tráfico ilícito. Nótese que en ambos casos lo que se reprime es la direccionalidad del comportamiento hacia el consumo de terceros, por ende si las conductas van dirigidas al

⁶³ CASTRO OLAECHEA, Nelly Aurora. Ensayo sobre la conspiración en el Código Penal Peruano. http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2012/Articulos_estudiantiles/08-2011_Articulo_sobre_la_conspiracion_Sep_2011__4_.pdf

autoconsumo, sin importar la cantidad de las mismas, estaremos frente a supuestos de atipicidad. En el caso de la conspiración, la nota característica dolosa se ve reflejada en el conocimiento y voluntad de que el acuerdo está dirigido a cometer comportamientos vinculados al TID.

1.6.5. Comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva

El artículo 296 A, tiene la siguiente redacción:

"El que promueve, favorece, financia, facilita o ejecuta actos de siembra o cultivo de plantas de amapola o adormidera de la especie papaversomniferum 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 artículo 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.

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 exceda de cien.*
- 2. La cantidad de semillas no exceda 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 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 *papaversomniferum*, o marihuana de la especie *cannabis sativa*.”*

La amapola es una planta que contiene varios alcaloides, que son sustancias que tienen efectos sobre el sistema nervioso humano. Los alcaloides de la amapola se ubican principalmente en los pétalos y tallo de dicha planta. De entre las especies de amapola, resalta la denominada *papaver somniferum*, de la cual se extrae la sustancia para elaborar el opio, la heroína, la morfina y la codeína, debiendo precisarse que la heroína es la sustancia opiácea mas adictógena, ocasionando que su consumo genere rápidamente daños cerebrales irreparables. Su consumo inicial genera lo que se conoce como un "rush" que son un conjunto de sensaciones agradables, pero que van acompañadas de acaloramiento, sequedad, pesadez muscular, náuseas e incluso picazones.

La heroína, como droga elaborada, normalmente se inyecta directo a la vena. Por su parte, la morfina es una potente droga opiácea usada con frecuencia en medicina como analgésico. Ambas provienen del látex de opio, extraído naturalmente de la amapola. Pero para procesarlo y convertirlo en morfina se necesitan insumos químicos y laboratorios con aparatos de mediana tecnología.

Las rutas de producción de la amapola se encuentran fundamentalmente en los departamentos de San Martín, Amazonas, Huánuco y Cajamarca. Los insumos para preparar la droga ingresan por Ecuador, a través de los ríos Napo y Pastaza; de Colombia, por el río Putumayo; y de Brasil, ingresando a través de los ríos Amazonas, Yaraví y Madre de Dios. Las rutas de salida del látex de opio son siempre por Ecuador, desde donde se distribuye al mercado americano, asiático y europeo.

Para entender el proceso, debemos saber que de una hectárea de amapola se cosechan ocho kilos de opio, y de diez kilos de opio se obtiene un kilo de morfina. Luego, de un kilo de morfina se consigue un kilo de heroína. Los cultivos de amapola producen dos cosechas al año y su procesamiento requiere menos insumos químicos que la cocaína. Ya en junio del 2000, en Ayabaca (Piura), se encontró por primera vez en el país un laboratorio de producción de heroína.

Para el año 2005 ya había en el Perú unas 1,300 hectáreas de cultivo de amapola. En la actualidad existen más de 3 mil. Para tener una idea: nuestro país cultiva más amapola que Tailandia y Vietnam, y tal vez su producción sea igual que la de Pakistán, donde históricamente se registra un alto índice de consumo de los estupefacientes derivados del látex de opio que produce esta planta.

Además, la heroína que se extrae de la amapola en nuestro país alcanza un 95 % de pureza, y los narcos utilizan los canales de exportación y distribución ya establecidos por los cárteles de la coca. Los menores costos para su elaboración logran ofrecer menores precios finales, resultando ser una alternativa muy atractiva. Por ejemplo, llevar un cargamento desde Asia a Estados Unidos demora ocho veces más que enviarlo desde Sudamérica; es por ello que el costo se reduce a la mitad. Un kilo de heroína en zonas productoras cuesta de siete a diez mil dólares, mientras que en Estados Unidos se vende a 120 mil⁶⁴.

⁶⁴ Tomado de <http://www.revistavelaverde.pe/peru-el-nuevo-reino-de-la-heroína/>



Fuente: Revista Velaverde

La marihuana (*cannabis sativa*)⁶⁵ es una planta de color gris verdoso, de hojas, tallos, semillas y flores, que pueden ser utilizados con fines psicoactivos. La sustancia responsable de la generación de sus efectos es el delta-9-tetrahidrocannabinol (THC), responsable de las distorsiones mentales que acompaña la intoxicación. La cantidad de THC incorporado al organismo determina la potencia de la droga y por tanto de sus efectos.

Al fumar, el THC pasa rápidamente de los pulmones al torrente sanguíneo y luego es diseminado al resto del cuerpo. Cuando llega al cerebro ocurre un proceso químico-eléctrico que lleva a que el usuario experimente una sensación de euforia pues la sustancia actúa sobre el centro de gratificación cerebral, vale decir, sobre el área que regula necesidades como el hambre

⁶⁵ Tomado de la página web de CEDRO.

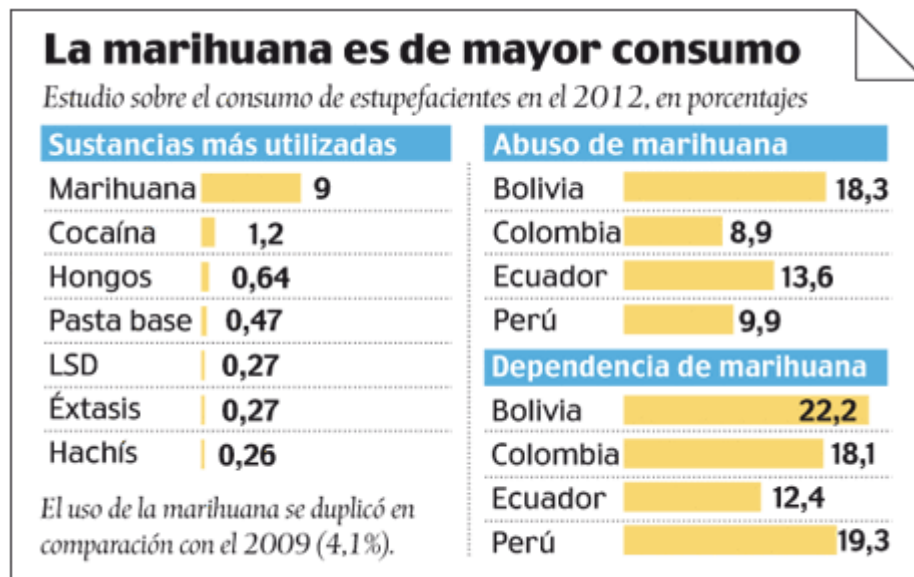
y la sed. En todo caso, el THC, al igual que la mayoría de las drogas de abuso, activa el sistema de gratificación a través del neurotransmisor llamado dopamina.

Los cannabinoides, al igual que el resto de las drogas de abuso, inducen conductas de auto-administración repetida en animales de laboratorio y provocan un marcado condicionamiento. Su consumo crónico y exagerado genera tolerancia y dependencia, con posibilidad de inducir síndrome de abstinencia y alteraciones en la neurobiología del cerebro.

El Tetra-hidro-cannabinol delta -9 [THC], es una sustancia que generalmente es fumada pero también puede ser ingerida a través de pasteles, galletas o infusiones.

La droga derivada de la marihuana cannabis sativa, es conocida como 'pito', 'hierba', 'tola' y 'grass' entre otros nombres.

Su consumo abusivo puede alterar el sistema inmunitario, modificando la función de diversas células, afectando por ejemplo el sistema reproductor, habiendo evidencia científica sobre posibles alteraciones cromosómicas (por ejemplo, en la velocidad y calidad espermática). Existe evidencia de que las madres que fumaron marihuana durante la gestación emiten respuestas incompatibles a estímulos visuales y llanto incontrolable, que podría relacionarse con disfunciones neurológicas. Los niños que no han sido expuestos a la marihuana por sus madres tienen un desempeño académico superior en las tareas que requieren atención, memoria y solución de problemas.



Fuentes: Cicad-OEA / EL COMERCIO

Con relación a la norma bajo comentario, podemos mencionar que para PEÑA CABRERA FREYRE⁶⁶, este artículo, incorporado por la Ley N° 28002 del 17 de junio de 2003, criminaliza conductas que no tienen afectación –ni de lesión ni de peligro- sobre la salud pública como bien jurídico protegido. El primer párrafo alude a los meros actos de siembra o cultivo de plantas de amapola o cannabis, mientras el segundo sanciona la simple transferencia o comercialización de semillas, que es el estadio más inofensivo de dichas plantas.

La explicación que puede darse a la incorporación mencionada, es la exigente política de prevención establecida por el Estado, pues –en strictu sensu- siembra y enajenación de semillas no pueden ni si quiera ser catalogados como actos preparatorios. Y es que el Perú busca atacar el proceso productivo de drogas susceptibles posteriormente de ser objeto de tráfico ilícito. Cabe mencionar que esto solo puede ocurrir cuando el insumo es natural (y pueden sembrarse), mas no cuando se trate de insumos químicos.

⁶⁶ PEÑA CABRERA FREYRE. A. Op. Cit. p. 147.

1.6.5.1. Tipicidad objetiva

1.6.5.1.1. Sujeto activo.

Este delito puede ser cometido por cualquier persona, ya que no se exige una cualidad especial para ser considerado autor. Incluso, debido a la presencia de los verbos rectores promover, favorecer, financiar, facilitar y ejecutar, también puede considerarse que este ilícito podría contar con la intervención de una persona jurídica, escenario en el cual la responsabilidad penal se trasladaría a las personas físicas que tienen el dominio de sus órganos representativos, a través de figuras como el actuar por otro, previsto en el artículo 27 del Código Penal.

Sin embargo es de precisar que esta norma penal, incorpora, también, como autores a los agricultores que se dedican al cultivo de las especies de amapola y marihuana mencionadas.

Por ende debe tenerse claramente establecido que el sujeto activo de los verbos rectores promover, favorecer, financiar y facilitar es distinto del sujeto activo que ejecuta los actos de siembra o cultivo, que como hemos señalado también han sido incorporados como autores. PEÑA CABRERA FREYRE⁶⁷ considera que debería haberse establecido una distinción en la pena, porque no es lo mismo ser el financista de una campaña de siembra de amapola o marihuana, que ser el agricultor que los cultiva, y que puede tener en dicha actividad su sustento de vida. Por lo que el citado autor considera que para el caso de los agricultores se debió prever una pena de menor entidad.

Finalmente considera adecuada la modalidad coactiva prevista en el último párrafo del artículo bajo comentario, pues la desigualdad entre quien dirige

⁶⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, A. Op. Cit. p. 153

la actividad de cultivo y quien la ejecuta puede perfectamente ser posible, sobre todo en un país con grandes abismos socioeconómicos, culturales, educativos, etc. En este contexto, puede además configurarse la autoría mediata, actuando el agricultor como “hombre de adelante” con ceguera sobre los hechos (error de tipo) o viciada su voluntad por la vis absoluta o la vis compulsiva de que se trate.

1.6.5.1.2. Sujeto pasivo.

Aunque la Procuraduría Pública del Ministerio del Interior se constituya en parte civil, es la sociedad como conjunto el sujeto pasivo de este delito, dada la naturaleza colectiva propia de la salud pública como bien jurídico protegido.

1.6.5.1.3. Modalidades típicas

a. Promoción, favorecimiento, financiamiento, facilitación o ejecución de actos de siembra o cultivo de amapola y marihuana

A diferencia del artículo 296 del Código Penal que no incluye dentro de su esfera de prohibición el eslabón productivo de la siembra o cultivo, este tipo penal requiere que los actos de promoción, favorecimiento y financiamiento recaigan sobre la siembra de la especie de amapola o la marihuana, indicadas.

En términos del Decreto Ley N° 22095, Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas, como “actos de cultivo” debe entenderse el acto de sembrar, plantar, cosechar y/o recolectar vegetales, de los que se puedan extraer sustancias prohibidas y/o fiscalizadas. Quedan incluidos los actos de preparación de la tierra destinada al sembrío, el proceso mismo y la distribución de semillas o almácigos de amapola o marihuana, así como la conservación y regadío de las plantas germinales. La extensión del terreno

no presenta relevancia, pero recordemos que existe el atenuante previsto en el tercer párrafo, para cuando el cultivo tenga menos de 100 plantas o cuando las semillas enajenadas alcancen solo para esa misma cantidad.

Los “actos de promoción” son, a tenor de lo estipulado por la Real Academia Española, toda conducta dirigida a iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro. Evidentemente, están aquí cubiertas las formas de inducción o instigación; es decir, incurre en el delito analizado quien mediante algún tipo de halago o promesa busca captar un conjunto de voluntades busca orientarla a la siembra de amapola o a la expansión de las áreas existentes⁶⁸.

Por su parte, el verbo rector “favorecer” hace referencia a acciones objetivas dirigidas a apoyar las labores de sembrío o cultivo de amapola o marihuana, en las especies prohibidas.

Por financiamiento debe entenderse el otorgamiento de facilidades crediticias dirigidas a proveer de fondos que sirvan para cubrir los costos de las actividades relacionadas con el sembrío y cultivo de las especies indicadas, facilidades que normalmente no son cobradas vía pago de los créditos concedidos, sino a través de la entrega de los cultivos cosechados.

