



**UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO**

ESCUELA DE POSGRADO



DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

**Delimitación dogmática del tipo penal base del delito de tráfico
ilícito de drogas, revisión doctrinal y jurisprudencial**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN
DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

AUTOR:

Mg. Arpasi Manrique Omar Rolfi

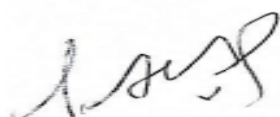
ASESOR:

Dr. Ezequiel Baudelio Chávarri Correa

LAMBAYEQUE, PERÚ 2023

**Delimitación dogmática del tipo penal base del delito de tráfico ilícito de drogas,
revisión doctrinal y jurisprudencial**

PRESENTADA POR:



Mg. Arpasi Manrique Omar Rolfi
AUTOR



Dr. Ezequiel Baudelio Chávarri Correa
ASESOR

Presentada a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro
Ruiz Gallo para optar el Grado Académico de: **DOCTOR EN
DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA.**

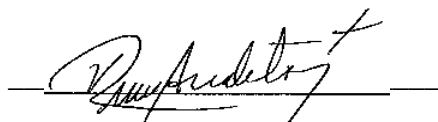
APROBADA POR:



Dr. Luis Armando Hoyos Vásquez
PRESIDENTE



Dr. Freddy Widmar Hernández Rengifo
SECRETARIO



Dr. Víctor Ruperto Anacleto Guerrero
VOCAL

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

174

Siendo las 11:00 horas del día JUEVES, 10 de AGOSTO del año Dos Mil VEINTE Y TRES, en la Sala de Sustentación de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, se reunieron los miembros del Jurado, designados mediante Resolución N° 1127-2022-EPG de fecha 28 de octubre de 2022, conformado por:

<u>DR. LUIS ARMANDO HOYOS VASQUEZ</u>	PRESIDENTE (A)
<u>DR. FREDDY WIDMAR HERNANDEZ RENGIFO</u>	SECRETARIO (A)
<u>DR. VICTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO</u>	VOCAL
<u>DR. EZEQUIEL BAUDELIO CHAVARRI CORREA</u>	ASESOR (A)

Con la finalidad de evaluar la tesis titulada DELIMITACIÓN DOGMÁTICA DEL TIPO PENAL BASE DEL DELITO DE TRAFICO ILÍCITO DE DROGAS, REVISIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL.

presentado por el (la) Tesista OMAR ROLFI ARPASI MANRIQUE, sustentación que es autorizada mediante Resolución N° 706-2023-EPG de fecha 01 DE AGOSTO DE 2023.

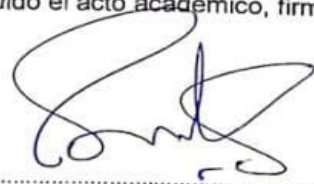
El Presidente del jurado autorizó del acto académico y después de la sustentación, los señores miembros del jurado formularon las observaciones y preguntas correspondientes, las mismas que fueron absueltas por el (la) sustentante, quien obtuvo 18 puntos que equivale al calificativo de MUY BUENO.

En consecuencia el (la) sustentante queda apto (a) para obtener el Grado Académico de: DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA.

Siendo las 12:00 horas del mismo día, se da por concluido el acto académico, firmando la presente acta.



PRESIDENTE



SECRETARIO



VOCAL



ASESOR

Dedicatoria

Al Doctor Marco Antonio Valdez Hirene, Fiscal

Antidrogas, a su bonhomía y sapiencia, in memoriam...

A Ysabella, norte de mis actos.

Agradecimiento

*A la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo y
en particular a la Escuela de Postgrado.*

ÍNDICE GENERAL

Dedicatoria.....	IV
Agradecimiento.....	V
ÍNDICE GENERAL	VI
RESUMEN	VIII
ABSTRACT.....	IX
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	10
1.1. TEMA.....	10
1.2. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	10
1.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	11
1.4. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.	12
1.5. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.	12
1.6. OBJETIVOS	13
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO	16
2.1. ESTADO DEL ARTE Y BASE EPISTEMOLÓGICA	16
2.2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	17
CAPÍTULO III. RESEÑA HISTÓRICA	27
3.1. LA DROGA COMO ELEMENTO CULTURAL.....	27
3.2. LA DROGA COMO ELEMENTO REPROCHABLE.	29
3.3. LA DROGA COMO ELEMENTO INTERNACIONALMENTE REPROCHABLE Y NORMALIZADO. ..	31
3.4. LAS DROGAS EN EL CONTEXTO HISTÓRICO PERUANO.	35
CAPÍTULO IV: EL NARCOTRÁFICO EN EL PERÚ	38
4.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS LEGISLATIVOS.....	38
4.2. GÉNESIS DEL ARTÍCULO 296 DEL CÓDIGO PENAL.....	42
CAPÍTULO V: DERECHO COMPARADO	45
5.1. EUROPA.....	45
5.2. AMÉRICA.	48
5.3. OPCIONES NORMATIVAS:.....	61
CAPÍTULO VI: LEGISLACIÓN ANTIDROGAS Y PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL:	64
6.1 PANORAMA GENERAL:	64
6.2. POSICIÓN CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS PRESUNTAMENTE LESOS. ..	67
6.3. CASUÍSTICA:.....	68
CAPÍTULO VII: JURISPRUDENCIA	71

7.1. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL:	71
7.2. VISIÓN JURISPRUDENCIAL ACTUAL – INDEFINICIÓN ENTRE LOS VERBOS “PROMOVER”, “FAVORECER” Y/O “UTILIZAR”.	72
7.3. VISIÓN JURISPRUDENCIAL ACTUAL – INDEFINICIÓN PARA APLICACIÓN DEL PRIMER O SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 296.	75
7.4. CASUÍSTICA Y TIPIFICACIÓN:.....	77
7.5. JURISPRUDENCIA COTIDIANA.....	82
CAPÍTULO VIII. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 296 DEL CÓDIGO PENAL:	84
8.1. CONSIDERACIONES GENERALES:	84
8.2. POLÍTICA CRIMINAL ANTIDROGAS Y SU TENSIÓN CON PRINCIPIOS TUITIVO – PENALES.	89
8.3. EVALUACIÓN DE LA “AGRESIVA” LEGISLACIÓN ANTIDROGAS:.....	101
8.4. VISIÓN EXTERNA DEL TIPO PENAL Y SUS CUESTIONAMIENTOS:	106
8.5. INDETERMINACIÓN EN EL OBJETO MATERIAL RESPECTO DE SU CANTIDAD:	110
8.6. DELIMITACIÓN Y DISTINCIÓN DE LOS VERBOS RECTORES PROMOVER, FAVORECER Y FACILITAR – POSIBILIDAD INTERPRETATIVAS.	115
8.6.1 COMO UN TÉRMINO INDISOLUBLE:	115
8.3.2. POR ARGUMENTO DE AUTORIDAD:	119
8.3.3 INTENTOS DE DISTINCIÓN:	121
8.7. DELIMITACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA:	128
8.9. DELIMITACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA -POSICIÓN PERSONAL:	131
8.10. CRITERIOS DE DISTINCIÓN DEL PRIMER Y SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 296.....	132
8.10.1 LA POSESIÓN ILÍCITA, CONSIDERACIONES GENERALES:	135
8.10.2. POSIBILIDADES INTERPRETATIVAS DE DISTINCIÓN.....	138
8.10.3. AUSENCIA DE DIFERENCIACIÓN:.....	149
8.10.4. COMO GÉNERO Y ESPECIE – POSICIÓN PERSONAL:.....	151
CONCLUSIONES	156
RECOMENDACIONES	159
REFERENCIAS.....	162

RESUMEN

A nivel nacional, el primer párrafo del artículo 296 del Código Penal, relativo al delito de Tráfico Ilícito de Drogas, en su tipo base, es interpretado de diferentes maneras, tanto por los fiscales especializados en este tipo de delitos, como por los órganos jurisdiccionales de todas las instancias. las siguientes son las conductas típicas relacionadas con el delito examinado: Primer párrafo del artículo 296: “*El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas o psicotrópicas, será sancionado con pena privativa no menor de ocho años ni mayor de quince años...*”. Segundo párrafo del artículo 296: “*El que posee drogas tóxicas o psicotrópicas, con fines de tráfico, será sancionado con pena privativa no menor de seis años ni mayor de doce años...*”. actualmente, no existe en nuestro sistema jurídico penal, un criterio uniforme que interprete qué hechos deben ser considerados en las conductas establecidas en dicho tipo penal, no hay una unidad o certeza respecto a considerar qué es promover, qué es favorecer y qué facilitar, y sumado a ello, en qué se diferencian unos de otros. Mayor complejidad añade la circunstancia de que tampoco se puede distinguir de manera uniforme en qué se diferencia el primer párrafo del segundo, como tampoco está definido encuadrar un hecho concreto en alguno de estos párrafos o en algunos de estos verbos para tal efecto. Resulta necesario que deban establecerse criterios doctrinarios y jurisprudenciales uniformes con miras a generar predictibilidad y contribuir con la seguridad jurídica, en tanto este delito es uno de los que generan mayor carga procesal y están dotados de una grave punición, implicando siempre penas privativas de libertad. De lo antes descrito, y conforme vienen interpretando y aplicando los operadores de justicia este artículo, se tiene que este tratamiento no es uniforme, así se desprende de las disposiciones fiscales y resoluciones judiciales consultadas, en tanto aplican la interpretación literal, y el uso de doctrina tampoco es uniforme, entre otras circunstancias; motivos por los cuales, esta investigación busca establecer cuál interpretación es la que deba orientar la aplicación del artículo penal antedicho.

Palabras Clave: Tipicidad – Posesión de drogas – Actos de tráfico

ABSTRACT

At the national level, the first paragraph of article 296 of the Penal Code, relating to the crime of Illicit Drug Trafficking, in its base type, it is interpreted in different ways, both by prosecutors specialized in this type of crimes as by the courts of all instances. the following are the typical behaviors related to the crime examined: first paragraph of article 296: *“One who promotes, favors or facilitates the illegal use of toxic or psychotropic drugs, will be punished with a privation sentence of not less than eight years and not more than fifteen years...”*. Second paragraph of article 296: *“One who possesses toxic or psychotropic drugs, for trafficking purposes, will be punished with a custodial sentence of not less than six years nor more than twelve years...”*. currently, in our criminal legal system, there is no uniform criterion that interprets what facts should be considered in the conducts established in such penal type. there is no unity or certainty regarding what is to promote, what is to favor, or what to facilitate, and in addition to this, how they differ from one another. on the other hand, it cannot be uniformly distinguished in which the first paragraph is different from the second, as it is not defined to frame a specific fact in any of these paragraphs or in any of these verbs, for such effect, it is necessary to establish criteria uniform doctrinal and jurisprudential standards with a view to generating predictability and contributing to legal security, while this crime is one of those that generate the greatest procedural burden and carries a serious punishment, always involves custody penalties. from the above described, and as the justice operators have been interpreting and applying this article, this treatment is not uniform, so it is indicated from the tax provisions and judicial rulings consulted, while the literal interpretation and the use of doctrine is not uniform either, among others; reasons for which this investigation seeks to establish which interpretation should guide the application of the abovementioned criminal article.

Keywords: Criminal definition – Drugs possession – Traffic acts

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1.1.TEMA.

La aplicación de la normativa de tráfico ilícito de drogas en nuestro país.

1.2.REALIDAD PROBLEMÁTICA.

A nivel nacional, el primer párrafo del artículo 296 del Código Penal, relativo al Tráfico Ilícito de Drogas, en su tipo base, es interpretado de múltiples maneras -en ocasiones contradictorias-, tanto por los Fiscales Especializados en este tipo de delitos, como por los órganos jurisdiccionales de todas las instancias.

A este momento, no existe en nuestro sistema jurídico penal, un criterio uniforme que interprete qué hechos deben ser considerados en las conductas establecidas en dicho tipo penal. Para tal efecto, resulta necesario que deban establecerse criterios doctrinarios y jurisprudenciales uniformes con miras a generar predictibilidad y contribuir con la seguridad jurídica, en tanto este delito es uno de los que generan mayor carga procesal y están dotados de una grave punición.

De lo antes descrito, y conforme vienen interpretando y aplicando los operadores de justicia este artículo, se tiene que este tratamiento es disímil, así se desprende de las disposiciones fiscales y resoluciones judiciales consultadas, en tanto aplican la interpretación literal, y el uso de doctrina tampoco es uniforme, entre otras; motivos por los cuales, esta investigación busca establecer cuál interpretación es la que deba orientar la aplicación del artículo penal antedicho.

1.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El narcotráfico es uno de los aspectos más complejos y controvertidos del Derecho Penal, que en el decurso de la realidad peruana fue cambiando de contenido, en tanto, ha pasado por una serie de transformaciones, buscando alcanzar la mayor amplitud de persecución penal.

En el Perú, cada año se incrementan las intervenciones relacionadas a delitos de Tráfico de Drogas, como se puede apreciar de las estadísticas que emite el Ministerio Público, así como las que registra el INPE y el Poder Judicial, de tal manera que significa que este es uno de los delitos de mayor alcance en nuestro país, a lo que se debe agregar que además es uno de los draconianos, en tanto la mayor parte de sus penas contiene un carácter efectivo, pues implican reclusión; sin embargo, para la aplicación de la normativa atingente -artículo 296 del Código Penal-, surgen numerosos problemas o incertidumbres sobre el contenido del mismo, que generan que a un mismo hecho se le apliquen diferentes artículos, así como también no se haya definido en la doctrina que hechos deben calzar en cada verbo rector (promoción, favorecimiento o facilitación) lo que genera divergentes pronunciamientos respecto a la interpretación que se debe otorgar a su contenido, no manteniéndose un criterio uniforme respecto a la forma de interpretarlo y aplicarlo, difiriendo una de las finalidades que son la razón del Derecho, como es la predictibilidad y la seguridad jurídica que rige el Derecho Penal en específico.

A lo antedicho, se suma la consideración de que existiendo un primer párrafo que castiga la promoción, el favorecimiento o facilitación del consumo de drogas, con una pena de ocho años, existe también un segundo párrafo que castiga la posesión de

drogas con fines de promoción, el favorecimiento o facilitación, con una pena de seis años, lo que permite a los abogados solicitar que sus casos sean encuadrados en este segundo párrafo, sin que a la fecha existan criterios pacíficos de considerar cuándo un hecho se debe ventilar en uno u otro párrafo.

1.4. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿Existen criterios uniformes en la interpretación del artículo 296 del Código Penal?

1.5. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.

La importancia de este estudio se justifica tanto en su aporte teórico, como en el ámbito práctico.

En el ámbito teórico debe considerarse la trascendencia e importancia que implica que pueda realizarse una interpretación uniforme con relación a los hechos delictivos relacionados al narcotráfico, lo que, sin embargo, no se condice con la poca atención que la doctrina y los operadores jurídicos peruanos han efectuado sobre el real contenido del artículo 296 del Código Penal.

Respecto al espectro práctico, la utilidad de las conclusiones de nuestra investigación permitirá proponer un criterio más definido para ser aplicado por los operadores jurídicos y doctrina en general, de tal manera que, se cuente con una base teórica más definida que permita reforzar la predictibilidad y seguridad jurídica, conociendo con certeza el contenido penal del artículo precitado, y vislumbrando además la necesidad de reformular la descripción típica del delito de narcotráfico.

Desde la Epistemología, que como ciencia estudia cuál es la entidad del conocimiento científico a tratar, y que da cuenta del cómo, cuál ha sido el proceso de constitución y desarrollo de los conocimientos científicos, también se encuentra justificada la investigación, en tanto se genera nuevo conocimiento a partir de un análisis de la normativa y jurisprudencia. Además, busca establecer criterios formales de la validez del conocimiento científico y criterios de demarcación y los procesos a seguir. Desde esa perspectiva, ¿Qué tipo de conocimiento y de qué naturaleza se ha generado con esta investigación? Mediante este estudio queremos generar un conocimiento nuevo, generado en base al uso de legislación comparada, de jurisprudencia y de la propia doctrina, tanto nacional como extranjera.

Es un conocimiento sobre lo particular, que no es generalizable a cualquier otro contexto, sino que sólo es aplicable, en principio, al contexto peculiar y situacional donde se produce; tiene el carácter de situacional, histórico y provisional, está contemplado desde una perspectiva interpretativa y crítica. En el presente caso, lo situacional nos ubica en la vigencia del artículo 296 del Código Penal, y desde su vigencia, en determinar su interpretación uniforme.

1.6. OBJETIVOS

1.6.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar si se interpreta y aplica uniformemente el contenido del artículo 296 del Código Penal.

1.6.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- 1.6.2.1 Definir la interpretación del artículo 296 del Código Penal.
- 1.6.2.2 Descubrir, a través de la fuente histórica, la evolución del tratamiento jurídico social de las drogas a nivel mundial y nacional, así como el nacimiento y desarrollo de la normatividad punitiva antidrogas
- 1.6.2.3 Distinguir los casos que se encasillan en el primer párrafo del Código Penal (promoción, favorecimiento o facilitación al consumo de drogas), de los que se encasilla en el segundo párrafo (posesión de drogas).
- 1.6.2.4 Descubrir, a través de la fuente histórica, del derecho comparado, de la jurisprudencia y de la doctrina, los criterios que permitan distinguir tanto el contenido del primero párrafo del artículo 296, como de su diferencia con el segundo párrafo.
- 1.6.2.5 Analizar la evolución legislativa nacional relativa al Tráfico Ilícito de Drogas, desde el surgimiento del delito de narcotráfico en nuestro país, hasta la aparición de los artículos vigentes que castigan esta conducta, así como el espíritu de las normas producidas
- 1.6.2.6 Descubrir, a través del derecho comparado, la forma en que los demás estados y legislaciones punen la conducta de tráfico de drogas, así como los criterios que les permiten distinguir o diferenciar -de existir diferencias- conductas de promoción al consumo de drogas, con la posesión de drogas

1.6.2.7 Encontrar, desde la jurisprudencia nacional, y tanto a nivel supremo como de otras instancias menores, la forma en las que los operadores de justicia aplican el contenido del artículo 296 del Código, así como los criterios que les permite diferenciar la aplicación del primero y segundo párrafo.

1.7. HIPÓTESIS

Si se tiene en cuenta que existen criterios disímiles para la interpretación del artículo 296 del Código Penal peruano; entonces, el presupuesto jurídico para mejorar dicha problemática sería establecer un criterio estándar para la interpretación de tal norma.

VARIABLES E INDICADORES

VARIABLE INDEPENDIENTE.-

Casos resueltos por los operadores jurídicos respecto a la interpretación del delito de narcotráfico.

VARIABLE DEPENDIENTE.-

Consecuencias jurídicas de la interpretación del artículo 296 del Código Penal.

INDICADORES.-

- Criterios para la interpretación del artículo 296 del Código Penal.
- Principios generales del Derecho Penal.
- Formalizaciones de investigación preparatoria formulada por Fiscales Especializados.
- Sentencias emitidas por Juzgados Penales Colegiados.

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO

2.1. ESTADO DEL ARTE Y BASE EPISTEMOLÓGICA

2.1.1 RESPECTO DE LA TIPICIDAD PENAL:

De consuno con los inicios del derecho romano, no puede ser punible un hecho si es que no lo ha previsto la ley (*nulla poena, sine lege*); bajo tal panorama, para el enfoque de Beling, no existe delito sin previa tipicidad. Pardo Aspe, consideró que el injusto se reconoce y determina teniendo por referencia al tipo penal como creación autónoma del Derecho. Si la tipicidad es considerada una adecuación del comportamiento voluntario al tipo, encuadrar la conducta con la hipótesis prevista por el legislador, sólo será considerada delictuosa la acción típica, es decir, aquella que resulte coincidente con la formulada en abstracto considerada precedentemente por la ley.

Desde esta perspectiva, toda conducta considerada típica requiere estar conformada por dos componentes necesarios en todo tipo de comportamiento: la parte objetiva (conducta) y la parte subjetiva (conocimiento).

En nuestra investigación se cuenta ya con una tipicidad, empero la misma no se encuentra delimitada o acabada, requiere un desarrollo doctrinal a fin de que su enlace con el uso, consumo o negocio tenga una delimitación uniforme, a fin de conocer si aquel uso consumo o negocio calzan en dicha tipicidad ya desarrollada.

2.1.1 RESPECTO DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL ATINGENTES A LA INVESTIGACIÓN:

ELEMENTOS DESCRIPTIVOS Y NORMATIVOS.

Los elementos descriptivos son aquellos componentes teóricos que se orientan a una definición del tipo penal de manera apodíctica, concluyente o absoluta, excluyendo

en la medida de lo posible, la variable de valoración o análisis judicial. Términos como hurtar, matar, sustraer, entre otros. Son nociones que pueden ser tomados por igual del lenguaje cotidiano o desde la terminología jurídica y describen objetos del mundo real, coincidiendo en todo o en gran parte. Son susceptibles además de una mera constatación fáctica o concreta.

Por otra parte, para el caso de los elementos normativos, el juzgador, tanto expresa o tácitamente, requiere efectuar una previa valoración de los conceptos o nociones presentadas, por lo que ha de recurrirse a los métodos de interpretación u otras herramientas existentes, se remite de este modo entonces tanto a normas como a padrones valorativos ajenos o foráneos al tipo penal, bajo tal contexto, resulta necesario acudir a premisas que sólo pueden ser pensadas con el presupuesto lógico de una norma, por ejemplo ajeno, veneno, crueldad, perjuicio patrimonial (Bramont Arias), y en el caso que nos ocupa, promover, favorecer o facilitar.