Los “actos de facilitación” quedan definidos por la Real Academia Española como aquellos orientados a hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin, así como la entrega efectiva de los medios para dichos propósitos. En el caso concreto del delito que nos ocupa, estamos ante actos de colaboración material con los agricultores, proveyéndoles el sujeto activo con aportes importantes para la siembra, tales como el otorgamiento de logística (abono, instrumentos de arado, etc.), la cesión del

⁶⁸PEÑA CABRERA FREYRE, A. Op. Cit. P. 155, siguiendo a PRADO SALDARRIAGA. Víctor

terreno para el sembrío, mano de obra, o incluso control de calidad. Lo anterior implica inevitablemente que para la configuración del delito sea necesario acreditar el empleo efectivo de esos recursos cedidos⁶⁹.

b. Comercialización o transferencia de semillas

La semilla son los óvulos maduros, que en condiciones adecuadas deben generarse de ellas nuevas plantas. A través de esta norma se reprime un acto anterior a la siembra o cultivo de las especies prohibidas de marihuana y amapola, y por ende debe entenderse que la comercialización o transferencia alude a que tales actividades se realicen con fines de sembrío o cultivo.

c. Modalidades atenuadas y siembra compulsiva

En el tercer párrafo del artículo 296-A, el legislador a incluido dos supuestos de atenuación punitiva de carácter cuantitativo, referidos a la cantidad de plantas logradas o en calidad de semillas. Efectivamente dicha norma efectúa una reducción de la penalidad cuando el cultivo prohibido tenga menos de 100 plantas, o cuando las semillas enajenadas alcancen solo para ese mismo número de plantas. *Contrario sensu*, podemos concluir que la norma genérica prevista en el primer párrafo del artículo 296-A resulta aplicable cuando el número de plantas ha excedido los 100 ejemplares o las semillas son provisión suficiente para cubrir ese número. Como se aprecia, el criterio es meramente cuantitativo, en base a que una mayor posible producción podría captar a un número mayor de consumidores de estas sustancias ilícitas, afectando en mayor medida a la salud pública.

Los verbos rectores señalados en el primer párrafo del artículo 296-A están pensados en conductas realizadas de manera voluntaria, por lo que el

⁶⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, A. Op. Cit. P. 156.

legislador, introduce la modalidad de siembra compulsiva, prevista en el último párrafo de la norma comentada. A través de la tipificación de esta modalidad coactiva, se busca proteger bienes jurídicos mas allá de la salud pública, como es el caso de la libertad personal, nuevamente a la luz del inciso 24, literal a) del artículo 2 de nuestra Constitución, según el cual nadie puede ser obligado a lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Al respecto, y siguiendo a BRAMONT-ARIAS TORRES y GARCÍA CANTIZANO, debemos señalar que por “obligar” debe entenderse compeler a una persona a realizar algo en contra de su voluntad⁷⁰. En ese sentido, la doblegación de la voluntad ajena, puede realizarse o bien a través del uso de la violencia, entendida esta como fuerza física suficiente ejercida sobre una persona, o a través del uso de la amenaza, entendida como la comunicación de la posibilidad cierta y real de la causación de un daño, si es que el receptor de tal comunicación no realiza la conducta exigida por el agente de la amenaza.

d. Tipo subjetivo

Todas las modalidades recogidas en el artículo 296-A del Código penal requieren, a nivel subjetivo, del dolo para su configuración delictiva. Según PEÑA CABRERA FREYRE⁷¹ también quedaría incluido el dolo eventual, entendido como conciencia del riesgo típico. Asimismo, en la modalidad de “actos de ejecución” podría darse el caso de un error de prohibición, ya que los ejecutores materiales del cultivo podrían desconocer la criminalización de tales actos.

En ese contexto, otro escenario posible es el de un Error de Comprensión

⁷⁰BRAMONT-ARIAS TORRES y GARCÍA CANTIZANO. Op. Cit. P. 534.

⁷¹PEÑA CABRERA FREYRE, A. Op. Cit. p 158.

Culturalmente Condicionado, cuando los pretendidos sujetos activos sean miembros, por ejemplo de Comunidades Campesinas y Nativas, que por su estructura valorativa cultural y ancestral, no les permita, por más que conozcan la norma prohibitiva, la asimilación de los valores que se hallan detrás de la misma, y por el contrario, el cultivo de amapola o marihuana se halla adecuado a sus prácticas cotidianas.

1.6.6. Tráfico ilícito de insumos químicos y productos

El artículo 296-B del Código Penal, dentro de la óptica de reprimir todas las conductas vinculadas a la cadena de producción de drogas prohibidas, introduce, de manera específica una modalidad de tráfico de insumos, con especificidad a los insumos de naturaleza química.

Artículo 296-B

El que importa, exporta, fabrica, produce, prepara, elabora, transforma, almacena, posee, transporta, adquiere, vende o de cualquier modo transfiere insumos químicos o productos, sin contar con las autorizaciones o certificaciones respectivas, o contando con ellas hace uso indebido de las mismas, con el objeto de destinarlos a la producción, extracción o preparación ilícita 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.”

Sobre el particular, la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 introdujo dos nuevos delitos autónomos, con el objetivo claro de combatir penalmente todo el circuito productivo relacionado con drogas prohibidas, desde la siembra y cultivo de especies vegetales productoras de drogas, el “desvío” de sustancias

químicas para su elaboración ilegal, hasta el lavado de activos generados por las conductas ilícitas vinculados al TID.

El acuerdo multilateral mencionado propuso sancionar como delito autónomo en su Artículo 3º, N° 1, párrafo iv), las siguientes conductas:

“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.”

En los mencionados cuadros se enumeran las sustancias químicas o denominadas precursores que son útiles para generar las reacciones necesarias para transformar las sustancias vegetales en drogas prohibidas.

Esta Convención fue ratificada y está vigente en todos los países de las Américas, habiendo ellos tipificado el delito de “desvío”, muy al margen de la distinta terminología adoptada por cada país. A pesar de eso, desde el inicio del Proyecto PRELAC (2009) se constató la existencia de pocas sentencias penales sobre el desvío en los países miembros de la OEA. Se pudo observar que incluso fiscales conocían solo remotamente la existencia de este delito en sus legislaciones, y que el mismo no era un objetivo importante en sus investigaciones penales. Teniendo como prioridad otros delitos más directamente relacionados con el TID y el lavado de activos⁷².

Sin embargo es importante tener en cuenta que dichas sustancias químicas o precursores, son utilizados en la elaboración de productos lícitos, o en la realización de conductas de igual naturaleza, por ende, a diferencias de las drogas tóxicas, no pueden ser objeto de una prohibición absoluta, sino en todo caso

⁷² Tomado del Informe Analítico sobre las Sentencias Penales sobre Desvío de Sustancias para la Elaboración Ilícita de drogas, elaborado en mayo de 2014 por el equipo jurídico del Proyecto de Prevención del Desvío de Sustancias Precursoras de Drogas en América Latina y el Caribe – PRELAC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para el Perú y el Ecuador – UNODC.

pueden ser materia de un uso fiscalizados a fin de salvaguardar su uso legal y evitar el desvío a la producción de drogas prohibidas. Es por ello que las propias Naciones Unidas señalan que el movimiento de estas sustancias no sólo es totalmente legal sino son también imprescindibles en la fabricación o elaboración de muchos productos de consumo diario (alimentos, perfumes, pinturas, maquinaria, etc.). No es posible imponer restricciones exageradas al libre tráfico sin perjudicar gravemente la economía de las empresas y de los países⁷³.

En el ámbito peruano, en consonancia con las directrices multilaterales, busca atacar el proceso de TID en todas sus etapas y posibles estadios de lesividad/peligrosidad. Por ello ha procedido a fiscalizar muy estrictamente la producción y comercialización de todo insumo y producto utilizado para elaborar estupefacientes prohibidos. La evidente finalidad es evitar su uso final para propósitos ilícitos.

Conforme a lo establecido por los artículos 4° y 5° del Decreto Legislativo 1106, el control y la fiscalización de los insumos químicos ha sido encomendado a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT:

Artículo 4.- De las competencias en el Registro, Control y Fiscalización Corresponde a la SUNAT implementar, desarrollar y mantener el Registro, así como ejercer el control y fiscalización de los Bienes Fiscalizados, para lo cual ejercerá todas las facultades que le otorgan el presente Decreto Legislativo y demás normas vinculadas. Dicho control incluye, entre otros, el ingreso, permanencia, transporte o traslado y salida de Bienes Fiscalizados, así como la distribución, hacia y desde el territorio aduanero y en el territorio nacional, sin perjuicio de las competencias de otras

⁷³ <http://www.unodc.org/peruandecuador/es/02AREAS/DIQ/desvo-de-insumos-quimicos.html>

entidades del Estado, de conformidad con la legislación vigente. La SUNAT igualmente se encargará del control y fiscalización, entre otros, de la documentación que contenga la información sobre el empleo de los Bienes Fiscalizados y de aplicar sanciones administrativas, así como de atender las consultas sobre los alcances del presente Decreto Legislativo, en los temas de su competencia.

Artículo 5.- De los insumos químicos y productos fiscalizados Los insumos químicos, productos y sus subproductos o derivados, que sean utilizados para la elaboración de drogas ilícitas, serán fiscalizados, cualquiera sea su denominación, forma o presentación.

Por Decreto Supremo N° 024-2013-EF, se ha establecido la lista de Insumos Químicos sujetos a control y fiscalización:

1. Acetona
2. Acetato de Etilo
3. Ácido Sulfúrico
4. Ácido Clorhídrico y/o Muriático
5. Ácido Nítrico
6. Amoniaco
7. Anhídrido Acético
8. Benceno
9. Carbonato de Sodio
10. Carbonato de Potasio
11. Cloruro de Amonio
12. Éter Etilico
13. Hexano
14. Hidróxido de Calcio
15. Hipoclorito de Sodio

16. Kerosene
17. Metil Etil Cetona
18. Permanganato de Potasio
19. Sulfato de Sodio
20. Tolueno
21. Metil Isobutil Cetona
22. Xileno
23. Óxido de Calcio
24. Piperonal
25. Safrol
26. Isosafrol
27. Ácido Antranílico
28. Solvente N° 1
29. Solvente N° 3
30. Hidrocarburo Alifático Liviano (HAL)
31. Hidrocarburo Acíclico Saturado (HAS)
32. Kerosene de Aviación Turbo JET A1 (TURBO A1)
33. Kerosene de Aviación Turbo JP5 (TURBO JP5)
34. Gasolinas y Gasoholes
35. Diesel y sus mezclas

Una crítica común que se hace a la inclusión típica de esta figura, es la criminalización de conductas que en si pueden constituir meras infracciones administrativas, sin embargo consideramos que si bien el supuesto de hecho de la norma penal puede abarcar ilícitos administrativos, sin embargo su diferenciación radica en el concepto normativo de "desvío" que implica que tales insumos deban tener como finalidad *la producción, extracción o preparación ilícita de drogas* prohibidas, lo que permite, a nuestro parecer, con una adecuada complementariedad entre el derecho penal y el derecho administrativo.

a) Tipicidad objetiva

Sujeto activo

Ya que el tipo penal no exige el revestimiento de una condición o vinculación especial para ser considerado autor, sujeto activo puede ser cualquier persona. Siguiendo a PEÑA CABRERA FREYRE⁷⁴, estamos ante un autor que es una persona distinta a quien promueve, facilita y/o favorece el consumo ilegal de drogas o su comercialización (conductas tipificadas en el artículo 296). Es alguien externo a la organización criminal dedicada al TID, cuya conducta ocurre cronológicamente antes de la fase de elaboración o fabricación. Como vemos se trata de una variante de participación, complicidad primaria, establecida como un tipo penal autónomo, en la tarea emprendida por el Estado para acabar con el submundo dedicado al TID.

Sujeto pasivo

Al igual que en el tipo penal base, estamos ante la salud pública como bien jurídico protegido, por ende es la Sociedad, quien asume este rol, aun cuando su representación recaiga en el Procurador Público del sector.

Modalidades típicas

Según el diccionario de la Real Academia Española, “importar” significa introducir géneros, artículos o costumbres extranjeras al territorio de un país. Por su parte, “exportar” implica la salida de bienes u objetos del territorio nacional hacia el extranjero. Aunque parezca evidente, consideramos necesario exaltar que estos dos verbos no aluden solamente a los regímenes aduaneros de Exportación e Importación definitiva y los otros regímenes de ingreso de mercancías al país contemplados por la Ley

⁷⁴ PEÑA CABRERA FREYRE, A. Op. Cit. p.163.

General de Aduanas vigente y su Reglamento. Se refieren, en sentido amplio a cualquier forma o método de ingreso o egreso de las sustancias o insumos químicos no autorizados.

Por su parte, “Fabricación”, “producción” y “preparación” deben ser entendidos con un significado similar entre sí, al aludir a la elaboración de las sustancias prohibidas.

A diferencia de los verbos anteriores, “transformar” implica la variación de un producto a otro, tras la aplicación de ciertos procedimientos técnicos.

El “almacenamiento” implica -según la Real Academia Española- poner o guardar en un almacén, quedando definido este último como un edificio o local donde se depositen géneros de cualquier especie, generalmente mercancías, en este caso las sustancias o insumos químicos no autorizados o sujetos a fiscalización.

El “transporte” de los productos o insumos químicos implica su desplazamiento físico de un lugar a otro, sin importar el medio utilizado (vía terrestre, aérea, fluvial, etc.).

La “adquisición” viene condicionada por una oferta preexistente, es decir, una fuente a través de la cual el autor se agencia de las sustancias no autorizadas, por cualquier modalidad onerosa o gratuita. adquirir implica incorporar algo su patrimonio, lo que le da la capacidad de disponer sobre el mismo.

Estamos finalmente ante una “venta” cuando es el agente quien pone en circulación las sustancias químicas no autorizadas en el mercado del consumidor, de manera que es un tercero –a diferencia del verbo anterior- el que de él las adquiere. Nuevamente aquí debe entenderse posible la transferencia por medio de cualquier modalidad, onerosa o gratuita, aun

cuando es de resaltar que el término venta hace más bien referencia a una transacción a título oneroso, ya que de ser gratuita, estaríamos frente a una donación.

El delito, bajo comento, se puede ejecutar bajo dos modalidades, o bien a través de la ejecución de los comportamientos antes descritos sin contar con la autorización para ello, o bien, contando con autorización para tales efectos, se ejecuta un uso indebido de las sustancias químicas fiscalizadas.

Sobre este punto es importante recordar que el Estado no prohíbe el uso de dichas sustancias químicas o precursores, porque tienen utilidad en varias actividades lícitas, pero como también pueden ser destinados a la elaboración de drogas prohibidas, entonces lo que hace el Estado es fiscalizar su uso; para lo cual a través de la SUNAT otorga la permisología necesaria para aquellas personas que pretendan dedicarse a su producción o comercialización, y es dicha institución, como ya hemos indicado, quien fiscaliza su uso, para lo cual cuenta con los registros administrativos correspondientes.

Tipicidad subjetiva

Se trata de un ilícito penal, que a nivel subjetivo, sanciona la conducta a título de dolo. El agente, además de conocer la entidad de lo que importa, exporta, vende, adquiere o transforma, debe saber que dichos insumos químicos van a ser desviados a la elaboración de drogas prohibidas; además de saber que no cuenta con las autorizaciones correspondientes para su elaboración o comercialización, o que teniéndolas, deriva dichas sustancias a actividades ajenas a su licencia.

Resumen de la unidad 3.

- La norma que contiene el tipo base del delito de TID, recoge un tipo alternativo, abierto y progresivo; alternativo porque tipifica distintas conductas y para su realización sólo basta cometer alguna de ellas; es abierto porque no todas las conductas típicas están descritas; y es progresivo porque incluye la mayor parte de fases que pueden afectar el bien jurídico tutelado.
- En las modalidades de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas, lo que se busca es el consumo de drogas prohibidas por parte de terceras personas, con la finalidad de obtener un beneficio económico indebido. Al ser un delito de peligro, no es menester que la droga prohibida haya sido consumida ni mucho menos que haya producido sus efectos nocivos, basta la realización de las conductas tendientes a favorecer su consumo.
- En el caso de la posesión de drogas prohibidas con fines de tráfico, estamos frente a una conducta de peligro abstracto, en la medida de su lejanía con la efectiva lesión del bien jurídico tutelado, ya que el poseedor no tiene contacto con el consumidor final. debiendo tener, esta conducta una pena de menor entidad.

Resumen de la unidad 3.

- El bien jurídico protegido en los delitos de tráfico ilícito de drogas es la salud pública, entendida ésta como un bien jurídico colectivo.
- Las conductas de TID previstas en el tipo base son figuras de peligro abstracto.
- Los objetos materiales sobre los que recaen las conductas tipificadas en el tipo base del delito de TID son Drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas; y las materias primas o insumos, entendiéndose por las primeras, a aquellas sustancias naturales o sintéticas, cuya comercialización se halla total o parcialmente prohibida, y que tienden a causar sensaciones como euforia, ruptura de frenos inhibitorios normales, alucinaciones, depresiones; etc. o a suprimir el dolor físico que se sufre, pero cuyo consumo genera efectos perjudiciales para la salud de quienes las consumen. Por materia prima se alude a aquellos recursos obtenidos de la naturaleza y que sirven de base para elaborar el producto final que va a ser puesto en circulación en el mercado; y por insumo se entiende aquellas sustancias naturales o artificiales que se aplican a la materia prima, en diferentes etapas de la cadena de producción del producto final.

Resumen de la unidad 3.

- En las modalidades de Provisión, Producción, Acopio o Comercialización de materias primas o insumos para la elaboración ilegal de drogas, se evidencia, por parte del legislador, un adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico tutelado, a través de la criminalización de conductas que respecto al TID propiamente dicho, constituyen actos preparatorios.
- La conspiración, es la confluencia de varias personas que buscan un mismo fin, el cual debe estar constituido por la comisión de un delito, el cual ni siquiera se da inicio a su ejecución.
- Son requisitos de la conspiración: la existencia de un concurso de dos o más personas que reúnan las condiciones necesarias para poder ser autores del delito; la existencia de un concierto de voluntades entre ellas; la decisión de todas ellas respecto a la efectividad de lo proyectado; que lo proyectado tenga como contenido la comisión concreta de un delito; que exista un lapso de tiempo adecuado entre lo proyectado y la ejecución del mismo; que no se haya dado comienzo a la ejecución delictiva.

Resumen de la unidad 3.

- En las modalidades de Comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva, debe tenerse en consideración que no se incluyen todas las especies de dichas plantas, sino únicamente, en el caso de la amapola, la especie *papaver somniferum*; y en el caso de la marihuana, la especie *cannabis sativa*.
- A través de esta modalidad, se ha incluido la sanción penal a actos de cultivo de drogas prohibidas. Así mismo se ha incluido una modalidad por coacción, en donde el que cultiva se ve compelido a hacerlo por ser víctima de violencia o amenaza.
- En la modalidad de Tráfico ilícito de insumos químicos y productos, el legislador busca reprimir otra de las cadenas de producción y comercialización de drogas prohibidas.
- En la modalidad bajo comento, debe tenerse en consideración que no existe una prohibición total a la producción o comercialización de insumos químicos, ya que estos resultan útiles para actividades absolutamente legales, pero debido a su potencialidad de ser desviados a la producción de drogas tóxicas, es que su producción y comercialización se halla fiscalizada a través de la SUNAT.
- A través de la tipificación de esta modalidad coactiva, se busca proteger bienes jurídicos más allá de la salud pública, por el agente de la amenaza.

Resumen de la unidad 3.

- En este contexto normativo, se aceptan dos modalidades posibles, o se realizan las conductas típicas sin contar con la autorización administrativa correspondiente; o contando con la misma le da un uso indebido a dichas sustancias. En ambos casos el "desvío" debe tener como destino la elaboración de drogas prohibidas.



Lecturas obligatoria para la unidad 3

1. FRISANCHO APARICIO, Manuel. “Configuración típica del delito cometido por los denominados *burriers* o *correos de la droga*”, publicado en Actualidad Jurídica. Tomo 167. Octubre 2007. Lima.
2. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos. 2a edición. Editorial Rodhas. Lima, 2013. P. 51-131

Caso práctico para la unidad 3.

La empresa agro exportadora CORPORACIÓN CÁPSULA S.A, dentro de las operaciones propias de su giro empresarial especializado en la comercialización de frutas y verduras orgánicas en el mercado latinoamericano y estadounidense, atendiendo al pedido de un cliente, envía un embarque de 2 toneladas de pimiento piquillo a Miami. De acuerdo al contrato firmado con su comprador, NAPA FOODS COMPANY LIMITED, la empresa peruana se deslinda de responsabilidad por la mercadería tras el despacho a consumo. Por ello, procedió a embalar y atisbar la carga de pimiento piquillo según el contrato y según los certificados internacionales de calidad con los que como reconocida empresa contaban.

Para esos efectos, decide contratar a la empresa TRANSPORTES CORRECAMINOS, para que efectúe el traslado del contenedor con las cajas de pimiento piquillo, de los almacenes de CÁPSULA, a los almacenes de la empresa DEPÓSITOS KRILIN S.A.C, empresa dedicada al rubro de depósito aduanero; y del mismo modo contrató los servicios de la Agencia de Aduanas TODOPASA, para que se encargara de todo el proceso de exportación.

La mercadería fue inicialmente cargada en el contenedor enviado por la empresa naviera "LANCHAS VNV" labor que fue realizada en el local de CAPSULA, donde luego de concluir la estiba, y verificar el contenido del contenedor, se procedió a precintarlo.

Casos prácticos para la unidad 3.

Posteriormente dicho contenedor fue transportado en uno de los camiones de CORRECAMINOS hacia el depósito de KRILIN.

Es de precisar que de acuerdo a la información del GPS se detectó que el camión había sufrido una demora de más de 1 hora respecto al tiempo normal que se emplea para desplazarse desde el local de CAPSULA hasta las instalaciones de KRILIN (al respecto el conductor señaló que la demora se debió a obras municipales que se estaban ejecutando en la vía de acceso al local del depósito aduanero)

Al llegar a los depósitos aduaneros de KRILIN, el contenedor con la mercadería de CAPSULA, tuvo que esperar dos días, debido a que una huelga de estibadores del puerto, no permitió que el mismo pudiera ser colocado en el buque correspondiente. Es de precisarse que la empresa KRILIN denunció ante la autoridad policial que sujetos desconocidos, en horas de la noche habían ingresado a sus almacenes, rompiendo los vidrios de la caseta de atención al cliente, pero que no habían detectado la sustracción de ningún bien.

Una vez que la huelga se levantó, KRILIN trasladó el contenedor al Puerto, donde estuvo 2 días. De acuerdo al sistema aleatorio de la autoridad aduanera, el referido contenedor fue objeto de inspección, disponiéndose la apertura del contenedor, para lo cual se roturó los precintos de seguridad. Y grande sería la sorpresa al encontrar entre las cajas de pimienta, se encontraron 10 cajas con iguales dimensiones y

características que las cajas con pimienta, pero que en vez de CAPSULA decían CAPULA, y en cuyo interior se halló bolsas conteniendo en total 150 Kilogramos de clorhidrato de cocaína de alta pureza

Es de resaltar que por esos días se detectó una mafia de personas que se camuflaban debajo de los camiones que ingresaban al terminal portuario. Este lugar debajo de los camiones se denomina "caleta" y miden 1 metro de ancho por 3 metros de profundidad.



Pregunta:

¿Usted, es el Fiscal a cargo de esta investigación, que actos de convicción introduciría, y cuál podría ser su teoría del caso?

UNIDAD IV

FORMAS AGRAVADAS DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y OTRAS NORMAS PENALES



Unidad

4

FORMAS AGRAVADAS DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y OTRAS NORMAS PENALES

1. Presentación de la unidad 4.

Bacigalupo⁷⁵ indica que “(...) en la parte general se encuentran también las circunstancias agravantes y atenuantes, que constituyen elementos que, accidentalmente, completan la descripción del tipo penal agregándole circunstancias que hacen referencia a la gravedad de la ilicitud o de la culpabilidad (...)”.

En ese escenario, los elementos accidentales de un tipo penal son las circunstancias concurrentes con una conducta típica, anexándose a aquella y formando un tipo penal “derivado”. Así, para establecer un hecho como agravante es necesario constatar que dicha circunstancia varíe la estructura inicial del tipo base en el grado de reprochabilidad penal, mas no en su esencia.

En esta Unidad explicaremos las formas agravadas que el legislador ha incluido con relación a las conductas vinculadas al tráfico ilícito de drogas, dentro del contexto normativo que pretende cortar con todo círculo de impunidad posible, al incorporar a las conductas criminalizadas en el Código Penal toda la cadena relacionada al TID, desde el cultivo o sembrío de la amapola o adormidera, el tráfico ilícito de insumos fiscalizados (artículos 296-A y 296-B), junto a las actividades de comercialización, tráfico y acopio de sustancias prohibidas, siendo consecuentes con la redacción omnicompreensiva del tipo base. Estamos entonces ante la penalización de

⁷⁵BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Derecho Penal Parte General. Ara Editores. Perú 2004. pág. 231

actos preparatorios, en uso –como ya se ha explicado- de la técnica legislativa del adelantamiento de las barreras de protección, ya que son comportamientos que no significan una verdadera puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Esto quiere decir que para la perfección del ilícito penal no se necesita acreditar que se lesionó o puso en peligro la sanidad de una o varias personas determinadas; sino que es suficiente probar que el comportamiento delictivo reportaba idoneidad para arriesgar la salud de una colectividad.



Preguntas guía para el estudio de la unidad 4

1. Que razonamiento ha seguido el legislador para incluir agravantes en las modalidades del tráfico ilícito de drogas.
2. Es punible la posesión de cantidades mínimas de dos o más tipos de drogas tóxicas?
3. ¿Es punible incitar a otro a consumir drogas prohibidas con la finalidad de sacarlo de un estado de depresión?
4. ¿Es punible el expendio de jarabes de la tos con codeína sin prescripción médica?

2. Introducción

A través de esta Unidad describiremos de manera general los supuestos que el legislador ha incluido en el catálogo de ilícitos penales vinculados al tráfico ilícito de drogas, que de acuerdo a su criterio contiene un mayor nivel de desvalor de acción y que por ende se hacen merecedores a una pena más gravosa. Expondremos la interpretación dogmática y jurisprudencial que se viene haciendo

respecto al ámbito de su aplicación, pero siempre desde una óptica comparativa frente al contenido mismo del principio de lesividad.

Del mismo modo, alcanzaremos elementos generales que permitan al discente poder contar con los mecanismos dogmáticos y jurisprudenciales necesarios para la aplicación de normas penales que describen supuestos específicos, que han buscado eliminar campos de impunidad, como es el caso del expendio de medicamentos que contienen sustancias nocivas, y que pretenden ser empleados como sustitutos de drogas, que por su proscripción puede resultar difícil su adquisición; o aquellas conductas que buscan iniciar o fomentar el consumo de drogas tóxicas, a través de mecanismos fraudulentos como productos alimenticios en los que se camuflan dichas sustancias, a fin de generar futuros consumidores involuntarios.

así mismo se hará un recuento de fórmulas legislativas , que ya tienen una permanencia en el catálogo de las normas vinculadas la TID, como es el caso de la micro comercialización o micro producción, o el de la cláusula de seguridad contenida en la supuesta posesión no punible.

3. Desarrollo de Contenidos

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 al artículo 36, incisos 1), 2), 4), 5) y 8) cuando:

- 1. El agente comete el hecho abusando del ejercicio de la función pública.*
- 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.

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 que se dedique a la comercialización de insumos para su elaboración.

7. La droga a comercializarse o comercializada excede las siguientes cantidades: veinte kilogramos de pasta básica de cocaína, 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 Metilendioxianfetamina - MDA, Metilendioximetanfetamina- MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas.

La pena será privativa de libertad 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.

3. Abuso del ejercicio de la función pública

Los incisos 1, 2 y 3 del presente artículo, son fiel reflejo del reconocimiento generalmente aceptado por parte de la doctrina, respecto del desvalor que implica el aprovechamiento de ciertas características presentadas por el agente en el momento de perpetrar el delito.