2.2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

2.2.1.- El tráfico de drogas:

Para Catanzaro, los nuevos rasgos de la mafia encuentran su origen en el aumento del tráfico de estupefacientes que se produjo a finales de los años 70 y principios de los 80. Así, se produce por un lado un enorme aumento de la demanda de heroína, que pasa a ser mucho más consumida, no sólo en Estados Unidos, sino en Europa. Se precisa que actividades ilegales vinculadas al narcotráfico, van desde el juego ilegal, las extorsiones y la trata de blancas, a pequeña y gran escala.

Las dimensiones del tráfico ilegal también aumentan y ello conlleva cambios: por un lado, se pretende la máxima reducción posible del número de intermediarios desde la

fase de cultivo, pasando por la transformación, hasta la obtención, distribución y venta de droga. Harían falta personas en toda la cadena que fueran de total confianza, del mismo clan, para poder garantizar el éxito de cada operación, que conlleva el riesgo de inversiones elevadas. Son precisamente las dimensiones adquiridas por el tráfico y las tentaciones de grandes ganancias, los actuales obstáculos para la creación y consolidación de una red de confianza. Además, se hace necesaria la concurrencia de más personas por la necesidad de capitales iniciales cuantiosos. Todo ello hace especialmente difícil la red organizativa en este tipo de delitos, porque requiere combinar, métodos de dirección empresarial típicos del anonimato de mercado y relaciones de confianza basadas en las relaciones personales y en las solidaridades de familia y parentesco.

Es tal problemática, por tanto, actual, negativamente trascendental y universal.

2.2.2.- Droga:

La primera acepción que recoger se encuentra en la Real Academia de la Lengua Española (2019), que las define como: “*Sustancia o preparado medicamentoso de efecto estimulante, deprimente, narcótico o alucinógeno*”.

Para la Organización de Naciones Unidas, a través de una de las divisiones especializadas -Organización Mundial de la Salud (OMS, 2008), o WHO en inglés-, en un concepto coincidente, configura así a las drogas: “*En medicina se refiere a toda sustancia con potencial para prevenir o curar una enfermedad o aumentar la salud física o mental y en farmacología como toda sustancia química que modifica los procesos fisiológicos y bioquímicos de los tejidos o los organismos*”.

Es menester resaltar el hecho de que los primeros convenios internacionales universales, no definieron de modo estricto los conceptos generales de las sustancias

(drogas, estupefacientes, sustancias psicoactivas, etcétera) que entrarían a fiscalización, pues hubo sólo una remisión a sustancias en concreto.

División farmacológica - Las drogas y los términos medicamento y fármaco: Aunque, *prima facie*, pueden existir ciertas confusiones terminológicas, cabe precisar la relación existente entre estos conceptos. Así, sin pretender profundizar ni complejizar estos puntos -por ser sólo rayanos, al objetivo de la investigación-, podemos afirmar que, pacíficamente se considera la siguiente relación entre aquellas nociones:

Fármaco: Cualquier sustancia activa (no alimenticia) de cualquier origen natural – vegetal, animal o mineral-, que interactúa con los organismos vivos para modificar un proceso o respuesta biológica. Cabe agregar que, en la lengua inglesa, es pacífica la literatura en reconocer esta noción como drug.

Medicamento: Producto que contiene una o varias sustancias activas que se administran con fines profilácticos, terapéuticos o de diagnóstico.

Droga: Sustancias activas que producen efectos en el sistema nervioso central con producción de placer (entendido como refuerzo conductual). Al generar dependencia, se les tiene como sustancias de abuso (Mendoza, 2008)

De lo expuesto se tiene, pues que existen drogas usadas como medicamentos (morfina, verbigracia, aunque también puede ser usada como droga).

Analgésicos: Los medicamentos sin receta son útiles para combatir diferentes tipos de dolor. Existen dos principales analgésicos sin receta: acetaminofén y antiinflamatorios no esteroideos. La aspirina, el naproxeno y el ibuprofén o ibuprofeno son ejemplos de antiinflamatorios sin receta. Si estos no alivian el dolor, el médico puede indicar algo más fuerte, muchos disponibles en mayores dosis con receta médica. Los analgésicos más potentes son los opioides, muy efectivos, pero con posibles efectos

secundarios, y con el riesgo de provocar adicción (<https://medlineplus.gov/spanish/painrelievers>).

Tranquilizantes: Llamados también ansiolíticos, tranquilizantes menores o sedantes, son utilizados para tratar la ansiedad. Su grupo más trascendente está formado por las benzodiacepinas.

Cabe resaltar que, por los convencionalismos sociales, el término “drogas” adquirió y mantiene a la fecha un matiz negativo o deleznable, así tenemos, en palabras de Aurelio Díaz que: *“La denominación, fue imponiéndose con los avances de la farmacología moderna y se difundió fuera de los ámbitos científicos durante el siglo XIX. Desde entonces, en un proceso complejo y lleno de contradicciones... ciertas sustancias psicoactivas fueron denominadas drogas y otras no; al margen de su definición en el ámbito farmacológico”*.

Este proceso de diferenciación culminó con el triunfo de las tesis prohibicionistas, y las regulaciones establecidas en diversos acuerdos internacionales. Como resultado de estos acuerdos, el término “drogas” adquirió una importante connotación “ilegales”; y éste es el significado que predomina desde los años sesenta: en sentido estricto, las sustancias psicoactivas sometidas a medidas de fiscalización según los convenios internacionales (Yubero, 2001). En el ámbito farmacológico, la acepción que solemos conocer como “drogas”, también suele restringirse a las drogas de abuso.

2.2.3.- Uso “lícito” de las drogas:

Si bien se suele entender de modo automático que el término drogas, como se dijo líneas arriba, tiene una connotación negativa, es pertinente hacer mención que toda nación, utiliza drogas pero con destinos lícitos, así tenemos, por ejemplo, que la Ley General de Salud, establece en su artículo 61:

“Los estupefacientes, psicotrópicos y precursores de uso médico incluidos en los Convenios Internacionales sobre la materia y los que determine la Autoridad de Salud de nivel nacional, se rigen por esta ley y por su legislación especial”. Así también, el reglamento de aquella, en su artículo primero refiere: *“...determina las condiciones en que las sustancias a las que se refiere el Artículo 61° de la Ley General de Salud y los medicamentos que las contienen pueden ser adquiridos, elaborados, producidos, fabricados, importados, exportados, fraccionados, almacenados, prescritos y dispensados para fines médicos y científicos...”*. (Decreto Supremo 023-2001-SA del 22 de julio de 2001). Siendo para estos efectos la DIGEMID (Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas) del Ministerio de Salud, la entidad encargada del control y fiscalización del uso lícito de las sustancias materia de estudio.

Sin pretender resaltar la actual polémica del uso medicinal de algunas sustancias prohibidas –particularmente la marihuana-, debe mencionarse que ya otros países han reducido los márgenes de las prohibiciones al respecto, específicamente al abordar el tema medicinal (verbigracia, algunos estados de Estados Unidos de Norteamérica, Uruguay, Colombia, Puerto Rico y Chile).

En el Perú, medios de comunicación social han resaltado la necesidad de la aprobación del uso terapéutico – medicinal de la Cannabis Sativa (Machuca, 2017).

2.2.4.- Tráfico ilícito:

El tráfico ilícito de drogas es un problema de connotación mundial, el cual lesiona no sólo la vida y salud de los pueblos, sino contra la propia seguridad de las naciones. El combate a este problema sobrepasa largamente las capacidades individuales de cualquier Estado, de allí que, a los permanentes esfuerzos nacionales, se debe sumar necesariamente

el concurso de la cooperación internacional, bajo el principio de responsabilidad compartida.

El problema del tráfico ilícito de drogas tiene para el Perú una connotación particular por los efectos producidos en el país por las actividades de la producción ilícita de hoja de coca y de los procesos de producción de pasta básica y clorhidrato de cocaína. A ello se suman el evidente nexo -binomio- entre narcotráfico y terrorismo, lo que configura una seria amenaza a la seguridad nacional.

Consciente de tal problemática, nuestro Estado ha elevado a la mayor prioridad el tratamiento de este tema y ha declarado una lucha frontal contra el narcotráfico y otras actividades conexas –meta de nivel constitucional-, dentro de una estrategia integral. Existe así, una política de Estado, que busca reflejar consensos entre fuerzas políticas y la sociedad civil que, desde el Acuerdo Nacional, han establecido el marco general de la política nacional antidrogas.

2.2.5.- Tipos de tráfico:

El tráfico de drogas es un delito consistente en facilitar o promocionar el consumo ilícito de sustancias estupefacientes y adictivas que atentan contra la salud pública con fines lucrativos, aunque esta definición puede variar según las distintas legislaciones penales de cada Estado.

Por tráfico de drogas se entiende no sólo cualquier acto aislado de transmisión del producto estupefaciente, sino también el transporte e incluso toda tenencia que, aun no implicando transmisión, suponga una cantidad que exceda de manera considerable las necesidades del consumo, ya que entonces se entiende que la tenencia tiene como finalidad promover, favorecer o facilitar el consumo ilícito (entendiéndose como ilícito el consumo ajeno). Algunas legislaciones consideran delito solamente el tráfico, pero no

la tenencia en cantidades reducidas a las necesidades personales del consumidor, mientras otras tienden a tipificar como conductas delictivas tanto el tráfico como la tenencia.

2.2.6.- Limitación del tráfico:

Inicialmente la guerra contra las drogas tuvo una etapa que tenía un alto índice represivo, de contexto netamente unilateral, con algo de ingenuidad. Se creía que bastaba con erradicar zonas de cultivo, reprimir a los adictos, distribuidores y cabecillas del negocio, acrecentar y mejorar los sistemas de control aduaneros y crear una importante campaña desestimuladora del consumo, para contener el avance criminal, que fluía desde los países productores y refinadores del subcontinente sudamericano. Así, se aplicaron medidas para erradicar los cultivos de coca, mejorar los sistemas de detección y decomiso del producto, aumentar las detenciones de los implicados en el negocio y dictar disposiciones legislativas cada vez más draconianas para la penalización del consumo, la tenencia y el tráfico de drogas; todas relativamente inútiles.

Se pasó, entonces, a una lucha cada vez más frontal: se estableció una red de inteligencia para detectar laboratorios clandestinos e intervenir envíos masivos de droga; se decomisaron insumos para la refinación; se mejoró el control de aduanas y de vigilancia de fronteras, aeropuertos y costas; se extraditaron a los Estados Unidos narcotraficantes conocidos mundialmente; se estrecharon los lazos entre las policías mundiales contra la droga y comenzó un programa de promoción de cultivos alternativos a la coca. Pero los resultados, aunque más significativos, aún no debilitaron el inmenso poder del imperio real de la droga. A cada hectárea erradicada, le seguían nuevas siembras y cosechas en lugares vírgenes más recónditos, con sistemas de seguridad cada vez más sofisticados

La lucha contra el tráfico de drogas ha llevado a ejercer presión permanente sobre todas las vías de introducción y de tránsito de sustancias y productos químicos, lugares

de elaboración, distribución y comercialización de drogas e insumos, detección de centros de acopio y pistas de aterrizaje clandestinas, destrucción de plantaciones, aprehensión de traficantes, realización de análisis químicos de sustancias, uso de sistemas legales intensivos de interdicción, entre muchos mecanismos.

2.2.7.- Regulación penal del tráfico:

Sobre el concepto de tráfico afirma la Sentencia del Tribunal Supremo Español (en adelante STS) del 16 de junio de 1987 que tráfico equivale a transmisión de una cosa a otra u otras personas, es decir, a traslación de la propiedad o posesión, gratuita u onerosamente, total o parcialmente, directa o indirectamente, siempre y cuando, claro está, la transferencia implique promoción o favorecimiento del consumo de drogas.

El mero transporte de la droga, incluso sin interés económico por el transportista, constituye también acto típico penalmente, dado que contribuye a propiciar el consumo ilegal de la droga transportada por sus destinatarios finales. En tal sentido, afirma la STS del 30 de setiembre de 1997, que el encargo de transportar una cantidad de droga a una discoteca es poner una condición necesaria para cerrar el círculo de distribución de tal mercancía, y en su acto de tráfico del que se responde como autor. El texto legal configura con gran amplitud la conducta delictiva, al punto de hacer que se difumine o, al menos, revista enorme dificultad, la distinción técnico-jurídica entre actos de ejecución delictiva (autoría), colaboración imprescindible (coautoría por cooperación necesaria) y actos de ayuda meramente útil, pero no necesaria (complicidad). Por ello, la jurisprudencia española entiende que la complicidad es de difícil apreciación, por la amplia tipicidad del artículo 368 del Código penal español (STS de 3 de marzo de 1987).

En concreto, se han calificado de complicidad, el mero acompañamiento a los compradores para indicar el domicilio de quien vende droga (STS de 9 de julio de 1987),

la ocultación ocasional y de periodo brevísimo de una pequeña parte de droga (STS de 30 de mayo de 1991, 30 de mayo de 1997 y 15 de octubre de 1998), o la ayuda que presta quien no es dueño de droga a otra persona poseedora para que intentase hacerla desaparecer ante la intervención policial inmediata (STS de 16 de junio de 1995).

La donación de droga ha sido también considerada siempre como delictiva por la jurisprudencia (STS de 6 de abril de 1989, 6 de junio de 1997 y otras).

En nuestro país, la doctrina nacional que describe la teoría vinculada al Tráfico Ilícito de drogas está representada principalmente por dos autores.

En primer lugar, el Dr. Víctor Prado Saldarriaga, quien ha desarrollado una amplia implicación en el delito de narcotráfico, así: El tráfico de drogas en el Perú: enfoque político y social (1989), Criminalidad organizada (2017), Política criminal nacional, tráfico ilícito de drogas y tratamiento penal de los actos de cultivo de plantas fiscalizadas (2007), Derecho penal y política criminal. Problemas contemporáneos (2019), entre muchos otros. En ellos desarrolla la temática de manera uniforme, actualizando su opinión desde las inevitables modificaciones legales, pero permaneciendo su posición con relación a la interpretación de los verbos rectores y su aplicación.

Otro punto de vista de mayor profusión en este tema es el desarrollado por el Dr. Alonso Peña Cabrera, quien viene aportando a la doctrina con sus publicaciones: Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos (2011, 2013 y 2018 y otras ediciones), la cual recoge su posición personal con relación a los verbos promover, favorecer y facilitar, su eventual distinción, así como la distinción de aquellos con la posesión de droga.

Debe mencionarse que los órganos jurisdiccionales –jueces y fiscales- basan la aplicación del artículo 296 del Código Penal, así como la motivación de sus decisiones, bajo la óptica de aquellos autores, con algunas excepciones que recogen la doctrina extranjera, la española en particular.

CAPÍTULO III. RESEÑA HISTÓRICA

3.1. LA DROGA COMO ELEMENTO CULTURAL.

Las drogas acompañan al ser humano desde los inicios de su existencia, y han sido tanto denostadas como admiradas, han formado parte de especiales acontecimientos históricos, como del día a día de la humanidad; y han sido tanto permitidas como prohibidas, sujetas a determinados contextos históricos y culturales.

Conforme desarrolla *in extenso* Escohotado (2008), la humanidad ha convivido de manera permanente con las drogas, indicando que la primera de la cual se tiene conocimiento registrado fue la amapola, conforme se aprecia en tablillas cuneiformes descubiertas en Uruk (cultura mesopotámica, tres mil años antes de Cristo) (p. 73; así también Amezúa *et al.*, 1977, p. 29 y 262), aunque utilizada prioritariamente como analgésico y tranquilizante (p. 77).

El autor mencionado también analiza las dos perspectivas atinentes a la relación hombre – drogas, refiriendo que puede connotárseles tanto desde perspectivas negativas como positivas, y que por ello magistralmente los griegos nominaban como *phármakon* tanto al remedio como al veneno, “...pues la frontera entre el perjuicio y el beneficio no existe en la droga, sino en su uso...” (p. 20, así también p. 136; y también Vitullo, 1992, p. 656). Bajo esa noción, el mundo antiguo apreció esa doble posibilidad, y así lo recogen autores como Teofrasto, Galeno, Hipócrates, entre otros.

Del aspecto positivo, por ejemplo, nos dice el citado autor que existen inveterados conocimientos sobre el betel, el cual: “...reduce el hambre, disminuye la fatiga y combate la desgana laboral” (p. 68), siendo que, la naturaleza, abundante en flora, muestra en particular una riqueza incomparable de flora psicoactiva (p. 107).

Coronado (1993, p. 65) y Beristain (Amezúa *et al.*, 1977, p. 67), recogen de la historia tanto los usos medicinales, como artesanales, religiosos, afrodisiacos, y hasta bélicos; Prado añade las finalidades mágicas (2009, p. 352).

Amén de los registros arqueológicos, se tienen los literarios, pues la biblia registra el uso -y abuso- de las sustancias psicoactivas; así, el libro Génesis, en su capítulo IX, versículos 20 al 21: “Yo tu superior, te prohíbo acudir a las tabernas. Estás degradado como las bestias”. En adición a tales fuentes, su existencia es recogida también en legislación histórica, así, Las Partidas (Amezúa *et al.*, 1977, p. 33).

En la Edad Media, personajes como Paracelso, confirieron validez social a los narcóticos como cosa de naturaleza científica (Escohotado, p. 298) y de carácter útil (p. 331), gestándose también así el nacimiento de una farmacología rudimentaria.

Durante la Edad Moderna, se rescata la presencia de estas sustancias, en particular el cáñamo o *cannabis*, por ejemplo: “...en las velas de las carabelas de Cristóbal Colón, para la bandera estadounidense y el papel para la Declaración de Independencia de los Estados Unidos en 1776”, conforme lo reseña Puentes Centeno (2014, p. 302), al igual que Escohotado (p. 416).

Ya en tiempos actuales, Sigmund Freud estuvo también inmanentemente vinculado con las sustancias psicoactivas, desde sus estudios vinculados a la psicología, publicando obras como *Uber Coca* (1884) y artículos afines también al uso de la cocaína, considerándolo un estimulante mucho más fuerte y menos dañino que el alcohol, sirviendo inclusive para curar a morfinómanos y alcohólicos (Escohotado, p. 453).

Desde el panorama precedente, al inicio del siglo XIX, existieron ciertas medidas de control específicamente sobre el alcohol y el éter, mas no sobre las actuales sustancias psicotrópicas, las cuales eran paradójicamente objeto de encomio y propaganda (p. 555).

3.2. LA DROGA COMO ELEMENTO REPROCHABLE.

En esa ambivalente convivencia humano – drogas, de manera esporádica y en atención a los problemas sociales que se generaban por la ebriedad, se adoptaban normas que buscaban vetar o restringir el uso de tales sustancias, y así, China -en el siglo VIII a.C.-, sería el primer país en prohibir el consumo de aguardiente, que para aquella época provenía del arroz (p. 87), y es que: “Para conseguir una tosca cerveza basta masticar algún fruto y escupirlo, la fermentación espontánea de la saliva y el vegetal producirá alcohol de baja graduación” (Escohotado, p. 70).

Con aquella doble perspectiva descrita previamente - tóxico o cura-, y de acuerdo con Escohotado, el enfoque histórico hegemónico fue conduciéndose, en general y en gran parte por la hegemonía cristiana, hacia una condena del hedonismo, comprendiendo que las sustancias psicoactivas “...son inadmisibles como vehículos de recreo, éxtasis o eutanasia, consintiéndose un empleo médico cuando terapeuta y paciente pareciesen tanto social como doctrinalmente intachables.” (p. 363).

De modo convergente con la Edad Media y el oscurantismo característico de la época, las drogas tuvieron la percepción más denostada. Transitando por tal vertiente, el reproche al uso de drogas alcanzó en algunas oportunidades sanciones extremas, así, el uso del tabaco fue reprimido con la decapitación o mutilación en el islamismo, la pena de muerte en Alemania (1691) y el estrangulamiento en China (Escohotado, p. 380). Es en aquella época que, sobre las drogas, se consideraba que “...el efecto no obedece a una virtud natural de plantas o mezclas, sino al “poder maléfico”” (p. 237).

En orden con lo reseñado, siguiendo a Escohotado, y conforme coinciden muchos autores sobre la génesis de la actual prohibición, convergen para tal viraje global al internacional prohibicionismo de las drogas, el ascenso de los Estados Unidos de Norteamérica en el panorama mundial, la metamorfosis del Estado mínimo o liberal por

uno de cariz asistencial; así como fuertes presiones de la corriente prohibicionista -de gran raigambre religiosa- (p. 603), añadiendo algunos autores la propia evolución de las drogas y la aparición de otras más potentes (Amezúa *et al.*, 1977, p. 268). Con todo, se recalca la forma en que el “problema droga” ha sido construido en Occidente (Llovera y Scialla, 2017, p. 78), y esta occidentalización además, es voluble, como ocurrió con el alcohol en Norteamérica, y como podría ocurrir con el San Pedro y la Ayahuasca que podrían considerarse ilícitas *a posteriori* (Prado, 2009, p. 354).

En los albores de la corriente prohibicionista, es preponderantemente con el religioso Charles Henry Brent que aquella se robustece y continúa, desde su experiencia en la lucha con la opiomanía suscitada en Manila; convergiendo además con las tendencias de reproche a las drogas, lideradas por los clérigos Homer Stunz y Wilbur Crafts y el médico Hamilton Wright, quienes influyeron sobremanera en la política norteamericana para que se prohíba todo uso no médico del opio (p. 619). Esta política encontró respaldo con el presidente Roosevelt, quien propuso una conferencia internacional destinada a ayudar a China con la opiomanía, que generó el primer encuentro mundial conocido como la Conferencia de Shangai (1909), donde se recomendaba que se tomen medidas para la gradual supresión del opio fumado y que no se exporte opio en países donde se prohibió su importación.

De modo paralelo, en Estados Unidos, y coincidiendo con la asunción de William Taft a la presidencia, se buscó reprimir las drogas, calificándose al consumidor con criterios ajenos a los médicos, como: “...una amenaza antiamericana análoga a comunistas y anarquistas, con rasgos de ruindad afines a los delincuentes sexuales y matices de cáncer racial” (Escohotado, p. 623). En ese contexto, se aprobó en 1914 la ley Harrison, que básicamente buscaba regular -no prohibir- el uso de la morfina, el opio y la cocaína; y cuya existencia no consideraba que su comercio atacaba físicamente a una

persona -desde su salud-, sino que buscaba atacar al contrabando (p. 637). Paralelamente, se aprobó en 1919 la famosa ley Volstead o Ley Seca, que prohibía la venta y fabricación de alcoholes, norma que, sin embargo, sólo rigió durante trece años.

La marihuana, fue incluida posteriormente en dicha nación, mediante la Marihuana Tax Act (1937).

En algunos países, México por ejemplo, para 1917, ya sectores políticos combatían el abuso de las drogas, argumentando -en ese contexto histórico-: "...alcanzar el mejoramiento de la raza, degenerada... por el alcoholismo y el envenenamiento por sustancias medicinales como el opio, la morfina, el éter, la cocaína, la marihuana" (Cárdenas, 1974, p. 35), considerándose además que si bien esta "enfermedad" no es contagiosa, sí es "transmisible" (p. 51) o contagiosa por sugestión (Rubio, 1994, p. 15), generándose así leyes preventivas. En tal sentido, el argumento central de estas normativas, sería evitar el incremento del consumo de drogas (Ambos, p. 2003, p. 430), en otras palabras, en la incontrolabilidad de la difusión y el peligro de las drogas para consumidores no responsables (Luiz, 2012, p. 106), o su masificación inevitable (Díaz, 1994, p. 91), restringiendo el entendimiento del consumo de sustancias psicoactivas únicamente bajo formas de adicción, sin reconocer empero, otros usos de las sustancias (Llovera y Scialla, 2017, p. 83).

3.3. LA DROGA COMO ELEMENTO INTERNACIONALMENTE REPROCHABLE Y NORMALIZADO.

La visión de las drogas, antes de las Convenciones, se focalizaba más en el tratamiento de los medicamentos, desde la afectación a la propia salud individual, enfocándose su campo de acción al contrabando de aquellos (Vitulo, 1992, p. 657).

Como resalta Cárdenas (p. 39), resulta irónico que el primer pronunciamiento internacional relacionado a las sustancias nocivas haya sido uno que permitía el tráfico -importación específicamente- de opio, siendo aquel el Tratado de Tientsin de 1858, suscrito entre Gran Bretaña y China, que fuera incluido en una adenda, tal como igualmente detalla Escotado (p. 532).

Como se mencionara anteriormente, el germen norteamericano prohibicionista buscó expandirse mundialmente, a guisa de un “localismo globalizado” (Boaventura, citado por Uprimny *et al.*, 2012, p. 6), empezando en Shangai, prosiguiendo con los acuerdos de La Haya (1912), y Ginebra (1925, 1931 y 1936; Díaz, 1994, p. 66), en donde se concluyó con el compromiso global de castigar severamente (Díaz, 1994, p. 64) la tenencia o el tráfico de drogas nocivas, debiéndose incluir disposiciones que incluyan prisión u otras penas privativas (Cárdenas, p. 42), así como castigar toda participación (Ramírez, 1983, p. 180), y así “...nominalmente, la cruzada americana se había convertido en cruzada mundial” (Escotado, p. 705), lo que para algunos habría de enfocarse inclusive como un vehículo de colonización y represión (Hulsman, citado por Soberón, 1992, p. 58), o para otros, como una cobertura para la intervención norteamericana (Chomsky, 1994, p. 96 y 98). Para Gamella, entre 1930 a 1960, el sistema prohibitivo funcionó relativamente bien (2013, p. 106).

Tal tendencia continuaría con mayor expansión aún con la Convención Única sobre Estupefacientes (1961), suscrita por 74 países, acuerdo que incluía la distinción del uso y abuso de sustancias, basada en la autorización médica o científica; y la inclusión de Listas, las cuales han sido múltiplemente criticadas por los criterios de diferenciación que presentan. Dicha Convención incluía como uno de sus sustentos que: “...la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad”, por lo que, ante el incremento del consumo, se optó por la guerra contra

las drogas (Gamella, p. 107), o como refiere Chomsky contra “algunas” drogas (1994, p. 96); vistas no obstante desde un concepto monolítico y fetichizado (Bialakowsky, citado por Llovera y Scialla, 2017, p. 82).

En 1971, se aprueba el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, el cual, en puridad, sólo agrega más fármacos en las listas de prohibición (anfetaminas y otros) de 1961 (Lamas, 2000, p. 42), y muta el *nomen* estupefacientes por sustancias psicotrópicas, dejando en manos de la OMS la posibilidad de incluir nuevas sustancias como psicotrópicas, desde los criterios discrecionales del “uso indebido” y “efectos nocivos”. Díaz añade que, entre otros grupos de delitos, se señalan 18 tipos relacionados al manejo de estupefacientes (1994, p. 80). Finalmente, con el Convenio de 1988, se buscó reaccionar al crecimiento del tráfico internacional, así como penalizar desde cultivo de plantas hasta el blanqueo de las ganancias (Thoumi, 2011, p. 209).

Conforme concluye Cárdenas (p. 46), los acuerdos prohibicionistas incluyeron ciertos “principios generales”: extradición, denegación de beneficios penitenciarios, penas severas, entre otros, los cuales irradiaron en las legislaciones nacionales en cumplimiento de estas obligaciones internacionales (Díaz, 2011, p. 20), para quien además estas presiones ejercidas sobre el sistema constitucional de garantías tuvieron una doble vertiente, una externa -cumplimiento de obligaciones internacionales- y una interna:-dación de normas creadas por aquellas- (p. 123).

De tal intensidad y expansión fue la corriente prohibicionista que en alguna oportunidad se buscó sea declarado el narcotráfico como imprescriptible (De la Cuesta, 1988, p. 375), como un delito contra la humanidad (Rosas, 2004, p. 71, y como se enunció en la Declaración de Quito de 1984), de lesa humanidad (Sala de Casación de Venezuela, sentencia del 04 de abril de 2001), como un crimen de alcance internacional (Coronado, 1993, p. 63) o transnacional (San Martín, 1992, p. 163;: Díaz, 1994, p. 137). A este

tiempo, no sólo se mantiene la postura de veto, sino que, como anota Rosas (2004, p. 23), se adicionó una política norteamericana de cooperación con los países de producción, calificada en determinadas oportunidades como interferencia (Comisión Andina de Juristas, 1993, p. 135 y 136).

Este es pues el origen de la postura punible mundial al tráfico de las drogas, pudiéndose apreciar que la misma es de reciente data -poco más de un siglo-, nacida además principalmente más de nociones religiosas o morales que de criterios técnicos o médicos.

Así pues, pueden recogerse de las notas que preceden una frontera muy nítida entre prohibiciones localizadas (por lugar, tiempo y fármaco) y prohibición propiamente dicha, que por vocación es planetaria, indefinida e indiscriminada (Escohotado, p. 1126), vista la presencia de las drogas como un problema ya universal (Ramírez, 1983, p. 121). Para este actual y pleno prohibicionismo detalla Escohotado criterios objetivos (genera adicción), de autoridad (criterios morales), conjeturales (posible expansión absoluta), jerárquicos (disuasivo) y de hechos consumados (mantener el *statu quo*) (p. 1148).

Con Uprimny *et al.*, esta expansión generó a su vez el aumento progresivo del número de conductas tipificadas, ello ya como una tendencia latinoamericana (2012, p. 19), fenómeno considerado por Zaffaroni como una insólita extensión de la punibilidad (Citado por Uprimny *et al.*, 2012, p. 23). Así, el régimen jurídico internacional sobre drogas se encuentra estructurado en una base prohibicionista y represiva (Ambos y Núñez, en Ambos *et al.*, p. 48).

Con relación al prohibicionismo, Escohotado considera entonces que, entre muchas otras consecuencias perniciosas desde aquella opción política, "...minorías numéricamente considerables practican la resistencia pasiva de modo tenaz, alimentando

un mercado negro en el que muchos gobiernos y casi todas las policías especializadas participan de modo subrepticio” (p. 16; similares ideas esbozan Amezúa *et al.*, 1977, p. 78).

3.4. LAS DROGAS EN EL CONTEXTO HISTÓRICO PERUANO.

Escohotado expone que, en América, en general, el primer registro histórico sobre esta relación con las drogas se obtiene de la cultura Chavín -siglo X a.C.-, la cual representó al cacto conocido como San Pedro -*Echinopsis pachanoi*-, en una obra de arcilla y en otra realizada sobre piedra (p. 115), siendo dicho vegetal de conocidos efectos alucinógenos, empleado inclusive hasta nuestros tiempos en la medicina naturista y el chamanismo. En nuestro país, Prado recuerda el inveterado uso de la ayahuasca (2009, p. 353).

La hoja de coca es otro vegetal de antiquísimo uso, habiéndose encontrada representada en estatuillas con rostros con mejillas hinchadas por el bocado (Escohotado, p. 119), así como en la boca de momias, y demás está considerar que hasta la actualidad el chaccheo es una actividad cultural reconocida mundialmente y protegida jurídicamente en nuestra nación, formando parte de la propia historia nacional, pues, como señaló en sus investigaciones Rostworoski (1988): “...la coca se usó como medicina y estímulo, para aliviar el frío, la fatiga, el dolor y el hambre, así como para rituales y propósitos sociales (planteamiento afín al desarrollado por Gaërtner, 2003, p. 162; y Amezúa *et al.*, 1977, p. 39)”.

Es con aquellos fines, que Rostworoski (1988), destaca el uso de la coca en el imperio incaico, tanto en la distribución exclusiva de ciertos sectores para su cultivo en las Tierras del Inca (p. 255), como en sus depósitos estatales (p. 275).

Así también, el consumo de la bebida fermentada conocida como chicha, es recogida por la historiadora precitada, al mencionar la exclusiva dedicación de un cierto grupo de personas en su producción (p. 285 y 287).

Aun con tal panorama, Escohotado acota que el masticar la coca sin autorización constituía un delito -pues era un privilegio de clase-, lo que le lleva a decir que en el imperio incaico existía: "...un sistema de prohibición, que hacía esas fechas ningún país (salvo China por lo que respecta a los aguardientes) había practicado con droga alguna. De ahí que los incas representaran un vigoroso estímulo al cultivo de la planta, y, al mismo tiempo, una de las primeras incursiones históricas del derecho penal en semejante materia" (p. 119). Tal exclusión es recogida también por De la Peña, quien precisa que los cronistas coinciden unívocamente en tal aspecto (p. 280), empero tal restricción provenía de criterios religiosos, más que del conocimiento de su toxicidad.

El dominio español en cierta forma fue indiferente a la relación con las drogas en el virreinato, conociéndose inclusive que el Inca Garcilaso de la Vega, tenía plantaciones de coca para el masticado de mineros (Escohotado, p. 352), empero sociológicamente la masticación de coca constituía una actividad social no autorizada y en menor grado para fines religiosos, como lo fuera antaño. Posición contraria asumió Galeano (Amezúa *et al.*, 1977, p. 74), quien consideró que el gobierno usufructuó este consumo.

Los inicios de nuestra república mantienen este asunto también de un modo tangencial, siendo ya con el surgimiento de las corrientes prohibicionistas, que, al igual que gran parte del orbe, se adopta esta nueva posición y se propugna el combate al uso y tráfico de las drogas a inicios del siglo pasado, desde una perspectiva ya punitiva.

Conforme podemos apreciar de lo reseñado en líneas previas, la nueva perspectiva de asumir a la mayor parte de las drogas como adictivas y riesgosas para la salud, así

como de combatirlas de modo universal con un cariz agresivo reactivo, es de reciente data y es atendida también como un problema urbano en lo referente al consumo (Ramírez 1983, p. 125) e internacional, pues no se consideran ya diferenciaciones entre fronteras sociales, ideológicas o políticas (Coronado, 1993, p. 66), amén de su consideración global y su permanente reestructuración (Soberón, 1992, p. 58). Más allá de las novísimas decisiones adoptadas universalmente, esa doble destinación de las drogas -ora veneno, ora remedio- persiste y continuará junto con la humanidad.

Así, desde el punto de vista histórico y concatenado al actual panorama de la lucha contra el narcotráfico, podremos decir que se apunta a la plena expansión del combate al narcotráfico desde cualquier medida legal posible, tanto más al que se desarrolla de modo organizado y con evidentes fines lucrativos, propio de organizaciones más verticalmente integradas, más jerarquizadas y violentas (Nakano, 2007, p. 198; Thoumi, 2011, p. 222), en detrimento de la población universal.

CAPÍTULO IV: EL NARCOTRÁFICO EN EL PERÚ

4.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS LEGISLATIVOS.

La normativa penal peruana del siglo XIX relacionada a las drogas, así como parte de la surgida a inicios del siglo XX, no tenía la visión universal de peligrosidad por adicción que asumiera el mundo -y nuestro país- a partir de las convenciones internacionales promovidas por Estados Unidos.

Silva (1973, p. 19) recoge la diversa normatividad que naciera en Perú paralelamente a los gérmenes de la prohibición, así menciona al Código de Aduanas de 1920, el cual prohibía la internación *-rectius*, importación- de drogas, norma que para Ramírez (citado por Prado, 1989, p. 330) fue un adelanto al concepto internacional del tráfico, en tanto las legislaciones internas no desarrollaban tampoco significativamente esta novísima institución. Aportes recopilatorios afines brinda Córdova (2004, p. 12), existiendo inclusive descripción legal mucho más concisa (Normas Legales, 2003, p. 174).

A decir de Prado, hasta 1920 el tráfico de drogas es plenamente lícito (1989, p. 329).

La Ley 4428 de 1921, ordenó que toda importación de drogas debía aprobarse por el Ministerio de Salud y Sanidad, y en su reglamentación se incluyó el *nomen* “Tráfico ilícito de drogas”. Para Ramírez, fue el más remoto control de drogas (1983, p. 240), vetando el expendio de drogas sin receta profesional (Rubio, 1994, p. 12).

En 1949, con la Ley 11005, la Junta Militar de ese entonces, nominaba al narcotráfico como tráfico clandestino de estupefacientes, y además consignaba por vez primera, una lista de verbos concretos (compra, venta, ofrecimiento, etc.), sin incluir

empero la posesión. De este precepto, García (2009, p. 454) y Rubio (1994, p. 14) consideraron que fue el primer intento por caracterizar el delito de tráfico, mediante diferentes supuestos de tipificación. También Ramírez estimó que esta norma intenta afinar de modo primigenio un concepto del tráfico (1983, p. 245), reconociéndose la existencia de “mafias” (Rubio, 1994, p. 14). Como precisara Rosas (2004, p. 23), antes del Decreto Ley 1005 -1949-, se carecía de legislación represora, pues anteriormente se tenía mera normativa administrativa, pues el Código de 1924 no se ocupó expresamente de tal delito (Prado, 1989, p. 330), ello en similar panorama mundial a lo establecido mundialmente (Rosas, p. 24). Rubio rescata de tal normativa el calificar como traficantes a los funcionarios que facilitaban la fuga o encubrían a los narcotraficantes (p. 16).

Es importante considerar que el Decreto Ley 19505 de 1972 -, amén de repetir los verbos concretos de la ley 11005 y modificarla levemente; en su artículo 3 considera como delito además todo acto preparatorio, la participación indirecta, la tentativa y en general, toda operación que contribuya a la realización u ocultación del delito mismo. Como vemos, desde inicios de 1970, ya nuestra legislación acogía aquellos principios generales del narcotráfico que, como veremos *a posteriori*, continúan formando parte de nuestra legislación actual y de sus perennes cuestionamientos, particularmente la colisión con la legalidad, puesto que se castiga de modo genérico y difuso.

Para Rosas, toda reforma posterior a los Decretos Legislativos 11005 y 11047 ha mantenido la sobrecriminalización como coherencia, con una orientación hiper-represiva, en palmario reflejo del panorama mundial (2004, p. 27; también Rubio, p. 14).

Para 1978, se emite el Decreto Ley 22095, que primigeniamente establecía como principal verbo el comercio, y desarrollaba en un glosario final numerosos verbos, incluyendo “cualquiera otra modalidad” de dedicación a tales actividades. Debe resaltarse el curioso hecho de que ya en esta norma se recogen aquellos verbos que años después

serían los nucleares y vigentes, habiendo sido incluidos como parte lejana de una también lejana figura, la instigación. Al respecto, Prado (1989, p. 421 y 427) consideró que esta normativa sentaba las bases de un sistema antidrogas; en tanto San Martín consideró que aquella buscaba responder integralmente al problema, con normas orgánicas, preventivas, penales y administrativas (1992, p. 154). Todo ello sin perjuicio de las deficiencias técnicas advertidas en su contenido (Lizano, 1982, p. 249).

Sólo tres años después, se aprobó el Decreto Legislativo 122, que modificó la norma precedente, incrementó la severidad de la punición e incluyó al que “tuviere en su poder”, incluyendo también a la vasta lista de acciones punibles, la amplísima conducta que castiga a quien “ejecutase cualquier acto análogo”, término asumido impasiblemente por Espinoza (1983, p. 300), no así para Prado (1989, p. 400), quien lo consideró una innecesaria referencia analógica. Esta normativa, evidenció numerosas observaciones técnico – sistemáticas (Rosas, 2004, p. 28; Prado, 1989, p. 394). Particularmente, se rescata la propuesta que Prado hiciera para que, a la lista de verbos concretos contenidos, se le incluya el fin del tráfico ilícito como motivación (1989, p. 401 y 403).

A consideración de Espinoza (1998, p. 114), la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de Viena de 1988, es la fuente legal contenida en nuestro Código Penal de 1991. Igualmente, Prado, en general, considera que las Convenciones forman parte de nuestro derecho nacional y además pueden ser utilizadas para una mejor interpretación (2013, p. 605).

Conforme desarrolla Prado (2007a, p. 57), la legislación nacional puede separarse en dos tendencias importantes; una política dura, en la cual se criminalizaba inclusive el consumo, y que se desarrolló desde la Ley 4428 hasta nuestro Código Penal, pero también una posición tolerante (Prado, 1989, p. 416; 2013, p. 207 y 2007, p. 57) con relación al consumidor, la cual existe desde 1972, con el Decreto Ley 9505, hasta la normativa actual.

En contraparte, Ramírez considera que la etapa represiva inició recién en 1941 (1983, p. 242).

Desde otra perspectiva, Caro (Ambos *et al*, 2017, p. 174), García (2005, p. 20 y 2009, p. 419) y Peña (Citado por Caro, en Zambrano *et al.*, 2018, p. 52), consideran hasta tres etapas distinguibles en nuestras leyes antidrogas; una que inicia en 1920 con la formalización del comercio y producción de las drogas, una segunda etapa surgida a fines de 1940, que constata la existencia de grupos criminales y la necesidad de reprimirlos, y una etapa contemporánea que considera a este delito como un problema social, incluyendo a las medidas de represión (2009, p. 455), las de salubridad; todo ello desde una perspectiva global (p. 454). Otros autores (APEP, 1990, p. 249), consideran igual cantidad de etapas, pero con fechas diferentes, así, una primera etapa con el Código de Aduanas, que incluía sanciones administrativas, sin teleología antidrogas (Rubio, 1994, p. 25), una segunda, con la dación del Decreto Supremo del 26 de marzo de 1949 hasta el 28 de junio de 1966, duramente represiva; y una tercera, con el Decreto Ley 17505 de 1949, con una perspectiva social global.

Nuño (2010, p. 46), en cambio, considera cuatro etapas, una que inicia en 1920 –coincidiendo con los autores nacionales- y transcurre hasta 1982, donde inicia esta segunda etapa con la suscripción de los acuerdos internacionales. La tercera etapa inicia con el gobierno fujimorista y engloba una proliferación normativa. La cuarta etapa, es, a su consideración, la que surge en el año 2000, con la dación del Acuerdo Nacional.

Nos recuerda Espinoza que, a este tiempo, la represión ya no es absoluta, pues no se pune el consumo (2010, p. 116).

Rubio plantea hasta cinco etapas nacionales de legislación afín, una primera de 1920 a 1946, con la emisión del Decreto Supremo del 17 de diciembre, etapa en la que el

enfoque a las drogas era limitado al ámbito formal. La segunda etapa transcurre de 1949 a 1966 (Ley 16185), con una visión ya penal del problema y la ejecución de los primeros operativos policiales, asumiendo un rol activo (1994, p. 14). De 1969 a 1982, se aprecia a la toxicomanía como un problema social y de derechos humanos. En 1982 se inicia la cuarta etapa y culmina en diciembre de 1990, con el Decreto Supremo 158-90-PCM, con un reconocimiento del grave problema social y la existencia de organizaciones criminales. La quinta etapa descrita por el autor inicia en 1990 con una estrategia nacional ya no fragmentada, sino expresa e integral para confrontar la problemática, incluyendo el desarrollo alternativo y la exposición del lesivo binomio narco-terrorismo (p. 9 y siguientes).