La comisión del delito enmarcada en el ejercicio de una función pública configura agravante, debido a que ostentar tal cargo habría facilitado al agente el cumplimiento de sus propósitos, en vulneración de la confianza sobre él depositada por parte del Estado y la colectividad.

Al respecto, el concepto vigente de funcionario público se encuentra recogido en el artículo 425 del Código Penal, modificado por la Ley N° 30124, publicada el 13 diciembre 2013, cuyo texto señala:

Artículo 425. - *Funcionario o servidor público*

Son funcionarios o servidores públicos:

1. *Los que están comprendidos en la carrera administrativa.*
2. *Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.*
3. *Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos*
4. *Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.*
5. *Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.*

6. *Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.*
7. *Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.”*

Si bien es cierto que una vez cesado el ejercicio de funciones en el cargo público del que se trate en cada cargo concreto, ya no se configuraría la agravante bajo comentario, la jurisprudencia ha agregado un disvalor adicional debido al conocimiento claro sobre la ilicitud del TID a raíz del cargo que ocupó previamente a la comisión de TID. Así, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, mediante la sentencia al Exp. 002588-2009 del 29 de Enero de 2010, establece:

*“(…) además, se debe tomar en consideración el hecho que el referido inculpado perteneció a la Policía Nacional del Perú; razón por la cual es posible sostener que tenía pleno conocimiento de su accionar ilícito, el cual causa grave perjuicio al Estado, pues su impacto en la sociedad es muy grande y destruye muchos proyectos de vida, por ello, este despacho considera amparable la impugnación formulada por el representante del Ministerio Público, **debiéndose aumentar la pena impuesta** (el resaltado es nuestro)”.*

4. Por la calidad del agente

4.1 Profesión de educador o desempeño como uno en cualquiera de los niveles de enseñanza (numeral 2).

La agravante radica en que, pese a tener el deber nato de educar y prevenir a sus educandos para la no inmersión en el mundo de las drogas, y proveerlos de información suficiente y fidedigna para afrontar esos peligros;

decide el agente permitir la venta o las ofrece.

Enfatizamos que el vínculo del educador con sus alumnos no se limita al ámbito pedagógico, sino que termina basándose en una confianza que abarca los planos psicológico, social e incluso moral.

Este inciso data del Acuerdo Sudamericano sobre Estupefacientes y Psicotrópicos de 1973, cuyo artículo 3 del primer protocolo adicional establecía como agravante la condición del agente como docente o educador de la niñez o juventud.

Finalmente, el inciso es muy claro al señalar que lo importante es el rol o efectivo desempeño como educador, por parte del agente, en cualquiera de los niveles de enseñanza.

Al respecto, el penalista español ÁLVAREZ GARCÍA sostiene que, aunque no solo los funcionarios sino también los trabajadores sanitarios y docentes pueden desempeñar funciones alejadas del contacto directo con personas susceptibles de ser víctimas del consumo de drogas, y sin embargo llevar a cabo la conducta por ejercicio del cargo⁷⁶. Sin negar la existencia de la mencionada relación fáctica de cercanía con potenciales víctimas, lo relevante es en ambos supuestos el aprovechamiento de la función desempeñada. Las mismas dos primeras agravantes recogidas en el artículo 297 del Código peruano están presentes en el Código Penal español (artículo 369), de manera que solo es necesaria la condición de funcionario público o el desempeño como educador para incurrir en ellas.

⁷⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, Javier. El Delito de Tráfico de Drogas. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2009. p. 163.

4.2 Profesión de médico, farmacéutico, químico, odontólogo o ejercicio de otra profesión sanitaria (numeral 3).

En este acápite se hallan cubiertos todos los profesionales de la salud, cuya actividad está dirigida al tratamiento y curación de las enfermedades de los pacientes. El fundamento de la agravante es la violación del juramento hipocrático emitido por el profesional de la salud, el cual está basado en ejercer la profesión con honor por el bien de la humanidad y defender la vida como propósito especial. El agente, tomando ventaja de su cercanía con el paciente, y traicionando la confianza sobre él depositada, promueve, favorece o felicita el consumo ilegal o el TID.

5. Por el lugar de comisión.

El numeral 4 del artículo 297 establece: *“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**”*.

Este inciso tiene su antecedente en el artículo 27° inciso d) de la Ley N° 22095, cuyo texto configuraba la agravante del TID cuando los actos de comercio se realizaban en centros educativos, asistenciales o de readaptación social.

La agravante radica en que la actividad se realice en lugares en los cuales justamente los padres y la sociedad han depositado la confianza para la formación-resocialización de sus niños, jóvenes y deportistas. Estas víctimas se encuentran en especial situación de vulnerabilidad, dado que la madurez incompleta en su personalidad los hace más influenciables de caer

en el consumo de sustancias ilícitas⁷⁷.

Aun así, no estamos ante una agravante calificante por la mera ubicación física de la comercialización en estos lugares, sino que debe acreditarse por lo menos la peligrosidad contra el bien jurídico protegido, la salud pública. No habrá agravante cuando la comercialización se haga en las instalaciones/inmediaciones de un centro educativo en periodo de vacaciones de los alumnos, o de un centro deportivo clausurado⁷⁸.

Respecto a los centros penitenciarios, si bien quienes se encuentran en calidad de reos en sus instalaciones no presentan una candidez o personalidad en proceso de formación, sino que suelen ser personas adultas en proceso de resocialización, poner al alcance de su mano sustancias ilícitas sería un completo despropósito a esos efectos. Al menos teóricamente, los establecimientos penitenciarios deberían ser focos de terapia conductiva, rehabilitación social. Lamentablemente, la realidad peruana muestra absolutamente lo contrario, al constituirse como focos incluso de criminalidad organizada y corrupción institucionalizada.

La ejecutoria Exp. N° 2760-2001-Lima señala al respecto:

“El hecho de tratar de difundir droga al interior de un establecimiento penitenciario debe considerarse como agravante, teniendo en cuenta el peligro abstracto de difusión dentro de un medio tan proclive como el constituido como a población penitenciaria, atentando justamente contra los fines de la pena”.

⁷⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, A. Op. cit. p. 182 y ss.

⁷⁸ PEÑA CABRERA FREYRE, A. Op. cit. p. 184.

6. Por la calidad de la víctima: intervención de menores de edad o personas inimputables como adquirentes de drogas, o si son utilizados para la venta.

Se configura esta agravante cuando el agente tiene a menores de edad como consumidores de su comercialización o se vale de ellos –o de cualquier otro inimputable– para realizarla. Esta situación de inimputabilidad no permite a la víctima darse cuenta de la peligrosidad de las sustancias comercializadas o consumidas, según sea el caso, adquiriendo ambos supuestos un elevado desvalor evidente por la instrumentalización que implican hacia las personas.

La configuración de estas conductas como agravantes tiene sustento en el incremento desmedido del consumo de drogas y estupefacientes en los jóvenes de la última década. Tras encontrar que los adultos son solo una fracción mínima de la demanda de drogas, se ha pasado a encontrar en los jóvenes a la gran masa consumidora. El fenómeno requiere un análisis familiar, socioeconómico, psicológico que trasciende el estudio sintetizado pretendido por este curso, pero conviene reflexionar y concluir que el rol del Estado tiene pendiente buscar soluciones más allá de la mera criminalización.

La modalidad agravante bajo comentario nos trae al análisis la autoría mediata, ya que el dominio de la voluntad del hombre de adelante predomina y doblega a la voluntad del menor de edad/inimputable utilizado para comercialización⁷⁹. Este último, el instrumento, por no contar con una madurez volitiva y cognoscitiva suficiente, se perfila como presa fácil para la comisión de actos punibles vinculados al TID.

⁷⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, A. Op. cit. p. 187.

Es importante recordar que, pese a las notorias diferencias entre la madurez presentada por un niño de 10 años y de un adolescente de 17, el legislador opta por una presunción *iuris tantum* al establecerlos a ambos como posibles instrumentos, solo por contar con minoría de edad (artículo 20 inciso 2 del Código Penal).

Como ha señalado ÁLVAREZ GARCÍA⁸⁰, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español (STS 1199/2002 del 28 de junio del 2002), el Código Penal español fundamenta la agravante bajo comentario en la menor capacidad de los “menores y disminuidos” para autodeterminarse, quedando expuestas sus defensas frente a los riesgos para su propia salud que necesariamente implica el consumo de drogas. Esto queda corroborado, al igual que en el ordenamiento jurídico-penal peruano, en la protección especial que reciben las víctimas menores de 18 años en los delitos contra la libertad sexual (artículo 170 y ss.).

7. Por la pluralidad de agentes

a) Tres o más personas.

El Acuerdo Plenario N° 3- 2005/CJ-116, del 30 de septiembre de 2005, de las Salas Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema estableció criterio jurisprudencial vinculante en su Fundamento 7, al 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 artículo 297.6 del Código Penal, pues tal consideración violaría el principio de proscripción de la responsabilidad objetiva (artículo VII del Título Preliminar del Código

⁸⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, F. Javier. Op. cit. p. 183.

Penal).

*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 la intervención de por lo menos tres personas en la comisión del delito.** Es decir, la existencia e intervención de o más agentes en el TID 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 artículo 297 del Código Penal.*

*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 por lo menos la intervención de por lo menos otras dos personas, no será posible calificar el hecho, para la persona concernida, en el inciso 6) del artículo 297 del Código Penal”* (el resaltado es nuestro).

Asimismo, ya que –como se ha dicho- la pluralidad de agentes es el centro gravitante del inciso bajo comentario, la ejecutoria recaída en el R. N. N° 174-2004-Lambayeque⁸¹ de fecha 24 de mayo de 2004 señala que:

⁸¹ Tomado de ACTUALIDAD JURÍDICA, Tomo 159. Febrero 2007. Gaceta jurídica. p. 102.

*“El delito objeto de enjuiciamiento y sentencia ha sido cometido por tres o más personas, lo que es independiente del curso procesal de los hechos, pues **no se requiere que todos los involucrados deban estar procesados o condenados**, de suerte que solo basta que de la prueba actuada se advierta la **intervención delictiva, como en el presente caso de tres o más personas**”(el resaltado es nuestro).*

A mayor abundamiento, la ejecutoria suprema recaída en el R. N. N°4231 – 2009 (Callao) de fecha 29 de abril de 2010, establece:

*“Que para los efectos de la determinación de la pena debe tenerse en cuenta la forma y circunstancia de la comisión del delito, el mismo que reviste gravedad al haberse perpetrado con la **participación de tres personas en la que a cada uno le correspondió una función determinada** y fue en base a ello que se les aplicó la pena que proporcionalmente les corresponde, y de igual forma el monto de la reparación civil que se fijó resulta ser proporcional con la magnitud del perjuicio causado (el resaltado es nuestro)”.*

Fidel Rojas Vargas⁸² recoge jurisprudencia nacional al respecto: Ejecutoria Suprema de fecha 28 de agosto de 2007, recaída en el R.N N° 2104-2006-AYACUCHO. Ponente: Urbina Ganvini, Pedro Guillermo. En aplicación de la Prohibición de Regreso, el propietario de vehículo automotor no responde penalmente por los actos cometidos por el chofer del mismo:

*“La acusación contra el encausado se sustenta en que es propietario del vehículo donde se encontró camuflada la pasta básica de cocaína, sin embargo está probado que al momento en que se descubrió el delito no era él quien conducía el vehículo sino sui coencausado ausente en circunstancias en que hacía servicio público de pasajeros. **No obra***

⁸²ROJAS VARGAS, Fidel. Dos Décadas de Jurisprudencia. ARA Editores: 2012. p. 884.

prueba suficiente que acredite que el propietario estaba vinculado de algún modo al tráfico ilícito de drogas –conociera que se había escondido la droga en su automóvil, tuviera conocimiento que su coencausado transportada droga o que ambos habían acordado trasladarla-; que, al contrario el encausado sostuvo inalterablemente sus inocencia tanto en su declaración instructiva como en el juicio oral, oportunidad en la que afirmó que arrendó el automóvil intervenido para que realizara servicio público de pasajeros, lo que concuerda con el modo y circunstancias en que fue intervenido el vehículo; que, si bien su relato no está exento de imprecisiones, ello en modo alguno es suficiente para colegir su responsabilidad penal” (el resaltado es nuestro).

También sobre las conductas neutrales en el marco de la Prohibición de Regreso, mediante la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N N° 4451-2008-PUNO, el ponente Rodríguez Tineo –con una exposición más dogmática- ha señalado que generan atipicidad del comportamiento imputado a título de participación en el delito de TID.

*“La imputación objetiva desarrolla la teoría del tipo desde una imputación objetiva a la conducta y al resultado. Desde la perspectiva de la imputación objetiva a la conducta se consideran conceptos que funcionan como filtros para determinar si una conducta es susceptible de ser considerada típica: el riesgo no permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima. Estos filtros tienen como referencia al rol, esto es a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables (Jakobs), **en cuya virtud aquella persona que actúa dentro de su rol no responderá por la creación de un riesgo no permitido y por tanto tampoco de un delito** (en un determinado contexto se puede desempeñar el rol de juez, de profesor, de transportista; mientras no se viole los límites del rol no se crea nada prohibido).*

De acuerdo a la prohibición de regreso, el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario, por lo tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro aproveche dicho vínculo en una organización no permitida. Este filtro excluye la imputación objetiva del comportamiento (Jakobs), pues la conducta de la persona inicial, que es aprovechada por la segunda a un hecho delictivo, es llevada de acuerdo a su rol. De otro lado, el conocimiento de las conductas delictivas no es relevante, pues lo importante no es lo que el autor piensa o quiere en una situación, sino cómo se comporte en la administración de su rol, siendo el caso que, de tenerse conocimientos especiales, solo se correspondería por deberes de solidaridad como los de omisión de denuncia, socorro etcétera (CARO JHON, José, La imputación objetiva en la participación delictiva, Grijley, Lima 2003 p.59); siendo que en el presente caso no existe prueba de cargo que determine que la conducta de la encausada muestre un específico sentido de favorecimiento o incitación dolosa a un comportamiento delictivo, pues solo se limitó a realizar su rol (persona y propietaria), sin transgredir sus límites; situación que viene respaldada por la declaración del sentenciado, quien señala que en el inmueble donde se encontraron la droga solo vivía él desde hace dos años, siendo que su conviviente residía en la ciudad de Lima, habiendo llegado esta media hora antes de la intervención para la venta del inmueble; en ese sentido siendo su conducta neutra en el hecho delictivo, es de aplicación la prohibición de regreso como filtro de la imputación objetiva, deviniendo en atípica la conducta de la encausada” (el resaltado es nuestro).