4.2. GÉNESIS DEL ARTÍCULO 296 DEL CÓDIGO PENAL

Dado que es conocido que gran parte de nuestro cuerpo normativo proviene de fuentes foráneas, García (2005, p. 4 y 21), habla de una mera importación de normas, que desconoce la propia realidad nacional, estando pensada más fuera que dentro (2009, p. 455; Frisancho, 2000, p. 74, APEP, 1990, p. 250 y 256, Huamán, 2003, p. 9; Rodríguez, 2006, p. 77; Comisión Andina de Juristas, 1993, p. 136), o consideradas normas generadas bajo concepciones internacionalistas (San Martín, 1992, p. 149), recordando que Perú sólo reservó la sanción al cultivo de la hoja de coca; añadiendo empero Lamas que cada considerando de los Tratados debe ser conforme a la realidad de cada país (1991, p. 22). El mismo parecer describió Prado, al estimar que nuestra normativa está basada en postulados internacionales, que se definen al margen de una reflexiva evaluación de las contingencias y consecuencias propias de nuestro entorno (2007a, p. 59); así también Córdova, quien fue de la idea de que las modificaciones legislativas se realizan sin haber recibido el aporte de la sociedad civil y menos de los tratadistas de la materia (2004, p.

13), o Nakano (p. 197) para quien las normas no puede plantearse intemporalmente y de manera universal.

En general, Prado y muchos autores nacionales, aprecian una deficiente técnica legislativa, generada de una constante improvisación político criminal y un afán sobrecriminalizador (2013, p. 210; Prado 1989, p. 395; Lamas *et al.*, 2001, p. 3, Vega, 2014, p. 328; Falcone, 2006, p. 28; Almanza, 2020i, 1h55m55; Ibérico, 2016, p. 92), lo que hace considerar a San Martín que deben las normas tener una lectura que reoriente la función penal respetando criterios mínimos y garantistas (1992, p. 159 y 166). También Del Olmo (1990, p. 293), Uprimny *et al.* (2012, p. 22) y Cobo (Amezúa *et al.*, 1977, p. 153) perciben en estas normas los mayores errores en técnica jurídica, nacidas para resolver situaciones coyunturales urgentes, sin una debida planificación, tal como recuerda Gallo (2006, p. 140), o surgidas bajo impericia, como reseña Rubio (1994, p. 18).

Como mencionáramos anteriormente, y como recuerda Ambos, esta expansión fue basada en las convenciones internacionales (2003, p. 416), lo que incluyó un adelantamiento de la punición, y, en general, la adopción -y transformación- de muchas figuras del Derecho Penal General, creando además numerosos tipos de peligro (Morillas, 2003, p. 28).

En otras legislaciones -Chile- también se habla de un heredado afán del legislador, de asumir normas provenientes de los tratados internacionales, siguiendo una senda de autoritarismo (Cisternas, 2011, p. 23), a guisa de paradigma (Guzmán, en Ambos *et al.*, 2017, p. 427), así también este acatamiento fue descrito por Soler, para Argentina (1951, p. 615). Homólogo cuestionamiento surge en España, pues la presión de las instancias internacionales produjo sus efectos en 1988, con la contrarreforma a lo avanzado en 1983, asumiendo acríticamente sus modelos (De la Cuesta, 1999, p. 90), limitándose el

legislador español a copiar de manera mecánica los textos internacionales, a modo de una “colonización jurídica” (p. 91). Nadelmann (2007, p. 72), sobre este fenómeno, refiere que: “Los gobiernos europeos cada vez son más creativos y atrevidos al interpretar estos tratados para acomodar sus propias innovaciones a la reforma de las drogas”.

Con todo, es importante considerar, como lo refieren Boldova Pasamar (citada por Molina, 2006, p. 282) y Queralt (2002, p. 716), que la legislación española -nutricia de la peruana-, optó por el uso de verbos más genéricos inclusive que los propiamente usados en la Convención, la cual recogía casuística (Frieyro, 2017, 36; Frieyro, 2015, p. 153).

La doctrina nacional es unívoca en reconocer la recepción peruana de la normativa española (García, 2002, p. 452; Frisancho, 2000, p. 75; San Martín, 1992, p. 161; Lamas 1991, p. 18), considerando empero Santiago (2004, p. 33), que también se construyó con normas complementarias, que en puridad fueron las predecesoras normas nacionales.

CAPÍTULO V: DERECHO COMPARADO

5.1. EUROPA.

5.1.1. ESPAÑA:

Con la irradiación universal del prohibicionismo, la redacción del artículo 344 procedía de la reforma operada en 1971 para adaptar el Código al Convenio Único de 1961 (Muñoz, 2014, p. 618; Rodríguez, en Vidales *et al.*, 2014, p. 183; De la Cuesta, 1988, p. 384; Torio, 1989, p. 389; Hernández, 2003, p. 119; Sequeros, 2000, p. 3; Luengo 2017, p. 25 y 97), en un auténtico reflejo de sumisión (Vidales, en Zambrano *et al.*, 2018, p. 281) o de ratificación a tal norma internacional (Landrove, 1994, p. 242), pero con una mecánica tan relajada que para Queralt se, “deja al albur de las tendencias internacionales la incriminación, [y] ...solo si los tratados internacionales imponen su persecución y castigo podrá ser delito en España” (1992, p. 117).

Al igual que muchas legislaciones, esta nación ha contado hasta con seis reformas al articulado analizado, entre 1944 a 1995, considerando Altava (1997, p. 1149) un movimiento oscilatorio en su política legislativa. En la Ley del 08 de abril de 1967, se consideraron como tráfico inclusive diez conductas, que iban desde el cultivo hasta su tránsito, que para Rey sirven de base para el contenido de aquel verbo (1999, p. 53).

Recuerda De la Cuesta (1988, p. 379), que en algún momento su legislación -Ley sobre normas reguladoras de 1967- distinguió el tráfico de la posesión en articulados diferentes.

Algunos autores (De la Cuesta, 1988, p. 389; Prado, 2007b, p. 755) consideran que el artículo 344 primigenio, recoge dos grandes bloques de comportamientos punibles, de un lado la promoción, el favorecimiento y la facilitación, y del otro, la posesión con

fin de tráfico, estructura que se mantuvo aún con la reforma producida en 1988 (De la Cuesta, p. 400).

Con la Circular del Ministerio Público español, del 01 de diciembre de 1983, se distinguieron los actos de producción, los actos principales de tráfico (venta), los auxiliares (tenencia y transporte), y los de estímulo (promover, favorecer y facilitar). Esta clasificación también fue acogida en las STSs del 03 de junio de 1975 y del 23 de febrero de 1988.

Reseñó Torio en su momento, que el carácter represivo de la legislación de 1971 menguó con la legislación de 1983, que presentó un carácter liberalizador, eliminando la sola “tenencia” que generaba confusión para la exención del consumidor.

Sobre la tenencia, su norma permite incluir la posesión no sólo en actos de tráfico -punido en Perú-, sino de elaboración y promoción en general (Rey, 1999, p. 31).

Debemos mencionar la apreciación que Torio (1989, p. 948) realiza sobre el tipo penal español, enseñando que el injusto comienza descriptivamente (verbigracia, cultivo), y después acude a características genéricas (favorecimiento).

Cabe precisar que si bien la fuente directa de nuestras normas antidrogas es la legislación española, se presentan evidentes diferencias, pues mientras en Perú las cantidades de drogas se establecieron expresamente en las normas para atenuar o agravar las penas; en España, aún persisten consideraciones discrecionales adjudicadas a los tribunales (Molina, 2005, p. 112; Luengo, 2017, p. 31), enlazadas con directivas (Pedreira, 2009, p. 193), al igual que ocurre con la definición de cantidades de droga de “notoria importancia”, término al cual Landrove califica de evanescente redacción (1994, p. 245), y Mohamed, de concepto jurídico indeterminado (2015, p. 160), o la agravante que incluye la “extrema gravedad” que Asua considera incompatible con las exigencias

de *lex certa* (2011, p. 480), nociones o figuras indefinidas que nuestra nación no ha enmarcado. Sequeros explica que, si bien en algún momento su jurisprudencia emitió resoluciones divergentes en casos sustancialmente análogos (2000, p. 188), en la actualidad, el clorhidrato considerado de notoria importancia parte de los 750 gramos, y la marihuana desde los 10 kilogramos, todas determinadas desde su pureza (Pedreira, 2009, p. 196; Luengo, p. 87), resultando una agravante superior, cantidades insertas ya en las toneladas (Pedreira, 2009, p. 249).

Cita Lamas la ausencia de distinción en Perú de las drogas duras y las blandas, que agrava en España la conducta (1991, p. 20). Igualmente, se resalta el término “actos de elaboración” -rayano a la “fabricación” de nuestra norma-, concepto que para Ganzenmüller *et al.* (1997, p. 126), resulta más amplio, pues incluye mezclas posteriores a lo fabricado, así como el quehacer artesanal (Acale, 2002, p. 41). Importante es también la inclusión del término “otro modo”, asaz criticado en su doctrina, que permite incluir allí la recuperación química de la droga (Acale, 2002, p. 49), considerándose inclusive como autor al que sólo informa sobre los sitios de expendio de drogas.

A lo reseñado, se adiciona el hecho de que las cantidades mínimas de drogas se han establecido principalmente de modo jurisprudencial (Vidales, en Zambrano *et al.*, 2018, p. 291), así por ejemplo las sentencias mencionadas por Rey (1990, p. 117), al igual que las que fueron catalogando a las drogas como causantes de “grave daño a la salud” (Rey, 1999, p. 129 y siguientes).

Finalmente, Lorenzo no considera la regulación en España de circunstancias atenuantes específicas (1994, p. 14), existiendo ya no obstante el párrafo segundo del artículo 368, como subtipo atenuado (Pardo, en Zambrano *et al.*, 2018, p. 367), novedad de la reforma de 2010 (Requejo, 2020, p. 60).

Tal como se mencionó en lo relativo al derecho comparado, la denominada contrarreforma española de 1988 (Torio, 1989, p. 945), impuso nuevamente criterios de signo represivo, y desenterró la vieja farmacopea punitiva (Landrove, 1994, p. 246), en donde además se amplió el ámbito de aplicación penal, al permitir el encaje en las conductas de promover, favorecer y facilitar.

En este contexto histórico, esta postura jurídico – política altamente criticada por la doctrina española -caracterizada como turbia, por Torio (1989, p. 941)-, con un carácter genérico, incluso difuso, que se nutrió de características generales, y prescindió de diversos actos particulares penalmente prohibidos, llegó a Perú y fue pacíficamente recibida en nuestro primigenio artículo 296 de 1991.

5.2. AMÉRICA.

Para un delito tan complejo como trascendente desde un punto de vista dogmático y político-criminal (Rosas, 2015, p. 96), así como dinámico y diverso desde una visión histórica (Coronado, 1993, p. 79), las legislaciones han buscado diferentes formas de alcanzar los objetivos prohibicionistas internacionales, siguiendo el tenor de las convenciones internacionales, pues aquellas marcan la política criminal internacional de este delito (Morillas, 2003, p. 28; Molina, 2006, p. 281; Tazza, 2008, p. 59 y 291; Lamas, 2000, p. 16); ora con una fiel acomodación a los mismos (Diez, 2007, p. 768) ora con una mera copia literal (p. 773), pero con el fin de cumplir con las convenciones asumidas (Santiago, 2004, p. 21). Ello se impuso, aun cuando la represión resultaba ser más compleja por las propias limitaciones de las soberanías (Ramírez, 1983, p. 177).

Espinoza, en relación al tema descrito, expresa:

El legislador nacional, siguiendo recomendaciones y modelos internacionales, se decantó por describir o tipificar una serie de conductas de manera escalonada o en cascada, influido por el afán de abarcar todas las fases del ciclo comercializador del narcotráfico, desde etapas iniciales del fenómeno, como el cultivo, hasta estadios terminales... pues la tipificación escalonada permite que ante la ausencia de elementos que acrediten que el agente encuadró su conducta, dentro de una de las acciones previstas, como puede ser la venta, su conducta siempre se reprima, recurriendo a otros de los descriptores o verbos incluidos en el tipo. (2009, p. 20)

Como se aprecia, si bien la descripción corresponde con la normativa costarricense, esta será la mecánica que aborda toda la legislación actual antidrogas, no sólo para el país en alusión, sino para gran parte de la legislación mundial (Espinoza, 2009, p. 20).

En una perspectiva generalizada, Uprimny, Guzmán y Parra (2012, p. 24), manifiestan que existe en nuestro continente, desde 1950, una práctica generalizada tendiente a incriminar de más en más el número de actividades punibles –de 67 a 344 tipos-, al igual que una tendencia al alza de las penas a imponer (p. 25), siendo Perú el país con incrementos geométricos, pues su pena más alta –2 años- llegó hasta el máximo de 25.

Con relación al derecho comparado punitivo por drogas, pocos autores nacionales se han abocado al tema, así se tiene la recopilación de normas sudamericanas efectuada por Briceño (1989, p. 56 y siguientes), el trabajo que Berrú realizó sobre las políticas criminales de Perú y Estados Unidos (2004, p. 80), el realizado por Merino al cotejar las políticas y normativas con México (2005, p. 48 a 55), así también Rosas en 2004 (p. 44), respecto a El Salvador, sobre la ausencia a esa época de un plan antidrogas, presentando

tan sólo un aspecto sancionador; o finalmente, el expuesto por Huamán, quien describe que antes de 1984, en Venezuela existía sólo un artículo que confrontaba al narcotráfico (2003, p. 11).

Uprimny considera que la tendencia latinoamericana es de una tendencia al alza de las penas por esta modalidad delictiva (2012, p. 26; 2013, p. 43), y en general, a su criterio, esta específica punición resulta desproporcionada (p. 52).

En Ecuador, Monroy (2013, p. 127 y siguientes), realiza un preciso cotejo de las normas americanas, desde una visión estratégica respecto la particular situación de las drogas por la zona geográfica (producción, tránsito o la despenalización).

Del aspecto procesal, también se ha de mencionar la información alcanzada por Luiz (2012, p. 105), en lo relativo a la prisión preventiva obligatoria impuesta en la legislación brasileña, tal como también lo consideran Zilli, Rocha y Giráo (En Ambos, 2017, p. 493), que posteriormente fuera declarada inconstitucional (p. 502).

Otro aspecto común para resaltar es el incremento de la cantidad de verbos rectores que buscan cubrir todos los hechos cotidianos vinculados al tráfico de drogas (Uprimny *et al.*, 2012, p. 23), en una paradójica “adicción” (Uprimny, Chaparro y Cruz, en Ambos *et al.*, 2017, p. 59) u “obsesión” punitiva (Zilli, Rocha y Giráo, en Ambos *et al.*, 2017, p. 498).

Ambos considera que Colombia y Perú presentan una casuística exagerada (Ambos, 2003, p. 409) en un solo artículo penal, y que, por ejemplo, si bien Bolivia no aplica esta modalidad, sí proliferan sus casos, pero en diversos artículos.

También, y como se verá posteriormente, considera que las legislaciones sudamericanas tratan acciones que cualitativamente merecen un trato diferente, así el transportar frente al vender, que lesionaría el principio de igualdad (p. 409).

Otra importante observación que plantea a nuestras legislaciones, es el particular hecho de tipificar “acciones muy parecidas, que en la práctica apenas pueden ser delimitadas” (p. 409), mencionando por ejemplo, que en Bolivia se castiga el almacenar y el conservar, o el fabricar y preparar -como lo hizo Perú con el Decreto Legislativo 122-. Similares son también las conductas de tráfico o de consumo, lo que complica su distinción (p. 414).

La salud pública, además, viene a ser el bien jurídico común, pacíficamente adoptado en nuestra región (Ambos, 2003, p. 411), con la particularidad de Espinoza, quien lo nomina como incolumidad pública (1983, p. 284) o la mención de bien macrosocial, a decir de Bramont-Arias (1998, p. 527). Rosas realiza al respecto un desarrollo *in extenso* de esta temática (2015, p. 105). Márquez (En García *et al.*, 2016, p. 111), describe a esta noción bajo la idea de un bien supraindividual, general, colectivo o comunitario, en definitiva, un bien difuso.

Empero lo acotado, la forma de proteger tan agresivamente este bien jurídico, lleva a considerar a García (citado por De la Cuesta, 1988, p. 387), que en realidad el bien directamente protegido es la seguridad pública con focalización en la criminalidad inducida o asociada a la droga.

La represión (De la Cuesta, 1988, p. 371) es otra nota esencial de la legislación antidrogas, y de esa característica se alimenta la normativa americana.

5.2.1. VENEZUELA:

Debe iniciarse mencionando que su Constitución, aunque en mucho menor grado que la peruana, hace alusión expresa al narcotráfico en sus postulados (artículo 271, sobre

imprescriptibilidad), siendo empero una de las pocas constituciones que consideran tal presencia en su estructura.

Con la atingencia de un carácter “teórico”, Martínez considera que su normativa cumple con la persecución y represión internacional (Ambos *et al.*, 2017, p. 476).

Rodríguez (2006, p. 68), postula que el núcleo rector de su norma es un tipo compuesto, pues incluye varios comportamientos, lo que a su criterio constituye un defecto de técnica legislativa que produce la ampliación o maximización de la intervención penal en contradicción con las garantías mínimas exigidas.

Con relación al tráfico en sí, y contra la doctrina común, considera que el delito no debe ser nominado así, pues diverge de su significado político e ideológico, en tanto no tiene la característica propia de asiduidad, en el sentido mercantil (p. 69), existiendo desde su apreciación, una distorsión.

Al igual que la opinión común de muchos autores, Rodríguez es de la idea que el tipo penal muestra una amplitud desmesurada (p. 71).

Bajo la perspectiva jurisprudencial, en su momento se llegó a considerar este delito como uno de índole *crimen majestatis* (Martínez, en Ambos *et al.*, 2017, p. 477).

Finalmente, Rodríguez, en Venezuela, manifiesta que su primer instrumento normativo se promulgó recién en 1984, el que, al igual que en las legislaciones de esta zona, fue asumida “casi a ciegas” de la pauta internacional (2006, p. 66). Idéntica opción tomó El Salvador (Martínez, en Ambos *et al.*, 2017, p. 441 y 449), Guatemala (Cordón, en Ambos *et al.*, 2017, p. 240) y Costa Rica, condicionada por el apoyo financiero norteamericano (Chinchilla, 2012, p. 4).

5.2.2. BOLIVIA:

Al igual que Perú, esta nación, amén de formar parte de la estrategia internacional de los convenios, excluyó de aquellos la legalidad en el cultivo de la hoja de coca (Comisión Andina de Juristas, 1993, p. 135 y 142).

Como nuestra nación, la legislación boliviana ha adolecido de constantes modificaciones, con ocho leyes antidrogas entre 1956 y 1988, resultando algunas de ellas un *collage* de las anteriores (Comisión Andina de Juristas, 1993, p. 138), con observaciones inclusive de carácter constitucional, por su severidad o desproporcionalidad (p. 144), conforme se puede apreciar también de la recopilación aportada por APEP (1990, p. 50 y siguientes).

Como en el caso de Brasil, las medidas cautelares personales –prisiones específicamente- adquieren carácter obligatorio.

5.2.3. COLOMBIA:

Para Aponte (En Ambos *et al.*, 2017, p. 157), el problema general del narcotráfico en su país ha sido abordado con un énfasis militar, policivo y, ante todo, punitivo, resaltando además que, como en toda legislación americana, existe una indiferenciación de la respuesta punitiva, en tanto el castigo no distingue entre los diferentes eslabones del narcotráfico.

Se recoge en su doctrina el uso desproporcionado del derecho penal en aras de la lucha contra las drogas (Uprimny *et al.*, 2017, p. 11), en reflejo de las convenciones (2017, p. 15). Cual fenómeno reiterado, su legislación ha sufrido hasta ocho marcos normativos en casi 40 años y ha ampliado sobremanera la cantidad de tipos penales (Chaparro y Pérez,

2017, p. 60), y conforme también recopila y describe en doctrina afín (APEP, 1990, p. 140 y siguientes).

Al igual que el desarrollo dogmático nacional, también en este país se recoge lo pluriofensivo del delito (Otárola, 2006, p. 137).

De acuerdo con el desarrollo de su normativa, dos son los grandes rubros punidos, la elaboración y la comercialización de estupefacientes (p. 135). En ese ámbito Filomena brinda un panorama casuístico (2016, p. 183) de tales rubros, mencionando a los cultivadores, porteadores (quienes “llevan consigo” más de la dosis personal, pero independiente de una finalidad), los narcomenudeadores o jíbaros (en nuestro país, microcomercializadores), correos (llevan consigo para exportar), los transportistas, los narcomayoristas y los que ostentan cargos administrativos. Respecto de este último rol, considera que son propios de organizaciones criminales (p. 210), e incluye en los mismos a marinos que facilitaban los “pases” en altamar, agentes aeroportuarios, reclutadores de correos -burriers-; resultando necesario usar “dispositivos amplificadores” del tipo en tanto no ejecutan directamente el tráfico mismo; como la coautoría, la autoría mediata o la complicidad (p. 213).

De manera similar al tratamiento jurisprudencial español, Otárola, refiere que también en Colombia, y basados en la amplitud del tipo penal, sólo por excepción, se admiten a los partícipes (p. 138).

Una particular diferencia respecto a su doctrina es que, a diferencia de la nuestra, en su país sí es posible sancionar aún en cantidades menores a las legalmente establecidas (Otárola, 2006, p. 138 y 157). Adicionalmente, también en dicho país se considera porteador a quien en nuestro país se suele tipificar como transportista, por lo que su

legislación permite considerar porteador a quien puede llevar, por ejemplo, más de cuatro kilogramos (Filomena, 2016, p. 185).

Finalmente, su doctrina diferencia a los “poseedores” de los portadores, siendo aquellos capturados en sus domicilios y no en tránsito, precediendo para su captura una orden de allanamiento (2016, p. 203), correspondiéndoles el verbo rector “conservar o almacenar”. Agrega a esta distinción que, en el caso de los poseedores, la cantidad incautada es ostensiblemente superior a la de los micro-vendedores o “jíbaros”, ya que un porcentaje significativo de éstos últimos expendía el estupefaciente desde su domicilio.

5.2.4. ARGENTINA:

Tazza considera que su legislación representa una normativa casuística (2008, p. 60).

El amplio catálogo de verbos rectores permite que la doctrina defina diferencias entre, verbigracia, el proveedor que distribuye -lleva la droga- y el que suministra - la persona se acerca a él- (Laje, 1992, p. 108).

Su particular normativa, además, castiga específicamente actos de comercio, requiriendo tanto la habitualidad, como el lucro (Bianco, 2020, p. 30; Tazza, 2008, p. 61 y 77), caso contrario la conducta no engarza en el comercio en sentido escrito, sino en el suministro o entrega de drogas (Falcone, 2014, p. 258).

Su legislación incluye tanto al transporte -con una mayor punición- como a la tenencia, existiendo en su doctrina el debate relacionado a si se requiere, además del mero transporte, una vinculación al ciclo ilícito, conforme plantea Cano (citado por Fichter y Lorea, 2021, p. 3), la cual además debe relacionarse al aspecto subjetivo del agente (Medina, citado por Fichter y Lorea, p. 3); o si en todo caso basta el sólo acto de

desplazarse, desde una configuración de peligro abstracto, conforme se acoge jurisprudencialmente.

Fichter y Lorea consideran que su legislación enmarca tres grandes clases de comportamientos, el tráfico, la mera tenencia y la posesión para consumo (2021, p. 11 y 14). Esta mera tenencia o tenencia neutra es acogida también por Bianco (2020, p. 34).

Por su parte, Gallo analiza la tenencia con fines de comercialización, *nomen* asignado a la posesión, y somete a cuestión si en esta figura basta que el tenedor sea quien directa y posteriormente comercialice las drogas, o si otros deben comercializarla, siendo esta última opción una que a su noción aleja el hecho del principio de la lesividad (2006, p. 132), pues se estaría prohibiendo –y castigando– la tenencia de un objeto en base a los posibles o eventuales planes delictivos de otras personas.

Es de rescatar, de consuno con su forma de estado, que ciertos delitos son conocidos por la competencia federal (almacenamiento, transporte, aplicación, entre otros), por ser considerados de mayor gravedad y connotación. Bajo ese contexto, su jurisprudencia considera que el transporte ha de entenderse como comercialización, así la Sentencia CNCP: Causa 1527 del 7/12/00, caso G.N.A. y otros, considerando que tal actividad constituye un eslabón en la circulación.

Tal como ocurre en nuestro país, con relación a determinar un caso como de posesión o de tráfico, también se aprecian problemas en la casuística argentina, para distinguir casos de tenencia neutra -sin finalidad de comercio acreditada- y de tenencia para comercio, evidenciándose que en ciertos casos, para agravar la conducta de un persona, se la incluye en el segundo supuesto, así Schiffrein revela:

...la tendencia observable en algunos juzgados de la jurisdicción a subsumir toda hipótesis de tenencia que no quepa calificar muy estrictamente como de uso

personal, en el art. 5 inc.c) –almacenamiento- y no en el art. 14, primer párrafo, cuando la desgraciada consecuencia procesal inmediata es impedir la excarcelación del imputado dado el alto monto de la pena máxima y mínima establecida en el art. 5. Esta perniciosa práctica revela un trasfondo en el cual la interpretación de las normas penales deja de ser una garantía de la libertad individual para adquirir el carácter de cruzada, no contra el narcotráfico, muy escasamente perseguido, sino contra elementos débiles y desventajados de la sociedad a los que se tiende a erigir en enemigos internos. (Citado por Falcone, p. 13)

El caso particular de los transportadores personales de drogas –mulas-, también es considerada como un ordinario acto de tráfico, así, entre otras, la sentencia emitida por la Cámara Federal de Córdoba, Sala A del 25/4/2005.

Ha de resaltarse que su legislación y doctrina, consideran circunstancia atenuante si la entrega de drogas es gratuita (Laje, 1992, p. 107), circunstancia no prevista en nuestro ordenamiento, y tampoco encontrada en la jurisprudencia recolectada. Laje, también reseña que su sistema no acoge cantidades para distinguir la tenencia, la distribución o el tráfico.

Finalmente, dada la tipicidad específica del verbo rector “entregar” de sus normas, se considera que el adquirente no podrá ser coautor del que entrega, pues no forma parte de la acción de entregar, (p. 106). A contrario de lo descrito, nuestra casuística califica a los implicados en los “pases” de droga como coautores.

5.2.5. ECUADOR:

También apreció una etapa en la cual la coexistencia con las drogas tenía un cariz de tipo pedagógico – médico (Guevara, 2006, p. 142), y luego ya como un delito económico. En adición, su doctrina critica que esta legislación especial tenga una perspectiva maximalista (Zambrano, 2018, p. 21) y que, como en muchas naciones, se haya transnacionalizado el control (p. 30).

Acogedor también de la política prohibicionista, en 1990 promulgó la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas del 17 de setiembre, la cual desde un discurso radical (Paladines, 2016, p. 7), incluyó la pena de muerte, la acumulación de penas sin límite de tiempo; en la que paradójicamente, no establecía diferencias entre consumidores, mulas, pequeños y/o grandes traficantes (Guevara, 2016, p. 148; Paladines, 2016, p. 32), por lo que es considerada su legislación como una de las de mayor rigidez jurídica de la región, a decir de Paladines (Citado por García, en Ambos, *et al.*, 2017, p. 370).

Conforme con la unánime apreciación doctrinal, su legislación considera una serie amplia de verbos rectores o nucleares, que amplían también considerablemente las posibilidades de incurrir en este ilícito penal, lo que se conoce en la doctrina como una cascada de verbos (López, 2016, p. 243).

Ecuador asume a partir de 2014, con la dación de su Código Orgánico Integral Penal (COIP), la cláusula abierta de España (“o de otro modo...”), y estipulando “que en general efectúe tráfico”, a modo de un “bolso legal”, está “...previendo que si se quedara por mencionar taxativamente alguna acción, o el futuro deparara una nueva forma de actuar o ejecutar este ilícito penal, en aras de lograr la plenitud en el ordenamiento jurídico penal vigente, entraría ese análisis a configurar otra forma de integración de este ilícito penal” (López, 2016, p. 244).

Zambrano hace mención de que sus preceptos también alcanzan como delito pleno, tanto la complicidad como la tentativa (Zambrano, 2018, p. 33), objetándose, además, los aspectos de proporcionalidad en su punición (p. 35).

Conforme revela López, su país también padece de similares problemas vinculados a la cantidad, respecto a la inmediata distinción entre consumidor o traficante (p. 249), difiriendo de nuestra legislación en tanto las cantidades establecidas se remiten a normas externas (p. 248 y Zambrano, 2018, p. 39).

Procesalmente, es de rescatarse, la existencia del recurso de consulta al superior para sentencias o resoluciones que definan medidas coercitivas personales emitidas en procesos por tráfico de drogas y que suspendía toda liberación del proceso en tanto no se resolviera tal recurso, situación cuestionada en su doctrina y que se mantiene sólo para casos previos a la dación de su actual COIP (Guevara, 2016, p. 149).

5.2.6. CHILE:

Para Guzmán (En Ambos, *et al.*, 2017, p. 420), la Ley 20000, es el paradigma de una ley de excepción, un segundo código que destituye los principios rectores del derecho común, con la característica represiva común en las legislaciones americanas (p. 423), considerándolo un alumno aventajado de la Convención de 1961 (p. 431).

Su legislación vigente constriñe en una ley especial las normas típicas, y recoge además delitos, pero inmanentes a otros bienes jurídicos (Politoff *et al.*, 2016, p. 574), informando Politoff, que dicha normativa incorpora por vez primera, al microtráfico (2016, p. 583), el cual se incardina a pequeñas cantidades; término que, a criterio de Ruiz (2009, p. 7 y 20), vulnera el principio de tipicidad.

Es asumido en tal país el carácter amplio de su descripción típica (Bascur, 2015, p. 219), siendo considerado el delito un delito de emprendimiento, por la participación indeterminada en una actividad criminal iniciada o no por el autor (Politoff *et al.*, 2016, p. 575), en las que éste participa una y otra vez (p. 622); o, como se explica desde su jurisprudencia:

...lo castigado es el tráfico de drogas en tanto conducta habitual de un sujeto en orden a la compra, venta e intermediación de ella, sin una referencia necesaria a la situación en que se encuentra específicamente la droga con que el sujeto sea sorprendido; en otras palabras, se castiga el tráfico de drogas y no exclusivamente el tráfico de sólo aquella droga con la que sea efectivamente descubierto o aprehendido un sujeto. (Sentencia de la Corte Suprema, del 23 de mayo de 1995, citada por Politoff *et al.*, p. 620)

A criterio de Politoff *et al.*, (2016, p. 575), sus delitos se agrupan en tráfico *lato sensu*, tráfico *strictu sensu*, microtráfico y otras formas de favorecimiento, bajo el factor común todos de ser actos especiales de favorecimiento del tráfico.

Similarmente al tratamiento español, sus normas penales diferencian las drogas blandas y las duras, remitiéndose a su vez a normas reglamentarias.

Cercana a nuestra nomenclatura, y como opción legislativa, su tipo base alude al inducir, promover y facilitar; los cuales pueden realizarse por cualquier medio, que para Politoff (p. 578), deben ser desarrollados desde los verbos descritos en la Convención de Viena, los cuales han sido incorporados explícita o implícitamente en su ley especial.

A diferencia de nuestro artículo 299, el artículo 4 de la Ley 20000, considera, además de la posesión no punible, al transportar, guardar y portar no punibles. Podría decirse al respecto que, bajo la concepción peruana, la posesión cubriría los supuestos

antes descritos, y aún otros más. La distinción de un transporte de sustancias no punible por la cantidad también fue apreciado en su oportunidad en nuestra doctrina por Hernández, quien hablaba de un transporte de drogas no punible (consumo) y otro punible (tráfico) (2012, p. 118).

Desde su normativa, pueden diferenciarse poseedores y portadores, siendo estos últimos quienes trasladan la mercancía para aquellos, mas no tienen poder de disposición (Cisternas, p. 85), siendo conocidos también como burreros (Politoff *et al.*, 623), quien también incluye en este grupo a los distribuidores. Los portadores, junto con los que guardan la droga, son incluidos en el alcance del verbo tener.

Por su parte, como rescata Bascur (2015, p. 219), su Corte Suprema, considera como cómplice, a la intermediaria de una venta de drogas, comprendiéndola bajo un halo de auxilio –secundario- a la verdadera vendedora, mas no bajo el contexto de una coautoría, como se concretaría en nuestra legislación y jurisprudencia.

Politoff considera que el artículo 18 de su ley, que sanciona expresamente los actos de tentativa, es en realidad superfluo, en tanto por la naturaleza del delito, la tentativa se castiga del mismo modo que la consumación, a nivel de descripción típica (2016, p. 596).

5.3. OPCIONES NORMATIVAS:

Como postulara Arpasi (2019, p. 141), los legisladores, con ocasión de las convenciones asumidas, y para tipificar todo en una aspiración legal –irrealizable, según Zaffaroni 1982, p. 182-, han optado por dos vertientes legislativas, no exentas de problemas (Frieiro, 2017, p. 40).

La primera se enmarca en un carácter descriptivo (Torio, p. 939), enumerativo o casuístico; describiendo una diversidad de verbos, bajo connotaciones tangibles – transportar, vender, entre muchas-, incluyéndose en este grupo a Estados Unidos de Norteamérica, México, Colombia, Bolivia (Arpasi 2019, p. 142), debiéndose incluir a la norma matriz de aquellas, la Convención de 1961 (Ambos y Núñez, en Ambos *et al.*, 2017, p. 34). La dificultad de adoptar esta opción implica que resulta falto de lógica el hecho de aspirar a encuadrar, dentro de una única norma, una serie de verbos distintos. Opinión similar es descrita por Sequeros, pues para dicho autor:

...la formulación española es correcta y no atenta contra principio alguno ni merma derechos del justiciable. Una enumeración casuística de las conductas punibles hubiera sido contraproducente, en el sentido de que no se hubiera podido abarcar nunca todo el espectro de actividades irregulares que se podrían desarrollar en relación con las drogas (2000, p. 102).

Esa imposibilidad de cubrir el universo de acciones humanas es resaltada también por Rey: “Si el legislador no ha predeterminado como debiera el contenido de la norma penal primaria (quizás entre otras razones por la complejidad del tema, y porque es muy difícil descender a contemplar todas las hipótesis que en el mundo de la droga pueden producirse” (1999, p. 79).

En la segunda opción, se tiene una índole genérica, difusa o general, con el uso de frases integradoras (Guillén y Alvarado, 2014, p. 184). Aquí se incardinan Perú, Chile y España, considerando Ambos y Núñez (en Ambos *et al.*, 2017, p. 34) a la primigenia Convención de 1971. Su crítica es recogida por Landrove, al estimar que con ella reaparece el fantasma de la inseguridad jurídica en función de la estructura abierta del tipo (1994, p. 247).

Se puede apreciar también una postura mixta, producto de la adopción combinada de aquellas, que en algunos casos implica partir de una relación casuística de actividades, completada con una relación abierta (Sequeros, p. 106).

Dentro de estas posibilidades, en general, Burnster (1993, p. 30), refiere, que todos los verbos utilizados en las normas penales antidrogas, “denotan por igual acciones jurídicas y materiales, abstractas y concretas, duraderas y episódicas, principales y subordinadas, ejecutivas y favorecedoras, intentadas y logradas”. Agrega también dicho autor que, en relación a los actos jurídicos, son aquellos propios del comercio -vender, enajenar-, mientras que los materiales son aquellos que realizan aquellos actos jurídicos, o los apoyan -transporte, suministro- (p. 33).

Frieyro considera que la opción casuística está más acorde a la exigencia *lex certa*, reconociéndose no obstante que una taxatividad absoluta resulta inalcanzable (2017, p. 41), tal como también lo reconoce Tazza (2008, p. 55).

CAPÍTULO VI: LEGISLACIÓN ANTIDROGAS Y PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL:

6.1 PANORAMA GENERAL:

Vistas las tensiones que sobre los principios generales penales ejerce la normativa antidrogas, resulta necesario verificar su eventual legitimidad desde la perspectiva de las normas constitucionales, así como desde la propia interpretación constitucional.

Prado (1989, p. 395) acota que nuestra nación es, sino la única, una de las pocas que en sus normas constitucionales consigna como expreso postulado la política penal antidrogas, ello inclusive desde 1979 (Rubio, 1994, p. 17). Esa consigna, a criterio de aquel, propicia así la dificultad para diseñar una legislación penal antidroga inserta en los postulados de mínima intervención y racionalidad represiva. Con ello, algunos autores (Olaya, 2014, p. 38) consideran que este tipo de normativas colisionan con el “programa constitucional del Derecho penal”, o que ningún progreso constitucional detiene el retroceso en materia legal (Vivanco, 2013, p. 92).

De otro lado, y tal como precisa Díaz (2011, p. 38), es evidente el enfrentamiento entre las libertades del individuo y la seguridad que busca el Estado, empero ello *per se* no implica una contraposición de intereses, pues los primeros prevalecen por sobre aquellos, debiendo ser estos un medio para el desarrollo de las libertades (p. 123), en aras de fines superiores constitucionalmente relevantes (Montero, 2003, p. 3104), siendo este celo constantemente cuestionado con la creación o uso de normas sustantivas o procesales antidrogas (Uprimny *et al.*, 2013, p. 119).

Bajo otra perspectiva, Hernández (2012, p. 121) considera que la salud pública tiene mayor preponderancia que cualquier actividad económica o la salud individual que

se pueda argumentar en los casos concretos, pues, “Por encima del interés particular del consumidor está el interés general que aquel trata de alguna manera de resquebrajar, dado que su conducta constituye también un medio de difusión de los estupefacientes” (Sentencia Suprema argentina de 1979, citada por Laje, 1992, p. 176); en similar sentido también la STS del 08 de febrero de 1983, al referir que debe prevalecer el bien jurídico abstracto y general...

Desde esa visión, la confrontación del narcotráfico con la salud pública denota una “...grave amenaza para la sociedad y su combate merece la colaboración de la sociedad civil, siendo positivo el papel que asume la justicia constitucional desde sus fueros” (Pichón, 2014, p. 382), pues el narcotráfico es visto como un fenómeno enquistado en la sociedad (Villarroel, 2012, p. 219) que debe ser confrontado abiertamente. Momethiano (2011, p. 323), hizo mención del Recurso de Nulidad 2113-96-Lima, que consideró que esta problemática afecta la estructura social, política, cultural y económica de los Estados. Villanueva (2020), también aludió a las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en los expedientes 7624-2005-PHC/TC (lucha expresa de la Constitución al narcotráfico) y 016-2001-PHC/TC (el narcotráfico como un hecho social despreciable); así también Ríos, enunció los Expedientes 20 y 21-2005-PHC - acumulados- (erradicación absoluta de este flagelo social), que ratifican la posición peruana en este ámbito.

Rosas (2015, p. 102), también rescata la permanente labor constitucional en estas lides, dado que, conforme resalta de la Sentencia 0020-2005-PI/TC, esta problemática afecta en grado sumo diversos valores e instituciones básicas, de donde lo pluriofensivo (fundamento jurídico 138 de tal sentencia, también Espinoza, 2010, p. 86), además de la consideración netamente penal, es de atención constitucional, llegándose a considerar que “amenaza la propia existencia misma del Estado”, o que coloca en riesgo a las

instituciones tutelares (Rosas, 2004, p. 43), al vincularse inmanentemente con otros aspectos criminales (Bernaus, 1996, p. 14), e inclusive penetra la política y la gestión pública en lo cotidiano (Soberón, 1992, p. 59). Es pertinente precisar que también la Corte Suprema reconoce esta perspectiva constitucional, así, por ejemplo, el Recurso de Nulidad 962-2013-Lima.

Este combate jurídico implica que, conforme el fundamento cuarto de la Sentencia emitida en el Expediente 4925-2008-PHC, resulta permisible que el Estado sostenga una política de persecución criminal, restringiendo beneficios penitenciarios a sentenciados por narcotráfico, a fin de compatibilizar los objetivos sociales con los intereses individuales, sin que ello implique un trato discriminatorio.

De consuno con la opinión de Tiedemann (citado por Prado, 2019, p. 423), las constituciones modernas tienden a incluir cláusulas o reglas de penalización, con lo que específicamente para Perú se recogió el afán punitivo contra el narcotráfico, posición esta que es una regla muy propia y singular de nuestro sistema jurídico nacional (p. 424), calificada no obstante por Prado, como reglamentarista.

Adicionando a lo precedente, Torres (2011, p. 5) considera que existe una dicotomía constitucional, pues a la vez que se obtiene beneficios de las drogas lícitas - sociales-, se pretende además luchar contra las ilícitas. En Uruguay, también se aprecia esta ambivalencia (Galain, en Ambos *et al.*, 2017, p. 337), en una política de reducción de daños.

Otra evidencia de la protección constitucional en relación a la lucha contra el narcotráfico, puede apreciarse de la figura del Recurso de Agravio Constitucional excepcional (Sentencia del expediente 2748-2010-PHC/TC, de relativa corta data, que permite a la Procuraduría antidrogas acudir al Tribunal Constitucional cuando en procesos

constitucionales relacionados al narcotráfico se haya emitido sentencia estimatoria a favor de procesados, y que recibiera mayor desarrollo en las Sentencias emitidas en los expedientes 5811-2015-PHC/TC y 2663-2009-PHC/TC. Siguiendo a Pichón (2014, p. 380) esta posición jurisprudencial resulta necesaria para salvaguardar el artículo 8 de la Constitución, y a la vez para no entorpecer el desarrollo de procesos penales por narcotráfico.

6.2. POSICIÓN CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS PRESUNTAMENTE LESOS.

Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ya la oportunidad de pronunciarse con relación a lo draconiano de las penas antidrogas, así en la aludida Sentencia del Expediente 2748-2010-PHC (fundamento 15), considera que las penas severas son proporcionales a los bienes constitucionalmente protegidos que se afligen, pero sin llegar a afirmar, como lo hiciera su homólogo costarricense, que la política criminal era potestad exclusiva y discrecional del legislador (Chinchilla, p. 21). Córdova (2004, p. 13), inclusive llegó a considerar que la pena agravada (que se redujo a quince años), resultaba una penalidad benigna, en contraste con el contexto con el que Estado se enfrenta. Taboada (Citado por Prado, 2019, p. 426) menciona a la Sentencia 3285-2009-PHC, la cual define como una obligación del Estado el sancionar conductas de esta índole, así como a la Sentencia 33-2007-PI, que recoge la necesidad de penas intimidatorias y la Sentencia 2283-2006-HC sobre el deber de combatir este delito. A la severidad de las penas, se asume también la criminalización del tráfico “con respeto de los principios y derechos constitucionales” (Fundamento 122 de la Sentencia 0020-2005-PI/TC).