- b) Ser miembro de una organización dedicada al TID o a la comercialización de insumos para la elaboración de esas sustancias.**

Un contenido adicional que puede extraerse de la literalidad de artículo *sub*

análisis es la presencia del vocablo conjuntivo “o”, el cual indica alternatividad entre la participación concertada de 3 o más personas y la pertenencia del agente a una organización dedicada al TID.

Siendo consecuente con la mencionada alternatividad, la ejecutoria recaída en el R. N. N° 602-2004-Huánuco de fecha 2 de julio de 2004⁸³ se ha encargado de resolver la duda de si necesariamente el agente debe integrar la organización criminal para subsumir su conducta en la agravante. En ese sentido:

*“Por el número de individuos involucrados en estos hechos, más de tres, es de aplicación concurrente el inciso 6 [del artículo 297 del Código Penal], siendo de precisar que esta agravante **no exige exclusivamente que la comisión del delito se perpetre en la calidad de afiliado a una organización criminal**”.*

Finalmente, si se presentase una tercera persona, debe ser plenamente identificada como tal y no mera descripción ficticia del imputado, ya que para evadir su responsabilidad podría indicar que la droga le fue entregada por una persona a quien sólo conoce con su seudónimo, características físicas y la vestimenta. Así las cosas, no se puede sostener la participación de las dos personas adicionales -ni indiciariamente- y mucho menos su pertenencia a una organización criminal, si no existe prueba plena de su existencia.

En el Derecho comparado, el Tribunal Supremo español ha seguido la acepción de “organización” establecida por la Real Academia Española. Organización significa “establecer o reformar una cosa, sujetado a reglas de número, orden, armonía y dependencia de las partes que lo componen o han de componerlo”. Por ello, es necesaria la cooperación coordinada entre los integrantes de la organización criminal dedicada al TID o a la comercialización de insumos para elaboración, no bastando la mera concurrencia de pluralidad de personas.

⁸³Tomado de ACTUALIDAD JURÍDICA, Op. cit. 103.

8. Por la cantidad excesiva de droga objeto de comercialización

El numeral 6 del artículo 297 señala:

“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 artículo 36, incisos 1), 2), 4), 5) y 8) cuando:

7. La droga a comercializarse o comercializada excede las siguientes cantidades: veinte kilogramos de pasta básica de cocaína, 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 Metilendioxfanfetamina - MDA, Metilendioximetanfetamina- MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas.

En primer lugar, estamos ante un criterio cuantitativo de tipificación de la agravante. Por ello, es necesario el procedimiento técnico de pesaje, para comprobar si efectivamente las drogas incautadas excede el gramaje regulado en la redacción del presente inciso. En ese sentido, el fundamento es que una mayor cantidad de sustancias bajo tráfico afecta en mayor medida al bien protegido, salud pública.

Seguidamente, el 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.

Apuntes importantes: Jurisprudencia sobre la sustitución de la pena, en el marco de las modificaciones legislativas introducidas por la Ley N° 28002.

1. Jurisprudencia vinculante

La Ley N° 28002, publicada con fecha 17 de junio de 2003, modificó los artículos 296° al 299° del Código Penal, relativos a los delitos de TID, estableciendo una pena privativa de la libertad no menor de 15 ni mayor de 25 años.

Conforme a la regulación del delito de TID en su modalidad agravada antes de la modificatoria introducida por Ley N° 28002, se fijaba un mínimo de 25 años sin establecerse un máximo legal para los supuestos comprendidos en los incisos del 1 al 7 del artículo 297.

Debemos recordar que el Decreto Legislativo N° 895 modificó el artículo 29° del Código Penal, el cual establecía que tratándose de las penas privativas de libertad temporales, éstas se extendían, con carácter general, entre dos días, como mínimo, a 35 años, como máximo. Dicho artículo del Código Penal permitía integrar el marco punitivo en aquellos casos en los que la norma penal establecida en la parte especial solo fijaba un mínimo o un máximo. De este modo, en aquellos casos en los que sólo se fijaba el mínimo de la pena, el máximo correspondía a lo que previera el artículo 29 del Código Penal.

La ejecutoria recaída en el **R.N N° 352-2005** (Callao) de fecha 16 de marzo de

2005, emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, resuelve el recurso de nulidad interpuesto por el condenado Javier Gonzáles Gonzáles, contra la resolución que declara improcedente la adecuación de pena en el proceso penal seguido en su contra por TID, en agravio del Estado.

El inciso c) del considerando sexto de dicha ejecutoria fue **declarado jurisprudencia vinculante**. Señala lo siguiente:

*“(…) **Sexto.-** Que, para una sustitución adecuada y razonable de una pena impuesta en aplicación de penas conminadas en los artículos 296 y 297 del Código Penal antes de la ley N° 28002, y para evitar una valoración que lleve a una nueva pena concreta, el Pleno Jurisdiccional de Trujillo acordó los siguientes criterios de sustitución: a) Si la pena impuesta fue mayor a la del nuevo máximo, se reducirá al nuevo máximo legal; b) Si la pena impuesta fue el mínimo anterior, se convertirá en el nuevo mínimo legal; **c) Si la pena impuesta fue inferior al mínimo anterior, pero mayor del nuevo mínimo, se reducirá al nuevo mínimo legal;** y d) Si la pena impuesta fue inferior al nuevo mínimo legal y menor al nuevo máximo de la pena del tipo base (artículo 296), no se podrá reducir la pena.”(el resaltado es nuestro).*

El considerando séptimo aplica el criterio jurisprudencial acotado de la siguiente manera:

*“**Séptimo:** Que resolviendo el caso sub judice, se debe considerar lo siguiente: a) Que se le imputa al procesado (...), haber coordinado el ingreso de la droga al establecimiento penitenciario “Sarita Colonia” con fecha 24 de octubre del año 1998; b) Que el ilícito en mención quedó subsumido dentro de la **agravante contenida en el inciso cuarto del artículo 297 del Código Penal, modificado por la Ley N° 26719, de fecha 9 de junio del año 1996;** c) Que con fecha 16 de octubre del año 2001, el*

recurrente fue procesado y **condenado** como autor del delito de tráfico ilícito de drogas con la agravante contenida en el precitado artículo, a **dieciocho años de pena privativa de la libertad**; d) Que en el caso sub judice y tomando en cuenta el criterio adoptado en el Pleno Jurisdiccional de Trujillo (**Ver: literal “c” del sexto considerando**) se advierte que la pena impuesta (**dieciocho años**) fue inferior al mínimo anterior (**veinticinco años**), pero mayor del nuevo mínimo (**quince años**), por lo que resulta pertinente reducir la pena al nuevo mínimo legal (...)” (el resaltado es nuestro).

2. Posición del Tribunal Constitucional

El Máximo Intérprete de la Constitución, en la sentencia al Exp. N° 02283-2006-PH/TC de fecha 11 de septiembre de 2007, establece precisiones importantes sobre retroactividad benigna de la norma penal y sustitución de la pena; no siguiendo estrictamente el criterio establecido por la ejecutoria suprema vinculante recaída en el recurso de nulidad señalado precedentemente.

En primer lugar, el marco constitucional peruano señala lo siguiente:

“Artículo 103.- (...)La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; **salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo** (...) (el resaltado es nuestro).

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) **11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales**” (el resaltado es nuestro).

De esa manera, siendo regla general la aplicación inmediata de las normas en el ordenamiento jurídico peruano (Exp. N° 1300-2002-HCTC, fundamento

7) encuentra su excepción en la aplicación retroactiva de la ley penal, siempre que resulte más favorable al procesado. Este principio tiene como consecuencia la imposición de la pena prevista tras una modificación que resulte más favorable al reo, en reemplazo de la impuesta bajo la vigencia de la norma anterior. Esto se encuentra positivizado en el texto expreso del artículo 6° del Código Penal:

“Artículo 6.- La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley”(el resaltado es nuestro).

Según el Tribunal, esta excepción se sustenta en razones político-criminales, ya que el Estado no tiene interés en perseguir un comportamiento que ya no constituye delito (o cuya pena ha sido disminuida) y, esencialmente, se basa en el principio de humanidad de las penas, basado en la dignidad de la persona humana recogida en el artículo 1 de la Constitución.

Sin embargo, el fundamento 6 de la sentencia constitucional sub análisis, establece que “(...) ningún derecho fundamental ni principio constitucional es absoluto. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección(Cfr. Exp. N° 0019-2005-PI/TC fundamento 12 y Exp. N° 7624-2005-PHC/TC fundamento 3).

En dicho considerando, hace remisión al fundamento 52 del Exp. N° 0019-2005-PI/TC, cuyo texto es muy claro al señalar el carácter no absoluto de la retroactividad benigna en materia penal y su respectiva aplicación siguiendo una

interpretación integral del sistema constitucional, y no en beneficio exclusivo del penado. Establece:

*“(...) el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable **no puede ser interpretado desde la perspectiva exclusiva de los intereses del penado.***

*La interpretación de aquello que resulte más favorable al penado debe ser interpretado a partir de una **comprensión institucional integral**, es decir, a partir de una aproximación conjunta de todos los valores constitucionalmente protegidos que resulten relevantes en el asunto que es materia de evaluación (el resaltado es nuestro)”.*

Luego de señalar al párrafo precedente como el criterio a seguir al resolver una solicitud de sustitución de la pena, declara que no corresponde a la justicia constitucional resolver el fondo de una solicitud de sustitución de pena, puesto que la pena anterior fue impuesta al interior de un proceso y bajo la declaración de culpabilidad emitida por el juez competente para ello. A pesar de lo anterior, señala que debe tomarse en cuenta la afectación a los bienes jurídicos tutelados en el tipo penal de que se trate (fundamento 9):

“En el caso de la represión del delito de TID debe tomarse en cuenta el deber estatal de combatir el tráfico ilícito de drogas, (...). Asimismo, como lo ha señalado este Tribunal, el TID es un delito que atenta en gran medida contra el cuadro material de valores previsto en la Constitución. En este sentido, es pertinente citar lo expresado en el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, el cual reconoce “[...]los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los

Estados, (...) que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad, (...) que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles”.

En el caso concreto que la sentencia resolvió, no se apreciaba una negativa injustificada a sustituir la pena ya impuesta por la nueva más favorable bajo la modificatoria *sub análisis*, como afectación al debido proceso. Si ese hubiese sido el caso, la justicia constitucional sí habría ordenado al órgano jurisdiccional correspondiente emitir una resolución de fondo motivada sobre la sustitución de pena. Por el contrario, precisamente siguiente el criterio señalado sobre la afectación a los bienes jurídicos tutelados, la sentencia que motivó el habeas corpus había resuelto:

*(...) en el presente caso los hechos materia de condena resultan ser evidentemente graves, toda vez la (sic) actividad desplegada por el recurrente como integrante de una organización delictiva dedicada al tráfico ilícito de drogas con contactos en el exterior, (...) conducta **agravada no solo por el hecho de su pertenencia a la misma (...) sino por la dimensión de dicha organización que venía operando de manera sistemática enviando drogas con destino a los Estados Unidos de Norteamérica**(el resaltado es nuestro)”.*

El tribunal ha seguido la misma línea de argumentación sobre su no competencia para determinar la responsabilidad penal de los demandantes en el proceso constitucional, y la subsecuente determinación de la pena. Así, la sentencia al Exp. N° 05844-2009 de fecha 17 de marzo de 2010 señala:

(...) injustamente recluso en mérito a la ejecutoria suprema que confirmó la sentencia que lo condena como cómplice secundario cuando dicha participación no ha podido ser comprobada en el desarrollo del ilegal proceso penal, agregándose que la pena impuesta es superior a la que fue impuesta a su coprocesado.

Que **no obstante la denuncia constitucional de afectación del derecho a la libertad personal del favorecido**, este Colegiado advierte que **los fundamentos fácticos de la demanda se sustentan en un alegato de su supuesta irresponsabilidad penal**, esto es que su participación delictiva en calidad de cómplice secundario no ha podido ser comprobada en el desarrollo del ilegal proceso penal. Al respecto cabe subrayar que este Tribunal viene señalando en su reiterada jurisprudencia que **los juicios de reproche penal de culpabilidad o inculpabilidad, la subsunción de conductas de conductas en determinado tipo penal, así como la graduación de las penas dentro del marco legal no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal**, toda vez que son aspectos propios de la jurisdicción ordinaria que no compete a la justicia constitucional encargada de examinar casos de otra naturaleza. [Cfr. RTC N.º 2849-2004-HC/TC, Caso Luis Alberto Ramírez Miguel, RTC 8109-2006-PHC/TC y RTC N.º 04259-2009-PHC/TC, entre otras] (el resaltado es nuestro)”.

Sobre los presupuestos para configurar la agravante del inciso 6 del artículo 197 del Código Penal, otro pronunciamiento del Tribunal Constitucional que reviste alto interés, es la sentencia que resuelve el EXP. N.º 01511-2011-PHC/TC de fecha 23 de mayo de 2011. Señala:

“Que, el sustento para solicitar la nulidad de la condena es que **al haberse condenado a uno de los coprocesados por el tipo base del**

delito de tráfico ilícito de drogas (artículo 296° del Código Penal) ya no existiría el agravante de pluralidad de agentes previsto en el artículo 297° inciso 6 del Código Penal, y que, por tanto, el favorecido debe ser procesado y condenado por el tipo penal básico de tráfico ilícito de drogas y no por el tipo penal agravado.