Con relación a los actos preparatorios, también el Tribunal analiza positivamente la conspiración *in genere*, así la Sentencia emitida en el Expediente 0022-2011-PI-TC, considerando justificada su existencia en función de los intereses jurídicos protegidos.

Enmarcados en tal contexto, también se ha apreciado desde la perspectiva constitucional, la eventual indeterminación de los tipos penales. En España, su Tribunal admite cierto margen de indeterminación -STC 24/2004, del 24 de febrero-; pues no se está constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para cada descripción típica; siempre y cuando se acompañe de normas de desarrollo sobre sus elementos normativos.

6.3. CASUÍSTICA:

Villarroel (2012) recoge numerosa jurisprudencia constitucional alusiva a esta permanente égida constitucional, así las sentencias emitidas en los expedientes:

7624-2005-PHC: Relativa a la ampliación excepcional del plazo de detención -del antiguo sistema procesal penal- para casos de narcotráfico, que constituye inclusive doctrina jurisprudencial.

2748-2010-PHC: Sentencia mencionada *ut supra*, y relacionada a la insuficiencia del plazo de la investigación preparatoria -del actual sistema procesal penal- para combatir casos de narcotráfico.

4750-2007-PHC: Que reitera la necesidad de existencia de penas severas proporcionales a los bienes protegidos -fundamento 12- y define también la constitucionalidad de la técnica especial del agente encubierto. De esta sentencia, resalta Rosas (2015, p. 104) además que nuestro Tribunal prescribe que los Convenios establecen la obligación de tipificar como delitos en el derecho interno todos los actos del ciclo de la droga (Fundamento jurídico séptimo).

03154-2011-PHC: Vinculada a la constitucionalidad del agente encubierto y al uso de políticas criminales eficientes contra el narcotráfico.

0887-2010-PHC: Vinculada al acceso de información pública en casos de narcotráfico.

0330-2002-PHC: Vinculada a la duplicidad automática de plazos de detención en casos de narcotráfico.

Para Villarroel (p. 239) las sentencias reseñadas marcan pautas en la lucha contra el Tráfico desde la jurisprudencia constitucional; sin embargo, considera que existe una tendencia a minimizar garantías y derechos a los procesados, amparándose en el artículo 8 de la Norma Fundamental, lo que conlleva, desde su apreciación, una vulneración abierta e ilegítima de derechos fundamentales (p. 240).

Como menciona Prado, ni la doctrina penal ni constitucional analiza a fondo el contenido del artículo 8 de nuestra Carta Política (2019, p. 425), labor que sí realiza el Tribunal Constitucional, conforme hemos podido apreciar *ut supra*.

De lo bosquejado, podemos apreciar que, en el balance, el rol del Tribunal Constitucional es activo en relación con la lucha contra el tráfico de drogas, pues expresamente se consigna en la propia Carta Magna (así como en la de 1979, como lo recuerda Ríos, 2009, p. 120) el combate contra tal fenómeno como política nacional, y desde esa misión, se tiene una consagración del interés social frente al interés particular (Nakano, 2007, p. 202), posición asentada en vasta jurisprudencia constitucional, verbigracia la Sentencia en Proceso de Inconstitucionalidad 32-2010-PI/TC, por la cual se prepondera la salud pública sobre el libre desarrollo de los fumadores, en el marco de un paternalismo jurídico.

El Tribunal Constitucional Español, por su parte, en la Sentencia 8/81, del 21 de junio, consideró que los tipos genéricos no son inconstitucionales, pues pueden integrarse

con otras normas y pueden también contener conceptos indeterminados, mas no al punto de quedar a decisión arbitraria de los jueces.

Con lo descrito, compartimos la reflexión de Torio, cuando afirmaba que el tipo “se mantiene dentro de los límites constitucionales, pero en tensión con las exigencias de claridad y precisión que dimanen del principio de seguridad jurídica” (1989, p. 949).

Tal postura ha sido también asumida por la Corte Suprema, así se tiene el precedente vinculante contenido en el Recurso de Nulidad 3544-2011-Ayacucho, en la cual, desde la obligación constitucional aludida, exige imponer la inhabilitación accesorio del artículo 39 del Código Penal

CAPÍTULO VII: JURISPRUDENCIA

7.1. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL:

En nuestro país, de consuno con la evolución jurisprudencial, las sentencias emitidas en el siglo anterior no contenían un profuso desarrollo doctrinario o dogmático, limitándose a mencionar la convicción de las pruebas y a consignar el artículo penal respectivo, sin mencionar jurisprudencia relevante atinente al caso en ciernes, o sin profundizar en los verbos rectores que específicamente calificaban la conducta enjuiciada. Tales limitaciones se reflejaban inclusive a nivel supremo, donde en muchas oportunidades se definía un caso con resoluciones de una sola hoja.

Desde ese panorama, la jurisprudencia sobre narcotráfico padecía tales observaciones, así se tiene, por ejemplo, la sentencia recogida por Silva (1973, p. 108), relacionada a venta de drogas en un domicilio del Callao, acaecido en 1970, donde se consigna solamente que el delito es el de “Tráfico ilícito de estupefacientes” -consignando sí una modalidad, aunque no regulada expresamente en normas coetáneas, como el expendio- y referir que se encuentra contenido en la Ley 11005, artículos 4 y 11, sin precisar porqué se incluía en dicho articulado y mucho menos en qué parte de dichos artículos encuadraban estrictamente la conducta sancionada. La ejecutoria suprema resolvió en 38 líneas la responsabilidad de los procesados, mas no mencionó siquiera el artículo aplicable. Similares limitaciones se aprecian de la sentencia 117-70 (p. 116) en la que, sin más, se menciona sólo el número del artículo de la ley aplicable.

Otra sentencia por reseñar es la emitida en 1972, en donde fue condenada una persona por haber aceptado, sin contraprestación alguna, acompañar a otro a comprar marihuana en el Callao y contactarlo con el vendedor, indicándose en la fundamentación

que se le debía condenar “...porque la ley sanciona como autores a los que de cualquier manera coadyuven al tráfico...” (p. 119). Se aprecia aquí que los alcances extensivos y punitivos del delito abarcaban a quienes inclusive la teoría general penal considera como cómplices secundarios, asignándoles antes bien la legislación antidrogas la calidad de autores. En aquellos años, existieron decisiones que consideraban que quien transportaba aquellas sustancias, en realidad las comercializaba, así la Resolución Suprema 2742/70-Piura.

Con relación a la tentativa en narcotráfico, existió casuística que insólitamente la acogió, así la emitida por la Corte Suprema en el Expediente 3407/80-Loreto, en la que la encausada no logró abordar el avión al ser intervenida con droga oculta, considerándose que tal acto fue un comercio frustrado, y que de acuerdo a las disposiciones generales comunes debía considerarse el delito en tentativa (Espinoza, 1998, p. 179), resulta empero cuestionable tal decisión por apartarse de los criterios generales “especiales” del narcotráfico. En el mismo sentido, se consideró como tentativa la acción frustrada de viajar con droga, en el aeropuerto internacional, conforme resolvió el Expediente 2099-81-Lima. De reciente data, y también de forma muy aislado, el Recurso de Nulidad 765-2011-Lima.

7.2. VISIÓN JURISPRUDENCIAL ACTUAL – INDEFINICIÓN ENTRE LOS VERBOS “PROMOVER”, “FAVORECER” Y/O “UTILIZAR”.

Ya en épocas cercanas, la necesidad de una debida motivación surgió en la dación de resoluciones judiciales, como parte de un debido proceso y del sometimiento al cumplimiento pleno de las garantías constitucionales, al igual que en las categorías de imputación objetiva, sobre las cuales Acostupa reseña cierta jurisprudencia (2014, p.133 a 136), y así también Vega (2014, p. 330 y siguientes). Aunado a ello, y con el

advenimiento de la normativa procesal penal de raigambre garantista, la motivación elevó sus estándares, y así fue requerido a nivel constitucional, conforme nos lo recuerda Reyna (2018, p. 225), al enunciar a las sentencias emitidas en los expedientes 3379-2010-PA/TC-Lima y 2579-2012-PA-TC-San Martín, con referencia a las decisiones fiscales.

En esa línea, la jurisprudencia suprema concerniente al narcotráfico incidió ya en muchos de sus aspectos dogmáticos -si bien no plena, ni uniformemente-, reconociendo Mangenlickx (2012, p. 19), que la actividad judicial no redunda en precedentes. Basados en parte de la recopilación jurisprudencial de Rosas (2017, 115), se tiene:

- Recurso de Nulidad 118-2020-Lima Norte: Es, sino la única, una de las pocas sentencias en las que se realiza una distinción de los verbos rectores, basada en doctrina -limitada no obstante a una sola fuente-, pero a la vez opta por encasillar el caso *sub examine* -una transacción común de drogas con dinero incautado-, como acto de favorecimiento y facilitación, excluyéndose la promoción, por considerarla un “exceso en la nomenclatura”, siguiendo siempre la distinción doctrinal planteada.
- Recurso de Nulidad 472-2010-Apurimac: En esta sentencia se condena a un conductor que lleva comida a las personas conocidas en el argot del narcotráfico como “mochileros”, sabiendo que aquellos cumplen tal función, considerando el Tribunal Supremo que su calidad no es la de coautor, pues no ejecutó con aquellos el transporte de droga, pero al haber auxiliado en la ejecución del delito, fue considerado como cómplice primario, en tanto que el contexto de las circunstancias en que se desarrollaba -zona alejada- el delito hacía necesario su aporte. Más allá del debate relacionado a la calidad de participación en el delito -autor, coautor, cómplice primario o secundario-, y como se desarrollará posteriormente, la doctrina y jurisprudencia española, que han desarrollado

intensamente la dogmática con relación a este delito, toda persona partícipe en narcotráfico resulta considerado autor, con la misma punición, indistintamente a su calidad de participación.

- Recurso de Nulidad 593-2003-Ayacucho: Esta decisión, contra lo resuelto en la precedente, consideró que, quien presta asistencia en tráfico, cortando leña para el cocimiento rústico de cocaína realizado por terceros (zonas alejadas), ostenta calidad de cómplice secundario.
- Recurso de Nulidad 2580-2011-Puno: Esta resolución consideró que, contar con un laboratorio rústico de elaboración de drogas en el propio domicilio, constituye promoción al consumo de drogas mediante actos de fabricación; sin embargo, no explicó por qué sólo se tomó dicho verbo, ni tampoco explicó qué alcances tiene dicha acción.
- Recurso de Nulidad 2929-2015-Lima: En esta sentencia, se distingue también el contenido de los verbos promover, favorecer o facilitar -sin indicar qué fuente basa su distinción-, pero no señala expresamente en cuál verbo -o todos los verbos juntos- recae el caso, en tanto absolvió al impugnante, habiendo resultado innecesario tal previo desarrollo, si no se superó el filtro de la responsabilidad penal. Cabe adicionar que, sobre el hecho enjuiciado, el impugnante beneficiado fue imputado de acondicionar drogas en cápsulas para su ingestión por terceros, calificándose el hecho -o manteniendo la calificación primigenia- como promoción o favorecimiento.
- Recurso de Nulidad 469-2008-Callao: En la decisión analizada, se recoge la imputación formulada en instancias inferiores -y no se cuestiona la misma-, considerándose que, desde la función de asistente de turismo, comprar pasajes para *burriers*, resulta una complicidad secundaria, al ser una conducta de

asistencia que favoreció periféricamente al delito. Es necesario indicar que tampoco en esta resolución se hizo alusión a una eventual distinción de los verbos o a la aplicación excluyente o concurrente de alguno o algunos de ellos al caso. Bajo la misma calidad secundaria, se considera a aquel que cuida o almacena una maleta con droga, conforme el Recurso de Nulidad 58-2017-Lima. En esta ambigüedad, el Recurso de Nulidad 1341-2019-Nacional, precisa que vigilar un inmueble que almacena drogas, no deviene en complicidad secundaria, sino en plena autoría, mientras que el Recurso 2389-2018-Nacional, considera secundario al que alquila un inmueble para acopiar droga.

- La Casación 1135-2018-Madre de Dios, recoge la expresión “sub tipo favorecimiento”, aunque sin justificarla.
- Y, por su parte, El Recurso de Nulidad 1380-2017-Sala Penal Nacional, desarrolla ampliamente el uso de indicios en el caso, y considera además que el transporte de drogas en vehículo corresponde al primer párrafo.

7.3. VISIÓN JURISPRUDENCIAL ACTUAL – INDEFINICIÓN PARA APLICACIÓN DEL PRIMER O SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 296.

Desde otra perspectiva, no sólo existen discrepancias entre qué verbos utilizar -o el uso en combinación total o parcial-, sino que la aplicación del primer o segundo párrafo también diverge.

Conforme es previsible avizorar, la figura del *burrier*, recibe opuestos pronunciamientos, de primer orden se tienen los Recursos de Nulidad 1485-2011-Lima (ingreso de drogas al penal en cavidad vaginal), 4019-2011-Santa (agente penitenciario ingresa al penal con drogas), que consideran que su actuar se incardina en el segundo párrafo, como posesión de drogas. Por contraparte, copiosa jurisprudencia, y entre ella, a modo de ejemplo, los Recursos de Nulidad 2816-2013-Junín, 2826-2010-Callao y 2426-

2005-Ica, consideran que la calificación jurídica corresponde al primer párrafo, como actos de favorecimiento.

Con relación a circunstancias diferentes, el Recurso de Nulidad 249-2015-Lima, considera que ser intervenido con una mochila fuera de un domicilio constituye posesión de drogas y ratifica la pena privativa de libertad suspendida impuesta, reduciendo una pena efectiva, al considerar que se trataba de un abogado. Vale anotar que un caso similar, se registra en el Recurso de Nulidad 2143-2016.

El Recurso de Nulidad 830-2019-Lima Norte, considera un acto de transporte de droga camuflado debajo de un asiento como posesión, mientras que el Recurso 1470-2015-Santa encuadra en este tipo a los que transportan la droga en bodegas de buses. Como en muchas ocasiones, para este caso el supremo colegiado sólo opta por mantener la imputación jurídica, sin profundizar o cuestionar tal aspecto.

Peña (2011a, p. 75) describe la ejecutoria emitida en el Expediente 100-2004-Callao, que califica dentro del tipo base, la labor de captar personas para labores de *burrier*. De este modo, se aprecia que aun cuando no existe una inmediata relación con la propia droga, la actividad desplegada coadyuva en el tráfico y así, resulta punible.

Al caos recogido, puede agregarse el Recurso 2811-2014-Moquegua, que asume al transporte de droga como un acto de favorecimiento, mediante actos de tráfico, transporte y además, posesión.

Se puede apreciar con las sentencias que se han emitido buscando - infructuosamente- distinguir la posesión con los concretos actos de tráfico, la pluralidad de agentes (Acuerdo Plenario 3-2005), la situación del *burrier* (Acuerdo Plenario 3-2008), la sustitución de penas con ocasión del Acuerdo Plenario 3-2005 (Recursos de

Nulidad 1500-2006-Piura y 1920-2006-Piura, citados por Arbulú, 2012, p. 612 y 615), por citar solo algunos ejemplos.

7.4. CASUÍSTICA Y TIPIFICACIÓN:

Caso Fernando Zevallos (Expediente 24-2001, Primera Sala Penal para reos en cárcel): Amén de lo mediático del caso en nuestra nación, el mismo abarcó un sinnúmero de circunstancias, personas, delitos y actividades. Con relación al aspecto dogmático, si bien se menciona cierto desarrollo relativo a las conductas en general del tipo penal, no analiza si todos -o algunos- de los verbos rectores calzan a los hechos investigados, sino se constriñe a evaluar la concordancia fáctica y probática, concluyendo en la responsabilidad penal de su conducta y considerándola sin más en el artículo 296 -sin precisar el párrafo-. El Recurso de nulidad 1882-2006-Lima, confirmó la condena con relación a dicho procesado, pero sin rebatir la calificación jurídica de la modalidad básica, posición que no compartió la Fiscalía Suprema, al pedir previamente que se devuelvan los actuados hasta el inicio del proceso penal, exigiendo al Fiscal Antidrogas una descripción clara y precisa de los hechos configurativos del delito de tráfico de drogas. Algunos comentarios a dicha sentencia (Configuración del delito de Tráfico Ilícito de Drogas. El caso Fernando Zevallos. 2006) no profundizan tampoco la correspondencia exacta de los hechos a los verbos rectores.

Villanueva (2020, p. 125) anota la Ejecutoria 4619-2006-Chincha, la cual asume la distinción de los verbos rectores desde la concepción de Prado Saldarriaga, y así se promueva el consumo, cuando éste no se ha iniciado; se favorezca cuando se permite su expansión y que se le facilite cuando se proporciona la droga a quien ya está iniciado en el consumo.

Resulta importante mencionar también a la recopilación de jurisprudencia que, sobre actos específicos de fabricación de drogas, Rosas presenta su obra (2018B, p. 130), así los Recursos de Nulidad 727-2015-Cusco, 3588-2014-Junín, 3589-2014-Junín, 1232-2015-Lima, 2900-2014-Ayacucho, y muchas otras.

7.4.1 Primer párrafo del artículo 296:

Otra casuística resaltante es que dicho autor (2017, 148 y siguientes) detalla a continuación, y que fueron calificadas bajo el alcance del **primer párrafo**:

7.4.1.1 Acopio de drogas:

Recurso de Nulidad 2033-2015-Lima: Donde por la cantidad comisada (más de una tonelada) se evidencia una posterior comercialización.

Recurso de Nulidad 264-2015-Lima: Donde luego de un allanamiento judicial por información previa de comercialización, y droga y especies afines (cucharas, coladores, bolsas, todas con adherencias) incautadas en un domicilio, se evidencian actos de promoción o favorecimiento. Recordando la impredecibilidad, casos similares son encasillados en el segundo párrafo (1315-2015-Lima y 2399-2011-Huánuco).

7.4.1.2. Acopio en caletas: Recurso de Nulidad 30-2016-Lima.

7.4.1.3 Casos de burrier: Recursos de Nulidad 3223-2014-Callao, 2870-2014-Callao, 2122-2014-Callao y 422-2014-Callao, que son considerados además como actos de transporte.

7.4.1.4 Pistas clandestinas de aterrizaje para la exportación de drogas, Recurso de Nulidad 2917-2015-San Martín.

7.4.1.5 Transporte marítimo para exportación, Recurso de Nulidad 283-2015-Lima.

7.4.1.6 Casos de encomienda: Recursos de Nulidad 1932-2015-Callao, 3513-2014-Ucayali, 1998-2015-Callao, 3025-2015-Lima, 1642-2015-Lima. Agregamos a esta lista, la contenida en los Recursos 1802-2017-Huánuco y 1692-2017-Lima, que consideran esta modalidad como un favorecimiento –considerandos 2.2 y 2.1, respectivamente-, en similar consideración, el Recurso 324-2019-Callao. Contra aquellas, el Recurso de Nulidad 1666-2011-Lima.

8.3.2 Segundo párrafo del artículo 296:

Si bien nuestra jurisprudencia no se caracteriza plenamente por la predictibilidad, es en la distinción de encasillar un hecho de narcotráfico en los actos de tráfico o los de posesión donde se aprecia una evidente oscilación, y, como hemos visto en las sentencias precedentes, que tampoco las mismas fundamentan porque los hechos analizados se encasillan en uno u otro verbo (p. 145, y Rosas, 2017, p. 116).

Rosas (2017, p. 115), de similar modo, recopiló sentencias supremas que evidencian esta ambivalencia, y que requieren una necesaria toma de posición, así:

Recurso de Nulidad 2566-2015-Lima, sobre un envío de drogas por vía aérea internacional, fue nominado como “posesión con fines de comercialización”, pero calificado en el primer párrafo, confundiendo los términos de ambos párrafos.

Recurso de Nulidad 1334-2015-Lima y Recurso de Nulidad 2406-2015-Huanuco, sobre incautación de drogas en un domicilio contenida en envoltorios, junto a especies destinadas para venta al menudeo, fue calificado en el primer párrafo. Contrario a ello, en los Recursos de Nulidad 551-2015-Lima, 299-2015-Lima y 1682-2019-Lima, la misma conducta antedicha, fue calificada en el segundo párrafo.

Recursos de Nulidad 2257-2015-Apurímac, 3145-2014-Junín y 2999-2014-Huanuco, referidos al típico transporte de droga en vehículo, calificaron la conducta bajo la luz del primer párrafo, y en este mismo criterio, se calificó ya no el propio transporte de drogas –pues sólo fueron encontradas adherencias de aquellas-, sino el favorecimiento en general, así el Recurso de Nulidad 1690-2016-Ayacucho. Por contraparte, los Recursos de Nulidad 175-2016-Lima, 3321-2015-Lima y 3292-2015-Lima, calificaron la misma conducta en el segundo párrafo, al igual que el Recurso 905-2016-Lima, en donde se encontró a una pareja con droga, pero en un vehículo estacionado.

Como fuera descrito precedentemente, también la jurisprudencia nacional toca asuntos periféricos, como la exigencia de que la posesión no sea fugaz, así el Recurso de Nulidad 1232-2010-Loreto.

Como es palmaria la falta de uniformidad jurisprudencial, en las siguientes líneas podemos notar que, para hechos idénticos a los precedentes, se ha resuelto considerar que calzan en el segundo párrafo, así:

Recursos de Nulidad 2423-2014-Callao, 299-2015-Lima Sur, 551-2015-Lima y 2592-2016-Lima: Personas intervenidas con droga en su vestimenta en la vía pública, y luego se les incauta droga en sus domicilios. Dichos casos son considerados como posesión. Contra hechos similares, el Recurso de Nulidad 2406-2015-Huánuco, tipifica las conductas en el primer párrafo.

En la misma tendencia de incidir en el fondo de la controversia y no en la calificación proveniente, el Recurso de Nulidad 1428-2015-Lima Norte, considera que una persona referenciada como comercializadora, que ante la presencia policial huye y al ser intervenida se le comisa droga, se corresponde con actos de posesión para tráfico.

Abonando a esta confusión, el Recurso de Nulidad 2977-2007, del 17 de enero de 2008, consideró que el condenado –comprador de látex-, si bien no tenía directamente la droga, consideró que la posesión también puede ser mediata –quinto considerando-, pues sigue sujeta a la voluntad de aquel, empero la condena se estableció en el primer párrafo del artículo 296, pues si bien expresamente no mencionó el párrafo base, incluyó la inhabilitación, que para tal fecha sólo correspondía a dicho párrafo.

Bajo similar galimatías, el Recurso de Nulidad 1619-2019, consideró que recoger una encomienda constituye posesión de drogas –cuarto considerando-, empero termina confirmando la condena por delito de favorecimiento –primer párrafo-.

Recurso de Nulidad 1440-2010, donde el intervenido con droga indica al propietario de esta, tal sentencia considera proporcionales las penas impuestas al dueño de la droga (once años) y al intervenido transportándola (cuatro años), aludiendo a un grado de participación, aunque sin definir o distinguir cuál.

Hemos de describir en este acápite también, aquellas que tangencialmente, tomaron una posición, aunque sin explicarla, así tenemos la que estableció la doctrina jurisprudencial para que se configure la agravante por la condición de educador, Casación 126-2012-Cajamarca. Esta decisión, recoge una particular circunstancia, asume como correcta y válida la concordancia del segundo párrafo con las circunstancias agravantes del artículo 297. De su contenido no se advierte el *factum*, tampoco se justifica o explica el encuadre del hecho en tal tipo penal, y menos se explica por qué es correcta tal concordancia con las agravantes. Idéntica doctrina jurisprudencial, construcción argumentativa, y omisiones enunciadas, repite la Casación 738-2014-Cajamarca, relacionado a la agravante por condición de profesional sanitario. Otras sentencias que expresamente refieren la posibilidad de agravar el segundo párrafo son las contenidas en los Recursos de Nulidad 1402-2018-Santa, cuando se imputa el delito a tres poseedores,

4019-2011-Santa, cuando un agente penitenciario ingresa al penal con drogas, y 2964-2011-Ica, cuando se imputan tres coautores en transporte.

7.5. JURISPRUDENCIA COTIDIANA.

Como ha podido apreciarse a nivel supremo la cuestión no se ha analizado pormenorizadamente, y además de ello, los pronunciamientos a tal nivel son incluso divergentes. Si ello ocurre en la última instancia, en la que tiene vocación nomofiláctica, en el quehacer cotidiano, la discrepancia aún es inconmensurable, así tenemos, sólo como una minúscula muestra casos de un mismo distrito judicial, en los cuales en períodos cortos de tiempo y en hechos iguales, la opinión judicial es diferente (Arpasi, 2019, 149), así:

7.5.1 Piura:

Expediente 918-2017-Sullana: Una persona transita sospechosamente con una mochila con una bolsa conteniendo 198 gramos de Pasta básica de cocaína. Este hecho es considerado en el primer párrafo del artículo 296 del Código Penal.

Expediente 303-2017-Los Órganos: Una persona transita sospechosamente con una mochila con cinco bolsas conteniendo 304 gramos de la sustancia antes mencionada. La conducta es calificada en el segundo párrafo del artículo 296.

7.5.2: Ucayali:

Expediente 1327-2017-Pucallpa: Una persona se encuentra fuera de su casa, la policía se le acerca y percibe un olor característico a drogas dentro, ingresan al inmueble y se comisa al interior del inmueble un plato y bolsas conteniendo un total de 512 gramos de Pasta

Básica de Cocaína. La conducta es calificada como Favorecimiento al consumo drogas, es to es, el primer párrafo del citado artículo.

Expediente 2519-2017- Pucallpa: Una persona se encuentra fuera de su casa, la policía se le acerca y se percibe un olor a drogas al interior de su domicilio, ingresan a la casa y se comisa un paquete, 1 bolsa y 36 bolsitas conteniendo un total de 1.881 kg. de marihuana. El hecho fue considerado posesión de drogas (segundo párrafo).

7.5.3: Loreto:

Expediente 2708-2018-Iquitos: Un sujeto está sentado sospechosamente con una mochila, la policía le interviene y al interior de la mochila había una bolsa con 206 gramos de Marihuana. El hecho se califica como Favorecimiento, primer párrafo del citado artículo.

Expediente 1029-2017-Iquitos: Un sujeto está junto a una moto con una mochila, la policía le interviene y encuentra en su mochila dos bolsas conteniendo 105.4 gramos de Marihuana. El hecho se califica como Posesión (Segundo párrafo).

CAPÍTULO VIII. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 296 DEL CÓDIGO PENAL:

8.1. CONSIDERACIONES GENERALES:

Se dijo anteriormente que el prohibicionismo mundial generó la actual legislación antidrogas nacional, la cual no sólo pretendió expandir esta corriente, sino además buscó que su alcance fuera intenso, por lo que el combate legal que surgió, globalmente requirió “una tendencia general de las legislaciones penales sobre drogas a apartarse de los principios generales del derecho” (Escohotado, p. 17), llegándose a considerar tal apartamiento inclusive como una “...incoherencia frente al resto de la legislación procesal y penal...” (Díaz, 2011, p. 20), o como una excepción al Derecho Constitucional Democrático de Derecho (Olaya, 2014, p. 55), que trajo consigo Ilícitos penales especiales (Villarroel, 2012, p. 224), con términos muy elásticos (Orts, 2004, p. 800; Torio, 1989, p. 939; Pardo, en Zambrano *et al.*, p. 365; Zilli, Rocha y Giráo, en Ambos *et al.*, 2017, p. 515), que en ocasiones contradicen los Códigos Penales y las Constituciones (Del Olmo, 1990, p. 293; Vives, 1995, p. 68; Joshi, 1999, p. 177; Rey, 1990, p. 155 y 1999, p. 21), llegando a considerarse derogados (Joshi, p. 250), excluidos (Boix, citado por Joshi, p. 251), rectificados (Torio, 1989, p. 948, o restringidos, p. 947) quebrados (Diez, 2007, p. 762; Queralt, 1992, p. 119), suprimidos (Guillén y Alvarado, 2016, p. 186) o desconocidos (Laurenzo, 1994, p. 14) sus tradicionales principios penales.

Lo mencionado viene a colación en tanto aquella opción revirtió muchos principios generales del derecho penal. Las convenciones internacionales impusieron al siglo precedente que toda tentativa o acto preparatorio se considere punible como consumado, que todo auxiliador se considere un pleno autor, que las conductas no fueran ya precisas -matar, lesionar, despojar-, sino que se establezcan etérea (favorecer,

promover) o copiosamente (Del Olmo, 1990, p. 294), con lo que un delito previamente desconocido se elevó en fuente principal de condenas (Escohotado, p. 18), y así “...con poca técnica, pero con notable expresividad...” (Queralt, 2002, p. 717) se legisló y se aplicó tal normativa hasta nuestros tiempos, en clara expresión de un Derecho Penal del enemigo (Olaya, 2014, p. 53; Prado 2007b, p. 747), de un “Derecho penal de la puesta en peligro” (Gallo, 2011 p. 126), peligrosista (Chirino, en Ambos *et al*, 2017, p. 227), máximo (Guevara, 2006, p. 145) o de tercera velocidad (Iberico, 2016, p. 51, 56 y 113; Valdez, 2021, p. 58, 83 y 93) aplicable a las “no personas” (Morillas, 2003, p. 27), caracterizada por la neutralización de riesgos incentivados por la macrocriminalidad (p. 54) la severidad y la relajación de garantías (Falcone, 2014, p. 302) o el debilitamiento del derecho de defensa (Laurenzo, 1994, p. 11), por un enfoque político de progresiva securitización (Soberón, 1992, p. 60; Chirino, en Ambos *et al*, p. 212). De ello, respecto de figuras delictivas comunes, en el narcotráfico existe un rigor punitivo superior (Acale, 2002, p. 31), afianzado ello, por un populismo punitivo (Soberón, 1992, p. 60 y 64), en tanto es el precedente más relevante (Prado 2009, p. 276).

Desde las ideas precedentes, Jakobs (Citado por Ambos, 2010, p. 92), describe que las normas analizadas, vienen a ser:

Leyes de lucha con las cuales se combate individuos, que en su vida económica (drogas y otros) se han apartado probablemente de modo permanente, pero, en todo caso, con cierta seriedad, del Derecho, dicho de otro modo, que no prestan las garantías cognitivas mínimas imprescindibles para ser tratado como persona en Derecho.

Complementariamente Luiz precisa: “La dialéctica de la violencia, que permite la justificación de la existencia del sistema penal en los casos en que la violencia que el

Derecho crea es menor que la violencia que se intenta prevenir, encuentra en la pena la ideal del mal menor” (2012, p. 114).

Como acotara Zaffaroni (citado por Falcone, 2014, p. 271; 2006, p. 29): “...*en los delitos referentes a tóxicos, es punible la acción típica, la tentativa, la participación y la preparación, todos como tipicidades principales... Esta es una clara característica del derecho penal autoritario, que se hace evidente en el Código Rocco, en las leyes nacional socialistas, etc.*”. Y Muñoz, bajo el mismo análisis refirió sobre las leyes antidrogas que hasta 1974 eran derecho penal común, pero al implicarse con razones de seguridad nacional, de defensa de las instituciones y defensa de la actividad sanitaria del Estado, viraron hacia los parámetros actuales (Citado por Falcone, p. 291).

Este nuevo enfoque, que surgió desde el prohibicionismo “...*en su afán de alcanzar objetivos político-criminales, sacrificó ciertos niveles mínimos de moralidad del Estado de Derecho*” (Díaz, 2011, p. 20). Con este sacrificio, para Del Olmo, puede inclusive llegar a entenderse que “se suspenden todas las garantías y se inventa un estado de emergencia permanente” (1990, p. 293), con una tendencia a la aplicación preferente de prisiones preventivas (Prado, 2019, p. 430) y a una punición absoluta (Diez, 2007, p. 762), con ribetes palmariamente represivos (Landrove, 1994, p. 238; Cerezo y Arenas, 2016, p. 4).

Tan impopular fue considerada esta normativa sustantiva que Landrove llegó a considerar que los legisladores: “Convirtieron al artículo de referencia en paradigma de lo que no debe ser un precepto del Código Penal” (1994, p. 242). Y es desde la misma reflexión que Luiz (2012, p. 112), refiere que los efectos secundarios sociales inciden sobre el funcionamiento del sistema de justicia criminal, entre otros, la erosión de la dogmática jurídico penal.

Las críticas antes mencionadas, se pueden apreciar desde una normalización en la adopción de normas draconianas y flexibles, siendo que las leyes de excepción se convierten en habituales (Chinchilla, 2012, p. 3 y 6), y además se han irradiado a otras normas como las que sancionan el crimen organizado, trata de blancas, delitos ambientales y afines.

La tensión esbozada, se reconoce también en Argentina, cuando Falcone precisa que se

...agiganta la contradicción entre el objetivo político – criminal de erradicar, al precio que sea, toda manifestación del mercado ilegal de la droga, y por otro lado, el respeto de los principios de la dogmática clásica, como los principios de lesividad culpabilidad, Estado de derecho, proporcionalidad, etcétera”. (2014, p. 203; también Gallo, 2006, p. 132).

Con lo que la lucha contra el enemigo se desdibuja y convertiría a todos en enemigos (Zaffaroni, citado por Chinchilla, p. 27). A lo que debe apuntarse, como manifiesta San Martín, es a un balance entre las normas internacionales represivas y al respeto a los derechos fundamentales y a las convenciones (1992, p. 150); o, desde la visión de Calderón, la respuesta estatal siempre ha de ser racional y afín a los postulados que orientan el respeto a los derechos fundamentales (2004, p. 38; Comisión Andina de Juristas, 1993, p. 172), con un panorama inclusive internacional (Rodríguez, 2006, p. 77), pero que a la vez consiga una mayor efectividad (Rubio, 1994, p. 22).

Iguales reflexiones comparte Bueno (2005, p. 20) sobre esta evidente fricción:

Pero ello no quiere decir que a la gravedad del tema le corresponda el esmero por parte del legislador en la construcción de los tipos. Nunca ha sido capaz de definir qué es droga, en cambio los actos que integran el tipo han sido

objeto de una generosa locuacidad (seguramente para que no se escape ninguna posibilidad fáctica) en el artículo 368: cultivo, elaboración, tráfico, promoción, favorecimiento.

A las numerosas críticas formuladas, Espinoza, le añade la modificación constante que acaece en la normativa (2010, p. 90), al igual que Mangenlickx (2012, p. 20 y 49), que además adiciona diversas incongruencias advertidas del articulado relativo al delito en examen.

Con todo, la doctrina reseña que, sobre esta legislación, excesivamente rigurosa, la doctrina jurisprudencial tiende a controlar en línea más acorde con los principios básicos de proporcionalidad, seguridad jurídica y culpabilidad (Jiménez, 2007, p. 7 y 10; Laurenzo, 1994, p. 12).

Manjón-Cabeza resume las ideas antedichas:

...en esta materia la legislación española [Antidrogas], tributaria del marco internacional que nos vincula, es extremadamente excepcional, con una dosis de excepcionalidad sólo comparable a las que se dan en el ámbito del terrorismo: adelantamiento de las barreras de protección, castigando como delito consumado comportamientos que están en el umbral de los actos preparatorios materiales generalmente impunes, consideración como autoría de actos de participación... (En Álvarez *et al.*, 2009, prólogo)

A consideración de Tazza (2008, p. 56), la legislación antidrogas peca tanto por exceso, por sus alcances de punición; como por defecto, en cuanto a la precisión de su lenguaje.

8.2. POLÍTICA CRIMINAL ANTIDROGAS Y SU TENSIÓN CON PRINCIPIOS TUITIVO – PENALES.

Desde la panorámica precedente, podemos desarrollar brevemente tales principios o reglas normativas desde su confrontación con instituciones jurídicas tradicionales, que básicamente serían la tentativa (Tazza, p. 2008, p. 82 y 291), la participación (Muñoz, 2014, p. 622; Bretones, 2020, p. 74) y la tipicidad.

Anticipadamente, Agudo, Vallejos y Pérez (2019, p. 168), consideran al narcotráfico como un “superdelito”, enmarcado en un derecho penal especial, ajeno en cierto modo a los principios generales comunes.

7.2.1. CONTRA LA LEGALIDAD:

Si el principio de legalidad, que para Vives (1995, p. 64) encarna la certeza del derecho, a diferencia de los tipos penales clásicos, que mencionan verbos concretos y delimitados; las normas antidrogas, desarrollan “cláusulas de incriminación abierta”, que incluyen verbos vagos (promuevan, favorecen o faciliten), de un amplísimo significado (Sequeros, 2000, p. 79; Cisternas, 2011, p. 92; Ríos, 2009, p. 119; Lorenzo, 1983, 112), o de un amplio espectro (Joshi, p. 176, Asua, 2011, p. 480; Montero, 2003, p. 3100), con falta de precisión (Del Olmo, p. 293), difusos (Pedreira *et al.*, 2009, p. 29; Torio, 1989, p. 941), confusos (Acale, 2002, p. 43), que buscan cubrir todo supuesto fáctico (“*o de otro modo...*”) (Escohotado, p. 1106), de no dejar situaciones sin punir (Cisternas, p. 81), con una tendencia omnicomprendensiva (Bramont-Arias, 2003, p. 69; Luengo, 2017, p. 97; Muñoz, 2014, p. 622), para evitar lagunas de punibilidad (Chinchilla, 2012, p. 4 y 18; Falcone, 2014, p. 201) y así, se castigue toda conducta favorecedora al consumo de drogas (Orts, 2004, p. 799). El término “tipo caucho” (STS del 328/2009, del 31 de marzo), describe plenamente la connotación de esta tipificación.

Desde un punto de vista dogmático tradicional, estos cambios drásticos generaron no pocas críticas, así, prontamente Beristain (1974, citado por Escohotado, p. 911), consideró esta relativamente nueva opción legislativa como una hipertrofia punitiva (también Queralt, 1992, p. 119), y a aquellas imprecisas figuras delictivas, como una incriminación arbitraria, que no respetan el tradicional principio de legalidad (p. 1106), así también Rosas (2018B, p. 125), Espinoza (2010, p. 92) y Molina (2006, p. 290), agregando Joshi que la confrontación se da además con los principios de determinación y tipicidad (1999, p. 114), y, para Díez, también con la seguridad jurídica (2007, p. 748 y 768).

García (2006, p. 90), cuestiona también el desarrollo de estos nuevos principios generales, proponiendo las siguientes reflexiones:

...sobre la base de la construcción de esta clase de tipos penales, elaborados en torno a delitos de peligro abstracto definidos en referencia a otras normas no penales, incluso de rango jerárquico inferior al de la misma ley, se pone aún más claramente de manifiesto cómo tiene lugar una vulneración del principio de legalidad que podríamos calificar casi de “subliminal” en tanto si bien, sólo en apariencia, se da cumplimiento al mandato de certeza que éste impone, no obstante, es evidente que el núcleo definidor de la conducta típica resulta totalmente indefinido, es más, puede hasta estar descrito vía reglamentaria, de manera tal que incluso la reserva legal que de la materia penal impone el mandato de la ley escrita carece de eficacia, y todo ello consecuencia directa del empleo del efecto represivo del que goza el Derecho Penal para así lograr una mayor eficacia en la prevención de meros ilícitos administrativos.

Similar postura crítica esboza Vives, al decir que básicamente existe una adecuación literal al principio *nulla poena sine lege*, mas no una adecuación a su

significado esencial, pues se advierte de esta normativa una existencia de infracciones repetidamente denunciadas al “*principio de legalidad por medio de la ley*” (Amezúa *et al.*, 1977, p. 551, y 1995, p. 47).

La doctrina nacional (Peña Cabrera, 2012, p. 166), comparte los cuestionamientos precedentes, al considerar este tipo de legislación como la “...*manifestación palmaria de un Derecho Penal en realidad represivo y autoritario...*”, “...*que reprime duramente la comercialización de las denominadas “drogas prohibidas...”*” (p. 162); y coincide igualmente en considerar que así planteadas las normas, no es admisible ni la tentativa, ni la participación en sentido estricto. El mismo extremismo consideró García (2005, p. 18) calificando esta legislación en una excesiva criminalización, y en una extensión desmesurada, tanto en la tentativa como en la complicidad (p. 19), así también Rey (1990, p. 81; 1999, p. 21).

Una crítica amplia se puede apreciar de las siguientes reflexiones:

Los tipos consagrados contemplan demasiadas conductas alternativas, algunas de las conductas mencionadas en ellos son excesivamente abiertas, en otros hay falta de precisión sobre la relación entre los comportamientos que corresponden a los verbos que definen las conductas respectivas y el objeto material sobre el que ellas recaen, otras veces faltan claridad entre esos verbos y las circunstancias, contempladas por las mismas normas que agravan o reducen las penas. (APEP, 1990, p. 154)

Esta opción agresiva, busca alcanzar todo ámbito relacionado a las drogas, desde la propia manipulación de materias primas (semillas, plantas, insumos), transitando por la fabricación de las drogas, su tráfico e inclusive sobre sus efectos o ganancias, sancionando también toda conducta que coadyuve en ese derrotero. Ello para intervenir

en todo el ciclo económico de las drogas (Fichter y Lorea, 2021, p. 10), o en toda la cadena de comercialización de la droga (Cisternas, 2011, p. 23; Rodríguez, 2006, p. 67), como parte de un proceso para causar daño en la salud (Ramírez, 2004, p. 14) y así la legislación prohibicionista deviene en omnicomprensiva (Escohotado, p. 18) y con un valor paradigmático (Vives, 1995, p. 68), que requiere, para consideración de Burnster, una red muy tupida (1993, p. 31). Si conforme describe Rodríguez (2006, p. 60), el Derecho Penal es ejercicio de violencia institucionalizada, las normas bajo estudio son las más incisivas.

Esta agresiva -y difusa- expansión, ocasiona que, *“Si el legislador no dicta normas claras, precisas y adecuadas a la Constitución, transfiere a los Tribunales el problema de hallarlas”*, tal como advierte Vives (1995, p. 69), y como lo enuncia en particular Ríos (2009, p. 122), al decir que los verbos descritos y desarrollados por la jurisprudencia, son un “esfuerzo hermenéutico por dotar de contenido al término tráfico”, en similar posición a la que esbozara antaño Torio (1989, p. 942), o también en tiempos más recientes Bueno, para quien aquellos términos son sin duda conceptos jurídicos indeterminados, susceptibles no obstante de determinación (2005, p. 15); en igual sentido Rodríguez, al considerar que tal determinación exige actuación jurisprudencial (En Vidales *et al.*, 2014, p. 176).