Que este Tribunal en reiterada jurisprudencia ha establecido que no es función del juez constitucional la calificación jurídica de los hechos imputados, la subsunción de la conducta en un determinado tipo penal, la determinación de la inocencia o responsabilidad penal del imputado, la realización de diligencias o actos de investigación, el reexamen o revaloración de los medios probatorios, ni la resolución de los medios técnicos de defensa, pues ello es tarea exclusiva del juez ordinario. Por tanto, lo pretendido resulta manifiestamente incompatible con la naturaleza del proceso constitucional de hábeas corpus (STC N° 2758-2004-HC/TC y 4118-2004-HC/TC) (el resaltado es nuestro)”.

9. La comercialización, producción y uso de insumos químicos en pequeña escala.

Artículo 298.- Microcomercialización o microproducción

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, Metilendioximetanfetamina - MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas.

2. Las materias primas o los insumos comercializados por el agente que no excedan de lo requerido para la elaboración de las cantidades de drogas señaladas en el inciso anterior.

3. Se comercialice o distribuya pegamentos sintéticos que expelen gases con propiedades psicoactivas, acondicionados para ser destinados al consumo humano por inhalación.

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 artículo 297 del Código Penal.

a) Tipicidad objetiva

A1. Sujeto activo

La redacción del artículo 298 resulta muy clara al establecer que el delito puede ser cometido por cualquier persona, sin necesidad de un rol o condición especial. Es un tipo penal común.

Siendo consecuentes con el análisis orgánico del articulado penal que venimos haciendo, los miembros de organizaciones delictivas no pueden ser imputados por este delito, ya que dichas estructuras y sus miembros solo se relacionan con la comercialización de cantidades copiosas de droga.

Sobre la condición adicional de consumidor ostentada por el agente micro

comercializador, la ejecutoria recaída en Exp. 5754-1998⁸⁴ ha señalado que:

“La responsabilidad penal del encausado fluye del acta de incautación, aún cuando se negó a firmarla, así como del acta de pericia química ya mencionada; declaración policial prestada en presencia del representante del ministerio Público, en la cual admite comercializar droga en la modalidad de ‘pasero’, esto es, siendo nexos con otro microcomercializador, corroborada con la instructiva al ratificarse, reiterando su condición de consumidor, la que se ve corroborada con la testimonial del efectivo policial interviniente, y pericia toxicológica de fs. 50; fundamentos por los cuales confirmaron la sentencia apelada”.

A2. Sujeto pasivo

La sociedad como conjunto, al ser el bien jurídico protegido la salud pública.

b) Modalidad típica

Debido a que se trata de un tipo penal atenuado en base al artículo 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.

⁸⁴ Tomado de ROJAS VARGAS, Fidel. Op. cit. p. 711-712.

Consecuentemente, la sola tenencia no es punible sin esa orientación.

La redacción original del artículo sub análisis establecía como elemento esencial del tipo “cantidades pequeñas”, dejando abierta al criterio de cada juez la determinación del significado de “pequeñas”:

“Si es pequeña la cantidad de droga o materia prima poseída, fabricada, extractada o preparada por el agente, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de ocho años, de 365 a 730 días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

Si se ha distribuido la droga en pequeñas cantidades y directamente a consumidores individuales, no manifiestamente inimputables, la pena privativa de libertad será no menor de uno ni mayor de cuatro años, de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36º, incisos 1, 2 y 4.” (el resaltado es nuestro).

La Ley N° 26320, con la finalidad de evitar el riesgo de cambios de criterio propio de la práctica jurisdiccional al hacer la cuantificación, a que daba pie la Ley anterior. Así, el legislador decidió establecer de manera incontrovertible los límites de lo que considera escasa cantidad de drogas. Se agregó como párrafo final lo siguiente:

“A efectos de la aplicación del presente artículo, se considera pequeña cantidad de droga hasta 100 gramos de pasta básica de cocaína y derivados ilícitos, 25 gramos de clorhidrato de cocaína, 200 gramos de marihuana y 20 gramos derivados de marihuana”.

Aunque loable la intención, esta modificación omitía hacer mención a las demás drogas fiscalizadas, restringiendo la autoría en este delito atenuado solo a los casos en que el objeto sea las drogas mencionadas. Además, estas cantidades distaban de ser pequeñas respecto de lo mostrado por el mercado ilícito de estas

drogas.

A continuación, la Ley 27817 del 3 de agosto del 2002 modificó el párrafo final previamente agregado por la Ley 26320, en el sentido de reducir las cantidades que serían consideradas pequeñas. Si el consumo iba en incremento, unas cantidades tan altas no podían ser criterio para tipificar microcomercialización. El párrafo modificado tuvo este resultado:

“A los efectos de la aplicación del presente artículo, se considera pequeña cantidad de droga hasta **50 gramos** de pasta básica de cocaína y derivados ilícitos, 25 gramos de clorhidrato de cocaína, 5 gramos de opio o un gramo de sus derivados; **80** gramos de marihuana o **10** gramos de sus derivados“ (el resaltado es nuestro).

La misma Ley 27817 terminaba agregando un párrafo que cubría el vacío dejado por Ley anterior, sobre las drogas no mencionadas.

“El Poder Ejecutivo determinará mediante Decreto Supremo las cantidades correspondientes a las demás drogas y las de elaboración sintética”

La ley 28002 de junio de 2003, integró las cantidades típicas, estableció una nueva pena y agregó las agravantes, resultando en la redacción siguiente:

*“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 50 gramos de pasta básica de cocaína y derivados ilícitos, 25 gramos de clorhidrato de cocaína, 5 gramos de látex de opio o 1 gramo de sus derivados, 100 gramos de marihuana o 10 gramos de sus derivados.

El Poder Ejecutivo determinará mediante decreto supremo las cantidades

correspondientes a las demás drogas y las de elaboración sintética.

2. Las materias primas o los insumos comercializados por el agente que no excedan de lo requerido para la elaboración de las cantidades de drogas señaladas en el inciso anterior.

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 artículo 297 del Código Penal”

Finalmente, la redacción actual fue introducida en el Código Penal por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 julio 2007, el cual agregó las variedades de éxtasis en la lista de sustancias susceptibles de micro comercialización/producción, así como las cantidades mínimas para calificar como tal. De manera esquemática, las sustancias incluidas vigentes y sus medidas son las siguientes:

- 50 grs. de pasta básica de cocaína o sus derivados
- 25 grs. de clorhidrato de cocaína
- 5 grs. de látex de opio o 1 gr de sus derivados
- 2grs. de éxtasis, conteniendo Metilendioxianfetamina – MDA, Metilendioximetanfetamina – MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas.
- En lo referido a los insumos o precursores utilizables, se considera lo necesario para la obtención de las cantidades previamente especificadas por tipo de droga.

A decir de PRADO SALDARRIAGA⁸⁵ en líneas generales positivo esta redacción final del tipo penal que nos ocupa, ya que incluye sustancias y cantidades configuradoras del delito, conformando una lista que se corresponde con la

⁸⁵ PRADO SALDARRIAGA, Op. cit. p.119.

realidad de la producción y del consumo. Sin embargo, según este jurista, si algo puede criticarse al legislador es que nuevamente haya omitido mencionar a las drogas sintéticas o de diseño. Otra crítica posible es que no haya una pena menor para la micro comercialización de materias primas e insumos químicos, en comparación a la realizada sobre drogas ya fabricadas.

Sobre la confusión a veces suscitada sobre si la condición de consumidor obstaculiza la configuración de la micro comercialización, hay jurisprudencia que clarifica el particular. Así, en la ejecutoria recaída en el Exp. N° 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**”*(El resaltado es nuestro).

10. Posesión no punible

Artículo 299.- Posesión no punible

No es punible la posesión de droga para el propio e inmediato consumo, en cantidad que no exceda de 5 gramos de pasta básica de cocaína, 2 gramos de clorhidrato de cocaína, 8 gramos de marihuana o 2 gramos de sus derivados, 1 gramo de látex de opio o 200 miligramos de sus derivados o 250 miligramos de éxtasis, conteniendo Metilendioxfanfetamina - MDA, Metilendioximetanfetamina - MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas.

Se excluye de los alcances de lo establecido en el párrafo precedente la

posesión de dos o más tipos de drogas.

a) Antecedentes legislativos

El primer antecedente en el Perú referido a los actos de posesión de sustancias prohibidas data de la Ley 4428 del 26 de noviembre de 1921, la cual –de manera contraria a la actual regulación- los sancionaba estrictamente. Veamos el articulado relevante:

*“Artículo 8.- La existencia de esas sustancias en poder de personas no autorizadas al efecto, **se declara comercio ilegítimo, sin admitir prueba en contrario**” (el resaltado es nuestro).*

(...)

Artículo 10- Todo el que lucre con esas sustancias y sus derivados, contraviniendo la presente ley, será castigado con las siguientes penas, según su proporción:

2) Con cárcel de primero a tercer grado:

*a) **A toda persona en cuyo poder se encuentre esas sustancias, en las condiciones del artículo 7. (...)**”(el resaltado es nuestro).*

En la misma línea de criminalización estricta sanciona los actos de tenencia el Código Sanitario de 1969, cuyo artículo 185 inciso II) señala que constituye Delito contra la Salud *“poseer cualquier clase de droga sin justificar la razón legítima de su posesión o tenencia”*.

El primer resultado legislativo que descriminaliza los actos de tenencia de drogas es la Ley 19505 de 1972, la cual, tras considerar y calificar al consumidor como un ser enfermo y víctima del narcotráfico, le establece únicamente –en vía civil- una medida adecuada a su estado.

Tras intentos legislativos tolerantes, con la promulgación del Código Penal de 1991, el tipo penal del artículo 299 incluía un extraño elemento criterio judicial para determinar la no punibilidad de una conducta de posesión. Así, señalaba:

“Artículo 299.- Posesión impune de droga.966672191 Sra. Tula

El que posee droga en dosis personal para su propio e inmediato consumo está exento de pena.

Para determinar la dosis personal, el Juez tendrá en cuenta la correlación peso-dosis, la pureza y la aprehensión de la droga. ()*

En primer lugar, su estructura era la de un tipo penal permisivo, puesto que daba autorización para realizar un comportamiento prohibido, es decir, la posesión de drogas para el propio consumo. Este primer error se ha mantenido hasta ahora, puesto que la única punible es la posesión de drogas con fines de tráfico ilícito, a tener del artículo 296, tipo base del delito de TID. En segundo lugar, salta a la vista – a pesar de lo aparentemente permisivo del artículo- el gran marco de discrecionalidad concedido al juez de cada caso concreto.

La siguiente fue la modificación ocurrió a través de la Ley N° 28002, publicada el 17 de junio de 2003, y tuvo la virtud de señalar con exactitud las cantidades o medidas que de cada droga eran permitidas para que los actos de posesión fuesen no punibles. Quizá propio de la época, la gran falencia era la no incorporación de drogas de diseño o sintéticas como el éxtasis. Versaba así:

"Artículo 299.- Posesión no punible

No es punible la posesión de droga para el propio e inmediato consumo, en cantidad que no exceda de 5 gramos de pasta básica de cocaína, 2 gramos de clorhidrato de cocaína, 8 gramos de marihuana o 2 gramos de sus derivados, 1 gramo de látex de opio o 200 miligramos de sus derivados.

Se excluye de los alcances de lo establecido en el párrafo precedente la posesión de dos o más tipos de drogas.”

La última modificación fue hecha por el Decreto Legislativo N° 982, publicado el 22 julio 2007, el cual al menos enmendó la falencia referida a no mencionar a drogas de consumo actual como el éxtasis y sus variedades.

b) Crítica dogmática

PRADO SALDARRIAGA⁸⁶ critica la existencia misma del tipo penal analizado en esta líneas, en tanto la conducta recogida en él es per se atípica, al estar dirigida a actos de consumo personal y no de TID. Dicho autor manifestó esta posición en el Anteproyecto de reformas a las normas sobre TID del Código Penal (17 de junio de 2001), como miembro de la Comisión de Expertos constituida mediante Resolución Ministerial N° 021-2001-JUS para dichos efectos. Se expresó en los siguientes términos:

*“La supresión de la inapropiadamente denominada exención de la pena en casos de posesión de drogas en dosis personal para el propio consumo, está fundada en una razón técnico-legislativa. **Solo es punible en la actualidad, de acuerdo al artículo 296 vigente, la posesión de drogas para el tráfico; es decir, la posesión para el consumo, independiente de que sea mediato o inmediato, propio o ajeno, es un hecho atípico. En consecuencia, no se puede eximir d pena a un hecho que no es típico y, por ende, no delictivo. De manera que, el artículo 299 en su redacción actual es anti técnico, superfluo y asistemático”** (el resaltado es nuestro).*

Con esta claridad conceptual del artículo en cuestión, el mismo autor se plantea 3 inquietudes de relevancia práctica que no podemos ignorar.

⁸⁶ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Op. cit. p. 119.

- a) ¿Es punible la posesión de drogas para el propio e inmediato consumo que exceda las cantidades fijadas en el artículo 299?

Bajo un argumento dogmático muy sencillo, la respuesta claramente debe ser negativa. Mientras el segundo párrafo del artículo 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.

- b) ¿Es punible la posesión conjunta de dos o más drogas para el propio e inmediato consumo, aunque las cantidades de cada tipo de droga no excedan los límites del artículo 299?

Teniendo como sustento lógico la respuesta a la interrogante precedente, tampoco será punible la posesión de dos o más drogas distintas, siempre que la finalidad sea el consumo, mucho menos cuando no excedan las cantidades señaladas como límite en el artículo 299.

- c) En caso de ser respondidas las dos interrogantes anteriores en sentido afirmativo, ¿Bajo qué tipo penal y pena se tendría que procesar al poseedor?

Aunque parezca inverosímil una pregunta como la planteada, la realidad nos dice que existen jueves y fiscales creyentes en la existencia de un delito cuando las sustancias poseídas para consumo excedan las cantidades o las clases consideradas bajo el artículo 299. Se trataría de una enorme incorrección arribada *contrario sensu*, algo tan irrisorio como afirmar que existe un tipo penal implícito o tácito en el artículo bajo comentario, el cual reprimiría la posesión para el propio consumo.

Sin embargo, quien pretendiese tamaña y desviada hermenéutica se encontraría con un vacío en el resultado de su argumentación pues no podrían asignar una

posible pena debido al esencial principio de legalidad. No hay penas previstas para estos casos, y por tanto carecerían de punibilidad. Seguidamente, todo esfuerzo por deducir una pena a imponer se encontraría con el principio de legalidad de las penas y la prohibición de analogía in *malam partem*, vigentes y rectoras de nuestro ordenamiento.

Como aporte probatorio, es necesario tomar en cuenta la ejecutoria recaída en el Exp. N° 130-1997, la cual establece que:

“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.”

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia al Exp. N.º 03197-2008-PHC/TC de fecha 3 de febrero de 2009, al resolver la demanda de habeas corpus interpuesta por Nicolasa Andía Zevallos. El fundamento 6 señala:

*“En el presente caso estos elementos de la flagrancia resultan cumplimentados conforme se desprende del acta de registro de domiciliario (f. 22), diligencia llevada a cabo aproximadamente a las 16:00 horas del día 11 de abril de 2008, señalando que cuando se procedió a la revisión de la parte posterior del lado izquierdo de la conservadora **se halló en el piso una bolsa de color negro de plástico contenía hojas diseminadas de marihuana, las que, según el acta de descarte de droga, dieron resultado positivo.***

Aunado a esto, el artículo 299 del Código Penal prevé la posesión no punible de droga “[p]ara 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”. Cabe precisar que la droga hallada en el domicilio de la demandante tenía un peso de once gramos de marihuana, hecho acreditado con las actas que obran de fojas 22 a 29, levantadas en presencia del representante del Ministerio Público (el resaltado es nuestro)”.

11. Facilitamiento indebido de medicamentos controlados por parte de profesionales de la salud.

Artículo 300.- Suministro indebido de droga

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 artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

a) Nociones preliminares

Según PEÑA CABRERA FREYRE, este delito no está relacionado al TID⁸⁷, puesto que la prescripción, administración o expendio de medicamentos continentales de drogas tóxicas debe únicamente ser realizado de forma indebida, sin exigirse que el agente facilite o promueva el consumo de drogas para introducir consumidores al mercado. Por ello, el autor propone su mejor ubicación dentro del capítulo III – sección I, o incluso dentro del artículo 294, suministro infiel de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios, cuyo objeto de protección es sin duda la salud pública sin relación con el TID.

A pesar de lo anterior, existe en el médico el deber esencial de no promover el consumo o adicción a las drogas al prescribir medicamentos/tratamientos, a tenor

⁸⁷ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Op. cit. p. 234.

del artículo 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”.

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 artículo 85 del mismo Código ético, queda prohibida toda prescripción con fines distintos.

Sin embargo, a pesar de los efectos beneficiosos sobre el organismo en el ámbito fisiológico, corporal o psíquico, que son capaces de producir los medicamentos, si empleo indiscriminado (en excesivas cantidades o debido a las denominadas “contraindicaciones”) puede causar graves lesiones a la salud del paciente.

En virtud de lo anterior, se exige para su adquisición la denominada “prescripción o receta médica”, definida por la RAE como la “orden de un medicamento, con expresión de sus dosis, preparación y uso”. Cuando estemos ante medicamentos genéricos, esta orden médica no será necesaria.

El legislador ha recogido en el artículo bajo comentario una conducta infractora de los deberes esenciales de la función médica, su *lex artis*. Así, el galeno o profesional de la salud no puede recetar un medicamento continente de drogas, estupefacientes o psicotrópicos que no vaya dirigido a la finalidad de preservar/mejorar su salud, sin importar que sea el propio paciente quien exija mayores dosis. Por esto último, su responsabilidad cesa si la prescripción o receta es modificada o repetida por el paciente sin su conocimiento ni consentimiento (artículo 80 del Código de Ética).

En ese sentido, además de los deberes ya mencionados, el articulado vigente del Código de Ética señala en su capítulo 4, dedicado a la prescripción médica:

- Facultar de proponer el tratamiento al paciente y responsabilidad por la prescripción (artículo 79).
- Obligación de prescribir por escrito, de forma clara, en recetario, con identificación plena del medicamento, así como el detalle de riesgos, reacciones adversas, contra indicaciones y precauciones que engloba el consumo de dicho medicamento (artículo 80).
- Deber de elaborar un plan terapéutico con el modo de uso y todas las indicaciones de uso, alimentación, higiene y de hábitos del paciente, que permitan alcanzar los fines propuestos (artículo 82).
- Prohibición de utilizar nuevos medicamentos sin conocimiento adecuado de sus efectos y mayor eficacia, siempre con conocimiento y consentimiento del paciente (artículo 83). Si observase -en este y cualquier otro caso- una nueva reacción, debe informar a la autoridad competente (artículo 84).

A pesar de la lista de deberes mencionados, solamente deben ser sancionadas con el delito bajo comentario aquellas conductas que reporten un nivel de sustantividad suficiente, y no aquellos actos de mera infracción administrativa; en aplicación del principio de *ultima ratio* del Derecho Penal.

b) Tipo objetivo

b1. Sujeto activo

Según la redacción del tipo penal que nos ocupa, no cualquier persona puede ser

autor, sino solo aquella que por ley se encuentre facultada para prescribir o recetar drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Así, estamos ante un delito especial propio.

Quedan cubiertos como potenciales autores los profesionales de la salud, que cuenten con su título profesional y correspondiente colegiatura. No sucede lo mismo con los practicantes, quienes incurrirán en el artículo 290 del Código Penal (ejercicio ilegal de la medicina) si incurriesen en tales actos. Por ello, no resulta admisible la existencia de un partícipe en esta figura delictiva.

Si la prescripción fue firmada por dos médicos, ambos responden a título de co-autores de este delito.

b2. Sujeto pasivo

Es la colectividad, al tratarse de la salud pública como bien jurídico protegido. Sin embargo, también es correcto sostener que de manera inmediata es el paciente la víctima en el delito que nos ocupa, mientras que la sociedad lo sería de manera mediata; pero no debemos perder de vista que en todos los delitos tipificados relacionados al TID nos encontramos frente a la tutela de bienes jurídicos de titularidad difusa.

Si se materializasen daños a la salud e integridad física del paciente, estaremos hablando de un concurso real de delitos, teniéndose que recurrir a otros tipos penales, como posiblemente serían las lesiones culposas leves o graves.

b3. Modalidades típicas

Recetar y prescribir, como acciones típicas, sin sinónimos y expresan la acción de ordenar un medicamento o tratamiento, con precisión de la dosis, preparación y uso correspondiente, según ya se explicó en la definición establecida por la RAE. Por otro lado, “administrar” queda definido por la misma RAE como aplicar, dar o

hacer tomar un medicamento, en la forma o vías pertinentes.

Por su parte, “exponder” hace referencia a vender medicamentos, ya sea de modo minorista o mayorista. PRADO SALDARRIAGA señala que el hecho que el eventual comprador porte receta médica no afecta la antijuridicidad del expendio indebido realizado al margen de las formalidades⁸⁸. Tampoco se perjudica la tipicidad cuando el adquirente no llegue a consumir efectivamente el medicamento.

b4. Objeto del delito

Como se ha detallado al describir el tipo base en el Capítulo N° 3 de este manual, el objeto delictivo también debe ser entendido como las sustancias comprendidas en las Listas I y II-A anexas al Decreto Ley 22095 (Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas), aún vigentes. La cantidad de droga que contenga la prescripción indebida es irrelevante a efectos de la tipificación.

c) Tipicidad subjetivo

Este delito se castiga a título de dolo, es decir, la consciencia y voluntad recaída sobre todos los elementos de la redacción típica: la prescripción indebida de una droga, estupefaciente o psicotrópico. Según las circunstancias concretas que en cada caso la realidad muestre, cabe un error de tipo cuando exista desconocimiento sobre el medicamento mismo, su dosis o componentes. Por otro lado, un error de prohibición se muestra como liminarmente descartado, ya que se trata de un agente profesional de la salud, conocedores plenos de los límites de su facultad de prescripción de medicamentos.

⁸⁸ PRADO SALDARRIAGA, V. Op. Cit. p. 163.

12. Facilitamiento del consumo de drogas prohibidas sin la voluntad o contra la voluntad del consumidor final.

Artículo 301.- Coacción al consumo de droga

El que, subrepticamente, 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 agente actúa con el propósito de estimular o difundir el uso de la droga, o si la víctima es una persona manifiestamente inimputable, la pena será no menor de ocho ni mayor de doce años y de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

a) Nociones preliminares

La base de un Estado Constitucional de Derecho, como el peruano, es el reconocimiento de las denominadas libertades fundamentales, es decir, las vinculadas con la propia esencia del ser humano, partiendo de su autorrealización y a su participación en sociedad.

Así lo han reconocido los tratados internacionales, entre ellos la Convención Americana de Derechos humanos, suscrita por el Perú, la cual recoge expresamente el derecho a la libertad personal en su artículo 7. Por su parte, la Constitución peruana de 1993 ha recogido la libertad y seguridad personales como derechos fundamentales en el artículo 2.24. Específicamente, el inciso h) de este numeral protege a toda persona contra violencia moral, psíquica o física. Asimismo, la intimidad personal está protegida con el numeral 7 del artículo 2, mientras que el numeral 22 protege el derecho de toda persona a la paz y tranquilidad personales, junto al derecho de gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para su desarrollo.

Como se extrae del marco normativo descrito, mientras una conducta personal no esté prohibida por ley, se encuentra proscrita toda intervención –incluso estatal– en el plano de actuación individual, en el cual el individuo tiene el derecho de auto-conducirse conforme al sentido común y principios que mejor le parezcan. Por las mismas razones, está prohibida toda injerencia ejercida por un tercero a fin de desviar la voluntad humana, conducta ilícita que es además sancionada y despojada de todo efecto jurídico.

Lo anterior no significa de ninguna manera que la persona está facultada para actuar sin límites ni consecuencias jurídicas, sino que siempre lo hará cuidando que su conducta no genere consecuencias negativas para derechos e intereses de un tercero, de manera que el aparato coactivo del Estado no se active.

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 artículo 299⁸⁹. 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.

No es necesario que finalmente se materialice una lesión a la víctima coaccionada, es decir, una efectiva afectación en la salud del sujeto pasivo. Si esto ocurriese, nos encontraríamos ante la configuración del delito de lesiones, suscitándose un concurso real de delitos, a tenor del artículo 48 del Código Penal.

Finalmente, dicho catedrático contempla un supuesto muy importante, y que debe

⁸⁹ PEÑA CABRERA FREYRE. Op. cit. p. 235.

prestarse a la reflexión. Se trata de aquel caso en que ocurra efectivamente una coacción, pero no recaiga sobre el consumo de drogas perjudiciales para la salud del sujeto pasivo, sino sobre medicinas que le sean –por el contrario- beneficiosas. Si bien hay coacción, no existe peligro alguno a la salud del individuo. Por ello, la práctica judicial debe ser muy cuidadosa al evaluar y no convertir el foro penal en escenario de injusticias, ante el silencio del tipo penal sobre un efecto en la salud.

b) Tipicidad objetiva

b1. Sujeto activo

El delito puede ser cometido por cualquier persona, según la redacción normativa bajo análisis, incluso puede tratarse de un comerciante de drogas, un traficante o un adicto a los estupefacientes. Cabe la coautoría, cuando se trate de dos o más agentes.

Sin embargo, es necesario aclarar que, tratándose especialmente de violencia o intimidación, el agente debe ser alguien capaz de conducirse voluntariamente y con discernimiento, quedando fuera como sujetos activos los impúberes e inimputables.

b2. Sujeto pasivo

En primer lugar, como en todos los delitos relacionados al TID, el sujeto pasivo principal será la sociedad, ya que se tutela la salud pública como bien jurídico.

En segundo, se presenta también un sujeto pasivo inmediato, es decir, la persona sobre quien recayó la violencia o intimidación para el consumo. Se requiere la verificación de actos positivos emprendidos por la víctima que estén dirigidos al consumo de estupefacientes. Incluso tratándose de un adicto como sujeto pasivo, su condición no anula completamente su capacidad volitiva, más aún si sobre él recae violencia/intimidación para doblegar esa capacidad decisoria *per se* débil.

c) Modalidades típicas

Como ya se ha comentado, este delito afecta en a la libertad individual, y de manera mediata, a la salud pública.

Mediante la primera modalidad típica, el agente impone al sujeto pasivo un consumo de drogas contra su voluntad mediante violencia o intimidación, no queriendo la víctima realizar dichos actos de consumo. Cuando se usa violencia (*vis absoluta*), hablamos de remover cualquier resistencia ofrecida por la víctima, a través de actos concretos realizados sobre su anatomía. Debe tratarse se una violencia eficiente, es decir, idónea para vencer cualquier acto de defensa por parte de la víctima. Debe ser siempre previa al acto de consumo.

Aunque no lo diga expresamente el tipo penal *sub análisis*, la violencia bien podría recaer sobre una tercera persona, ajena a quien queda sometido al consumo del estupefaciente, aunque íntimamente relacionado y cuya puesta en peligro cumple el objetivo doblegar su voluntad.

También está regulada 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.

En segundo lugar, tenemos “hacer consumir subrepticamente” 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.

Cabe mencionar que, 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 artículo 151 del Código Penal, debido al principio de Especialidad.

d) Tipicidad subjetiva

Este delito solo puede ser cometido mediante modalidad dolosa. Es decir, el agente deberá ser conocedor y consciente de su actuación subrepticia, violenta o intimidante en los sentidos descritos, y de las drogas objeto del consumo al que obliga al sujeto pasivo.

Sobre la primera agravante, se requiere adicionalmente al dolo, una finalidad o ánimo de naturaleza trascendente referido a “difundir el consumo de drogas ilícitas”. Si no es verificada esta finalidad, se configurará el tipo base del artículo 301, cuyo contenido se analiza.

13. Instigación al consumo de drogas prohibidas

Artículo 302.-Inducción o instigación al consumo de droga

El que instiga o induce a persona determinada para el consumo indebido de drogas, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de 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 sesenticinco días-multa.

a) Nociones preliminares sobre el consumo indebido

PRADO SALDARRIAGA⁹⁰ al recoger el significado del consumo indebido en el problema de la droga, lo establece como elemento importante para toda imagen nacional o internacional. La más grave manifestación de este tipo de consumo es la farmacodependencia, la cual queda definida en amplio por el diccionario de la Rae como la adicción a los medicamentos o a las drogas.

Sin embargo, es menester ahondar en el significado e implicancias de tal dependencia, y analizar una definición científica. Según el Centro Médico de la Universidad de Maryland (Estados Unidos)⁹¹ farmacodependencia significa que una persona necesita de una droga para poder llevar a cabo su desempeño cotidiano normal. En ese escenario, una suspensión abrupta de la droga ocasiona síntomas de abstinencia. Por otro lado, la drogadicción o adicción a las drogas queda definida como el uso compulsivo de una sustancia al margen de sus efectos negativos/peligrosos. Necesitar una dosis mayor para alcanzar el mismo efecto de una droga (tolerancia) suele ser parte de la adicción.

Aunque la línea divisoria entre ambos conceptos es muy delgada, estos son diferentes, puesto que una persona puede presentar dependencia física de una sustancia sin tener necesariamente una adicción. Por ejemplo, algunos medicamentos para la presión arterial no causan adicción, pero pueden provocar dependencia física. Otras drogas, como la cocaína, causan adicción sin llevar a la dependencia física.

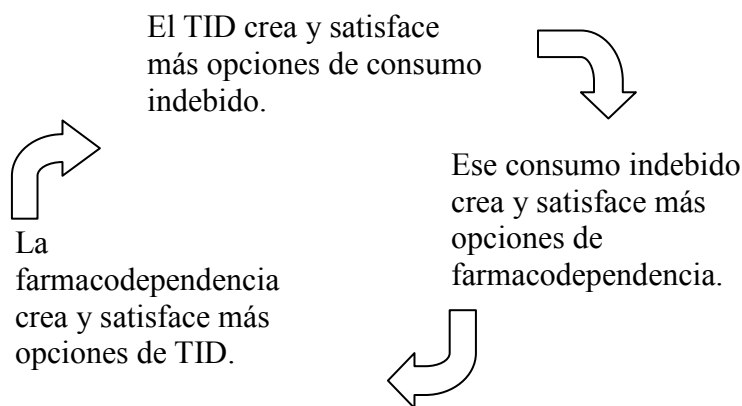
La tolerancia a una droga (necesitar una dosis mayor para alcanzar el mismo efecto) por lo regular es parte de la adicción.

En la dinámica funcional del TID, esos estragos compulsivos causados en los

⁹⁰PRADO SALDARRIAGA, V. Op. cit. p. 177.

⁹¹ [HTTP://UMM.EDU/HEALTH/MEDICAL/SPANISHENCY/ARTICLES/FARMACODEPENDENCIA.](http://umm.edu/health/medical/spanishency/articles/farmacodependencia) EN
UNIVERSITY OF MARYLAND MEDICAL CENTER (UMMC). ALL RIGHTS RESERVED.

farmacodependientes por el consumo indebido actúan como fuente demanda retroalimentadora, originando el siguiente esquema:



En consecuencia, las organizaciones criminales dedicadas al TID, buscan siempre potenciar y promover el crecimiento del consumo y de la farmacodependencia, habida cuenta de que las víctimas de ambos males les significan una amplia y potencial demanda.

b) Modalidades típicas

Sobre el tipo penal que nos ocupa, 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 inducción 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” (artículo 378 del Código Penal colombiano vigente).

A diferencia de la legislación comparada mencionada, nuestro Código Penal 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.

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 artículo 89 de la Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas (Decreto Ley N° 22095), define a la “instigación” como toda acción que incite, provoca e induzca, promueva, favorezca o facilite el consumo de drogas. En ese sentido, siguiendo a PRADO SALDARRIAGA⁹², la donación de drogas, la invitación a probar las mismas y las demostraciones de su uso, configuran el delito.

c) Elemento subjetivo

El agente instigador debe actuar con dolo. Debemos tomar en cuenta que cuando se trate de un *animus jocandi*, situación frecuentemente suscitada en el quehacer diario de los jóvenes, no habrá delito.

A pesar de que autores como BRAMONT-ARIAS TORRES sostienen que es necesario el acto efectivo de consumo, PRADO SALDARRIAGA considera que dicha posición es un exceso respecto de los alcances del tipo penal, bastando la mera inducción sin que sea necesario que se materialice el consumo del tercero.

⁹²PRADO SALDARRIAGA, Victor, Op. cit. p. 166.



Lecturas obligatorias para la unidad 4

1. ALVAREZ GARCIA, F. Javier. (Director) El delito de tráfico de drogas. Tirant lo blanch. Valencia, 2009. P. 155 - 206.
2. LUGO VILLAFANA, William. La pluralidad de agentes en el delito de tráfico ilícito de drogas. Tratamiento doctrinario y jurisprudencial.
3. CHAGUA PAYANO, Fenirupd Leky. Análisis sobre los fundamentos y criterios de la no punición de posesión de drogas para el propio consumo, en Actualidad Penal, marzo 2015 /Nº 9. Instituto Pacífico. P. 158 - 165

Caso práctico para la unidad 4.

CORPORACIÓN EL INSUMO S.A.C es una empresa comercializadora de insumos químicos fiscalizados, siendo el óxido de calcio, la sustancia que más ha sabido rentabilizar.

Es el caso que EL INSUMO recibió un pedido por parte de HAN MINING S.A, a fin de que le provea de 6,000 kilogramos de Oxido de Calcio, que estaban destinados para controlar el pH de las pilas para evitar la volatilización del cianuro que se utiliza en la extracción de minerales.

Es de precisar que HAN es una empresa minera transnacional de capitales sudafricanos, siendo el principal productor de Estaño en el país.

Cabe resaltar que tanto EL INSUMO como HAN MINING se encontraban debidamente inscritos en los Registros correspondientes de la SUNAT, contando EL INSUMO con las autorizaciones correspondientes para la comercialización de dicho insumo fiscalizado. Por su parte HAN consciente que dicha sustancia también era utilizada en la elaboración de pasta básica de cocaína y de clorhidrato de cocaína, en los valles cercanos al VRAE, que era justamente donde se ubicaba la Unidad Minera que explotaba, tenía y ejecutaba políticas internas muy rigurosas de Criminal Compliance en el manejo de insumos químicos fiscalizados, llevando un inventario interno impecable sobre la entrada, salida y utilización de sustancias fiscalizadas.

Caso práctico para la unidad 4.

El cargamento de óxido de calcio, fue transportado por la empresa CORALITO, la que del mismo modo contaba con las licencias correspondientes para el transporte de sustancias fiscalizadas. El día 20 de junio de 2014, el óxido de calcio llegó a las instalaciones de HAN, con sus correspondientes guías de remisión, pero debido a que las constantes lluvias habían deteriorado el almacén debidamente acondicionado para tal efecto, los cilindros conteniendo el óxido de calcio tuvieron que ser almacenados en otro ambiente.

En una de las acciones de fiscalización efectuadas por la SUNAT a EL INSUMO se detectó la venta a HAN MINING, pero al verificar el registro de esta empresa se detectó que si bien estaba inscrita en el Registro correspondiente, sin embargo su licencia había caducado hacía 30 días y no había sido renovada, por lo que se procedió a efectuar una inspección en las oficinas centrales de HAN MINING donde se verificó que dicha adquisición se hallaba totalmente en regla, existiendo la documentación contable y tributaria correspondiente.

Posteriormente personal de SUNAT se trasladó a las instalaciones del campamento minero, donde se les informó que el óxido de calcio aún no había sido utilizado, debido a que las fuertes lluvias habían impedido realizar las labores mineras de extracción, por lo que el gerente de planta de HAN condujo a dichos funcionarios al almacén donde se hallaban guardados los cilindros con la sustancia mencionada, al llegar al almacén verificaron que no se trataba de una instalación segura, y que incluso la misma estaba edificada de material pre fabricado.

Caso práctico para la unidad 4.

Al ingresar al almacén, verificaron, pese a que en la bitácora aparecía que el insumo no había sido utilizado, la falta de la tercera parte del cargamento, a lo que los responsables de HAN no supieron dar explicación alguna, no habiéndose verificado signos de fractura de cerraduras o ventanas.

Días después la policía dio cuenta de la intervención en un campamento abandonado, que se ubicaba en la espesura de la selva, donde hallaron pozas de maceración clandestinas así como restos de un laboratorio para procesar cocaína, incluyéndose en el acta de incautación tres cilindros, en cuya parte exterior se podía apreciar la inscripción EL INSUMO, y en cuyo interior se halló restos de óxido de calcio.



PREGUNTAS:

1. Usted es el Fiscal, que actos de investigación realizaría.
2. Usted es el abogado de EL INSUMO cuál sería su estrategia de defensa.
3. Usted es el abogado de HAN MINING, cuál sería su estrategia de defensa.

Bibliografía

1. ALCOCER POVIS, Eduardo. La inclusión del enemigo en el Derecho Penal. Editorial Reforma. Lima, 2009.
2. ALVAREZ GARCÍA, F. Javier (Director) El delito de tráfico de drogas. Tirant lo blanch. Valencia, 2009.
3. AMBOS KAI y MEINI Ivan. (Editores) La Autoría Mediata - El caso Fujimori. Ara Editores. Lima, 2010.
4. BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCIA CANTIZANO, María Del Carmen. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. 4a edición. Editorial San Marcos. Lima, 2006.
5. CASTILLO ALVA, José Luis. Asociación Ilícita para delinquir. Editora Jurídica Grijley. Lima, 2005.
6. CASTRO OLAECHEA, Nelly Aurora. Ensayo sobre la conspiración en el Código Penal Peruano.
http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2012/Articulos_estudiantiles/08-2011_Articulo_sobre_la_conspiracion_Sep_2011__4_.pdf
7. CHAGUA PAYANO, Fenirupd Leky. Análisis sobre los fundamentos y criterios de la no punición de posesión de drogas para el propio consumo, en Actualidad Penal, marzo 2015 /N° 9. Instituto Pacífico. P. 158 - 165

8. DALL'ANESE, Francisco J. Contra la mafia. Lecciones aprendidas.
<http://www.cicig.org/uploads/documents/2012/0027-20120730-DOC01-ES.pdf>
9. DEVIDA. Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2012 - 2016.
10. FALLA ROSADO, Miguel. Análisis normas criminalidad organizada.
Análisis de las Leyes N° 30076 y 30077 - Ley contra el crimen organizado.
Presentación Power point.
www.minjus.gob.pe/defensapublica/contenido/actividades/docs/285_20_analisis_normas_criminalida_organizada_dr_falla.pdf.
11. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico. Editorial B de F. Buenos Aires 2009.
12. FRISANCHO APARICIO, Manuel. Tráfico Ilícito de Drogas y lavado de dinero. Jurista Editores. Lima, 2002.
13. FRISANCHO APARICIO, Manuel. “Configuración típica del delito cometido por los denominados *burriers* o *correos de la droga*”, publicado en Actualidad Jurídica. Tomo 167. Octubre 2007. Lima.
14. GUTIERREZ MIRANDA, Néstor. Estructuras y tipologías de la criminalidad organizada a propósito de la Ley N° 30077: Ley contra el crimen organizado, en Derecho Penal & Procesal Penal. Delitos de Crimen Organizado y Cuestiones actuales. Grijley. Lima, 2014. P. 65 - 84.

15. INGROIA, Antonio. Crimen Organizado. En especial el delito asociativo de tipo mafioso como herramienta facilitador de la prueba, en QUINTERO, María Luisa (Coordinadora) Herramientas para combatir la delincuencia organizada. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 2a edición. México 2012.
16. JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. Derecho penal del enemigo. hammurabi / José Luis Depalma Editor. Argentina, 2005.
17. JOSHI JUBERT, Ujala. Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del artículo 368 del Código Penal. José María Bosh Editor. Barcelona, 1999.
18. LAMAS PUCCIO, Luis. Una aproximación a las consideraciones sobre la nueva legislación contra el crimen organizado con referencia a Ley N° 30077, en Derecho Penal & Procesal Penal. Delitos de Crimen Organizado y Cuestiones actuales. Grijley. Lima, 2014. P. 43 - 63.
19. LUGO VILLAFANA, William. La pluralidad de agentes en el delito de tráfico ilícito de drogas. Tratamiento doctrinario y jurisprudencial.
20. MINISTERIO PÚBLICO. Normativa Peruana en materia de tráfico Ilícito de Drogas. Escuela del Ministerio Público "Gonzalo Ortiz de Zevallos Roedel". Colección Normativa.
21. PAVARINI MASSIMO. Control y dominación. Siglo XXI Editores. México 2008.

22. PEÑA CABRERAS FREYRE, Alonso Raúl. Tráfico Ilícito de Drogas y delitos conexos. 2a edición. Editorial Rodhas. Lima, 2013.
23. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Criminalidad Organizada. IDEMSA. Lima, 2006.
24. RUEDA MENÉNDEZ, Juan. La delincuencia Organizada Transnacional.
www.uned.es/investigaciones/publicaciones/cuadernillo_junio200504.pdf.
25. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La expansión del Derecho Penal. Editorial B de F. Buenos Aires 2011.
26. UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego. La posesión de drogas en el Perú: ¿delito o conducta típica? en Actualidad Jurídica. T. 200. Gaceta Jurídica. Lima, 2010.
27. VIZCARDI ROZAS Noemí. Material auto instructivo. Taller "Temas en torno al tráfico ilícito de drogas. Academia de la Magistratura. Lima, 2014.