Desde una apreciación general, Torres incluye esta legislación dentro de un panorama de incoherencia, simbolismo, desorden y falta de proporción (2011, p. 7), que coloca a la persona entre dos fuegos, el de los narcotraficantes y el del Estado represor (APEP, 1990, p. 260).

Si bien es amplio el sector doctrinal que critica justificadamente el carácter abierto de esta legislación, Sequeros (2000, p. 96), Caro (En Ambos, *et al.*, 2017, p. 198) y Espinoza (2010, p. 93) consideran que la descripción abierta puede considerarse acertada, pues difícilmente cualquier actividad humana con proyección exterior puede eludir su

radio de comprensión, quedando absorbidas en las modalidades de promover, favorecer o facilitar todas las variedades de la acción, resultando por ello correcta y no atentatoria de principio alguno (Sequeros, 2000, p. 102). Así, siguiendo el ejemplo de Acale (2002, p. 47), si un conjunto de personas se dedica a la compraventa de grandes cantidades de drogas, con independencia de que cada uno realice una concreta aportación, por ejemplo, el transporte, todos responden como coautores del delito de tráfico de drogas.

7.2.2. CONTRA LOS GRADOS DE PARTICIPACIÓN:

Tal como recuerdan Manzanares (2016, p. 1216), Blanco (2005, p. 386), García (2005, p. 55) y Sequeros (2000, p. 126), desde un concepto unitario (Corcoy, 2011, p. 628; Morillas, 2003, p. 29; Vivanco, 2013, p. 44) o extensivo de autor (Joshi, p. 180 y 304; Pedreira, 2009, p. 46; Pérez, p. 593 y 606 y Luzón, 2018, p. 329; Rodríguez, citado Rosas, 2019b, p. 326) se califica de tal a quien contribuya causalmente de algún modo a la realización de un delito; así también Prado, quien afirma que se reprimen conductas de participación (como instigación o complicidad), y se les otorga calidad de delitos autónomos (2007a, p. 62; también Rey, 1990, p. 155), confundiéndose así la autoría y la participación (Acale, 2002, p. 31), dado el entendimiento plano al que fuerza la ley (Queralt, 2002, p. 715), o, como menciona Blanco (2005, p. 386), por la propia voluntad del legislador.

Bajo la misma óptica, Rosas (2018B, p. 124, 2017, p. 121 y 136; 2019b, p. 320) y Almanza (2020, 1h15m) consideran que quien facilita el delito de narcotráfico -no siendo autor directo-, se convierte en coautor, y así, no se atisba una complicidad -se asume como autoría plena- en el tráfico de drogas (Rosas, p. 155). Consecuencia similar asume quien intermedia entre comprador y vendedor (Manzanares, 2016, p. 1216). Esto lleva a Olaya (2014, p. 53) a indicar que esta legislación regula meros comportamientos

de participación y aún de naturaleza periférica, situación que desnaturaliza el derecho penal, al identificar la complicidad como un delito de peligro, influidos por una tendencia represora legislativa de equiparar cualquier comportamiento a la conducta típica del autor (p. 54), en una extraordinaria extensión de la incriminación penal (De la Cuesta, 1999, p. 95; Guillén y Alvarado, 2014, p. 186), llamada por Falcone una “Cruz del Tráfico” (2014, p. 202). Desde las alegaciones precedentes, el tipo de texto no sería idóneo para establecer límites en la participación (Pérez, 1999, p. 589).

Debe señalarse, no obstante, que ciertos autores discrepan del uso de teoría unitarias o extensiva, pues consideran que destruyen *“la función de garantía de los tipos penales, porque éstos son un baluarte de la seguridad jurídica para todos los ciudadanos,... pues tratar de englobar todo lo causal en el ámbito de lo típico, extenderían tanto las fronteras del tipo que se destruirían”* (García et al., 2016, p. 72).

En conclusión, cualquiera que ejecute un acto de expansión del consumo, podrá ser considerado autor, puesto que ejecuta un acto expresamente previsto en la parte especial (Joshi, p. 249), y su participación, por mandato legal, se torna en plena autoría (p. 266). Ejemplificada esta idea, aquella que guarda *“la droga alieno nomine, no puede enmarcarse en la autoría directa ya que no poseía la droga para traficar sino para que otros traficasen, con lo que entra de lleno en la hipótesis de la cooperación necesaria”*, deviniendo en una autora más (STS del 12 de febrero de 1993). De igual ilustración, *“el propio precepto nos habla de “facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas”, lo que desplaza la forma coadyuvante de complicidad en este tipo de delitos...”* (STS del 01 de junio de 1994).

Como vemos, la jurisprudencia española es prístina en esta consideración, pues: *“...toda persona que colabora en el tráfico y difusión de la droga, con conocimiento de dicha ilícita actividad, se incardina como coautor de tal delito”* (STSs de 115 de febrero,

12 de abril y 19 de diciembre de 1991), “todo favorecimiento de tráfico de drogas prohibidas constituya autoría, sin distinguir niveles de participación” (STS del 21 de marzo de 1995), o inclusive ““todo acto de auxilio al poseedor de la droga... encaja... en calidad de autoría directa” (28 de noviembre de 1994).

Conforme las objeciones planteadas en las consideraciones generales precedentes, también en la participación en este delito se plantean específicamente, pues por esta “irracional conducta unificadora” (Pérez, 1999, p. 587) en esta regla especial de participación, los preceptos generales serán sólo subsidiarios (p. 591), pues el cooperador ya es autor, y así se considerará autoría -aun siendo mera complicidad-, a todo lo que haga posible que un tercero pueda consumir droga (Molina, 2006, p. 282), desde una equivalencia de condiciones (Torio, 1989, p. 948).

Esta forma particular de uniformizar la participación criminal fue inclusive legislada expresamente, tal como mencionó en su oportunidad Robles (1982, p. 124), negándose lenidad aun como beneficio o atenuante.

Conforme reseña Acale, la doctrina y jurisprudencia españolas mayoritariamente aplican este criterio (2002, p. 31).

Nuestra jurisprudencia también asume tal criterio, así se tiene, por ejemplo, que el mero hecho de limpiar un laboratorio rústico y prestar la propia casa como almacén de insumos químicos, nos hace responder como coautores (Recurso de Nulidad 2917-2015-San Martín), pues favorecer es ayudar, y el tráfico implica toda extensión o expansión.

En suma, “...toda acción incidente en el ciclo de la droga está comprendida inmediatamente en el tipo penal...” (Torio, 1989, p. 946), “...todo acto de favorecimiento del tráfico equivale al tráfico mismo...” (Falcone, 2014, 271; Bramont – Arias, 1998, p. 529), puesto que “la ley de drogas emplea un concepto extensivo de autoría en

consonancia con los tratados internacionales” (Falcone, p. 264), a fin de cubrir “toda posibilidad con punibilidad” (Francia Gómez, citado por San Martín, 1992, p. 155), necesitando un sistema de conductas escalonadas o en “cascada” (Rey, 1990, p. 82).

La consideración a la posibilidad de definir cómplices secundarios, para la doctrina, es excepcional, así Falcone (p. 264), Pérez (1999, p. 585), Mangenlickx (2012, p. 29) y Fernández y Martínez (2020, p. 744). Este carácter excepcional de complicidad en narcotráfico, es descrito en contada casuística, así, el mero acompañamiento e indicación del domicilio donde se expenden drogas, la ocultación por breve plazo de una pequeña parte de droga de un tercero (Pérez, p. 594), el almacenar droga de hijos que las venden fuera del domicilio (p. 598), empero para criterio del autor, se requiere habitualidad, p. 604), ser intermediaria de llamadas con porteadora de la sustancia sin conocer su contenido (p. 601). Conforme se verá posteriormente, tampoco la jurisprudencia española evidencia uniformidad, pues los dos primeros casos son también considerados como propia autoría, mientras que en el último caso incluso no existe dolo. A lo descrito, abona Díez, que el primer caso inclusive resulta atípico (2007, p. 718).

Aisladamente, Laines considera como cómplice primario al que intermedia o colabora para la tenencia de sustancia (2018, p. 62), precisando que lo es porque no tiene codominio del hecho. Decisiones judiciales aisladas también se tienen, por ejemplo, en el Expediente 593-2003-Ayacucho, en el cual se consideró que el hecho de cortar leña para cocinar droga, ha de ser considerado una complicidad secundaria, así también la emitida por la Sala Penal Nacional en el Expediente 17-2014, condenando con esta complicidad a aquel que limpió una pista de aterrizaje clandestina, o finalmente, la emitida en el Recurso 989-2004-Callao, que consideró así a quienes fueron vistos dialogando con los ejecutores del delito. La tendencia general y contraria se tiene, por su parte, en el Recurso de Nulidad 284-2002-Lambayeque.

Una posición también aislada plantea, tanto Espinoza, quien consideró en su análisis la aplicación de la complicidad regulada en la parte general (1998, p. 187); como Reyna, quien señalara en su oportunidad que los fiscales incluyen bajo complicidad a todos aquellos que intervienen en el delito, sin que se distingan sus roles (2018, p. 230).

7.2.3. CONTRA LA VISIÓN TRADICIONAL DE LA TENTATIVA:

La doctrina española, en una vasta mayoría (Joshi, p. 227; Serrano, 2008, p. 606, Rodríguez, 2017, p. 623; Montero, 2003, p. 3099, Pedreira, 2009, p. 45, Sequeros, 2000, p. 122; Frieiro, 2015, p. 782, por citar sólo algunos), y además su jurisprudencia, consideran que esta fase no es admisible en el narcotráfico, habida cuenta el carácter de delito de peligro, que adelanta sus barreras punitivas (Hernández, 2012, p. 119), por lo que un acto usualmente calificado como tentativa en la doctrina tradicional, es un delito consumado en la legislación antidrogas. Joshi, desde esta estructura concluye que muchas de las conductas previstas, son en realidad actos de tentativa especialmente previstos (p. 244). Idéntica idea denota Díez, para quien buena parte de las conductas admiten su consideración como actos preparatorios autónomos (2007, p. 732 y 779) o independientes (Gallo, 2006, p. 129).

En su práctica forense, se estipula que “Todo comienzo de la conducta típica, no se conforma con la tentativa ni con la frustración, sino siempre con la consumación”, conforme el contenido de la Circular de la Fiscalía General del Estado, del 04 de junio de 1984.

A modo de ejemplo, las STSs del 23 de febrero de 1994 y del 6 de julio de 1990, en una venta de drogas, no es necesaria siquiera la *traditio* de la misma para lograr la plena consumación delictiva, bastando el mero acuerdo (así también Cisternas, p. 83). De

allí que la STS del 26 de diciembre de 1991, diga: “no sólo que son de difícil admisión las formas de imperfecta ejecución, sino imposibles”. Vale precisar que, de manera muy excepcional se han considerado delitos como frustrados, así la STS del 23 de febrero de 1994, para casos en los que la policía previamente incautó el paquete postal contaminado, y el destinatario no pudo disponer de la misma.

En nuestro país, se reconoce también esta diferente y mayor forma de punir (Ríos, 2017, p. 121; Laines, 2018, p. 61; Bramont-Arias, 1998, p. 532; Espinoza, 1998, p. 111; Noguera, 2018, p. 271), pues lo que basta para tener por consumado el hecho es que se realice un tráfico potencial, no real (Quinteros, como se citó en Balladares, 2010, p. 89), prevención que evidencian para Rosas y Laines un evidente adelantamiento punitivo (2018B, p. 122; 2018, p. 58, 2019b, p. 309, respectivamente), quien además comparte esta postura (p. 155). Robles (p. 101), refiere que esta normatividad hace que el Estado se anticipe en su función tuitiva y que se sancionen inclusive actos anteriores al tráfico (Cisternas, 2011, p. 50 y 81), con lo que “representan una anticipación de punibilidad que no siempre encuentra legitimación constitucional” (Falcone, 2014, p. 201), llegando a calificar inclusive como una perversión (Rodríguez, 2006, p. 68).

Al tipificarse además conductas vinculadas a insumos químicos, Prado considera existente una punición específica de clásicos actos preparatorios y formas de participación además (2019, p. 396).

Posición contraria ostenta García (2005, p. 54), quien considera tentado el hecho de no haber recibido la droga transada, o el haber sido intervenido en el aeropuerto antes de viajar. En su turno, Orts, llega a considerar una posible tentativa cuando se va a comprar droga para traficarla y se es arrestado mientras se negociaba con el vendedor (2004, p. 808).

Bajo este contexto, también la conspiración para traficar drogas es punida, conforme acota Rosas (2019, p. 31), enunciando derecho comparado para tales fines (p. 35). A propósito de esta institución, y si bien no es tema central de este aporte, consideramos que los actos preparatorios para transporte de drogas, rechazados en el Recurso de Nulidad 4894-2007-Callao, en la cual se intervino a personas junto con especies afines a la ingesta de drogas para burrier (pasajes, cera dental, películas de plástico), y seis gramos de clorhidrato de cocaína, pudieron bien ser analizados desde la conspiración.

Es de considerar que este adelantamiento preventivo, se aprecia en doctrina foránea, así, la legislación costarricense (Lizano, 1982, p. 160; Chinchilla, 2012, p. 5) y en la argentina, que considera que el punto de referencia no es ya el hecho cometido, sino el hecho futuro (Marín, citado por Tazza, p. 79).

7.2.4. CONTRA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:

Con relación a este aspecto, una gran cantidad de autores, consideran desproporcional (De la Cuesta, 1988, p. 400; Torio, 1989, p. 943) la penalidad que se ha asignado, algunos comparados con la punición en general, y otros desde los propios actos de narcotráfico. Sobre lo primero, Olaya considera que la legislación de marras resulta excesiva (2014, p. 38), consideradas por otros como extrema (Bueno, 2005, p. 15) y ello, por cuanto los legisladores no tienen muy claro el tema sobre el que están legislando, salvo que deben ser sumamente severos (Del Olmo, 1990, p. 293). A este respecto, Lorenzo menciona la dificultad en la graduación punitiva para los cómplices secundarios, que, en puridad, merecerían menor gravedad (1994, p. 12).

Prado (1989, p. 402), Guzmán (En Ambos *et al.*, 2017, p. 408 y 423), Martínez (Ambos *et al.*, 2017, p. 455), Uprimny *et al.* (2017, p. 16) y Casabó (Amezúa *et al.*, 1977, p. 29) resaltan, por ejemplo, que las penas de homicidio y de tráfico sean similares, o hasta superiores (Altava, 1997, p. 1162), así como respecto de los delitos de violación sexual (Uprimny, 2012, p. 5; quien desarrolla con prolijidad este parangón, p. 16 y siguientes); agregando Escohotado la peculiaridad de que el injusto es mucho mayor en el primer caso (p. 1107), así también Lorenzo expone la desproporción que existe con las normas que protegen el medio ambiente, con daño directo al mismo, y sin embargo son consideradas leves (1994, p. 13).

También en Argentina, recalcó Falcone que lesionar gravemente a una persona tiene la misma punición que sembrar plantas para producir estupefacientes (2014, p. 302), y en ocasiones existen penas mayores que para los delitos de integridad sexual (Filomena, 2017, p. 182), siendo la punición en tráfico de drogas, en general, de carácter grave (p. 202). Similar crítica enuncia De la Cuesta (p. 92).

Sobre el segundo ítem -desproporción entre los propios actos de narcotráfico-, Ambos (2003, p. 409) sostiene que merece un tratamiento diferenciado aquel que transporta frente a aquel que vende o suministra, pues mantener la penalidad uniforme viola el principio de igualdad. A similar conclusión arriba Del Olmo (1990, p. 294), pues vender es mucho más grave que llevar consigo, transportar o adquirir, sin embargo, la pena resulta igual para todos, así como lo es entre el pequeño tráfico y los fabulosos negocios con estructuras mafiosas (Landrove, 1994, p. 243; Otárola, 2006, p. 139), o cuando la actividad es la misma –transporte- se castigue con igual pena a quien es intervenido con tres kilos de opio y a quien lo es con una tonelada de marihuana (Filomena, 2016, p. 198); similar cuestionamiento describen Mohamed (2015, p. 314) y Pérez (1999, p. 589), adicionando la problemática del nivel de participación. Diez

también evidenció que no parece “tan justificado” considerar todos los comportamientos como graves (2007, p. 732). En su momento, Torio (1989, p. 944), Peña (2011a, p. 69; 2011b, que en lo sucesivo presenta idéntico contenido), Uprimny *et al.* (2017, p. 12) y otros (APEP, 1990, p. 155; Mangenlickx, 2012, p. 25) evidenciaron estas desigualdades intrínsecas. Como consideración final, Sequeros refiere que se castiga de igual manera la venta de un gramo de marihuana con la tenencia de un kilogramo de esta (2000, p. 944).

Desde la otra orilla, contados autores (En Perú, Córdova, 2004; en México, Castillo, 2006, p. 76), plantean que las penas por tráfico de drogas guardan proporcionalidad.

8.3. EVALUACIÓN DE LA “AGRESIVA” LEGISLACIÓN ANTIDROGAS:

Para algunos autores, esta agresiva legislación no ha conseguido resultados contundentes, así Díaz (2011, p. 143) señala que una amplia mayoría de las personas imputadas o sentenciadas, sólo desempeñan en el narcotráfico tareas intermedias o finales -pero secundarias-, sólo a los “pisacoca” señala Nakano (2007, p. 2020) o a los productores (Comisión Andina de Juristas, 1993, p. 151 y 173); resultando estas personas, para las organizaciones criminales, meramente sustituibles (Ambos, 2003, p. 424), y así, rara vez se alcanza al poderoso (De la Cuesta, 1988, p. 383 y 388). Torio también vislumbró alcances parecidos, cuando indicaba que la distribución de las sustancias presenta eslabones finales personificados por el mundo de la pobreza y de la necesidad, pero no alcanza por lo general a los grandes traficantes (1989, p. 944), en similar apreciación con otros autores (Espinoza, 2010, p. 101 y 125; APEP, 1990, p. 303; Comisión Andina de Juristas, 1993, p. 136, 143 y 149; Rosas, 2019b, p. 84; Cerezo y

Arenas, 2016, p. 24; Bergman, 2016, p. 175; Chinchilla, 2012, p. 25; Chirino, en Ambos *et al.*, 2017, p. 205; García, en Ambos, *et al.*, 2017, p. 375; Meza, 2018, p. 14 y 43; Chaparro y Pérez, 2017, p. 142; Nuñoверо, 2010, p. 68).

Es interesante considerar que la focalización en los sectores más débiles para la criminalización puede contener, como refiere García, una cierta política errada, que entiende que atacar el microtráfico reduce el consumo y combate al narcotráfico a gran escala (En Ambos, *et al.*, 2017, p. 370); o que, el recurso al derecho penal es la herramienta principal para disminuir la oferta y demanda de aquellas sustancias (Alfonso, en Ambos *et al.*, 2017, p. 146).

Se critica también que la intervención y presencia policial obedece más a controles aleatorios fortuitos que a investigaciones de largo aliento (p. 135), o que respondan a investigaciones impetuosas exigidas por criterios estadísticos (Asua, 2011, p. 484). Este panorama conlleva a que algunos autores consideren ineficaces las estrategias controlistas (Prado, 2013, p. 207; Monroy, 2013, p. 134), o tardías las reacciones estatales (Rubio, 1994, p. 10) o a que las políticas adoptadas sólo tengan un carácter simbólico (Asua, 2011, p. 480; Prado, 1989, p. 446). A ello se le adiciona la circunstancia social de que esta política deviene en germen o catalizador de un aumento de violencia (Soberón, 1992, p. 63), o la criminalidad (Cerezo y Arenas, 2016, p. 5), con la que retroalimenta mutuamente.

Sobre las cuestiones reseñadas, y desde la propia experiencia en el área de interdicción al narcotráfico, se puede mencionar que si bien gran parte de las personas encausadas no son los jefes o dueños de organizaciones delictivas, debe atenderse que, más allá de la legislación existente, es la política criminal existente -y la política en general- la que no intensifica la dedicación sobre tales objetivos, tanto más si la labor no es exclusivamente policial, sino que abarca diversos estratos jurídicos, lo que acarrea

necesariamente “un trabajo en conjunto entre los diversos operadores de justicia” (Nakano, 2007, p. 197).

Otra importante observación plantea Nakano al referir que la prohibición o interdicción debe ir contra los motivos macrosociales -esto vinculado con la política general-; más que a un dramático, pero ineficaz ataque contra la periferia, no atacando contra el propio meollo del problema (2007, p. 201). Es lo que Huamán (2003, p. 5) y Torres (2011, p. 3) consideraban una política tradicional antidrogas, enraizada en una filosofía primordial de erradicación de la oferta y una represión indiscriminada.

Calderón consideró que debe propenderse a una visión integral con políticas macrosociales (2004, p. 25), que involucren una prevención económica, social y cultural de las poblaciones (p. 38; Comisión Andina de Juristas, 1993, p. 165; Amezúa *et al.*, 1977, p. 86), incluyendo otros autores la consideración a la problemática tributaria y hasta jurisdiccional (APEP, 1990, p. 258 y 261). Del Olmo, desde otra perspectiva considera:

Perú, Ecuador, Bolivia, Colombia y Venezuela, tratan de adecuarse a la norma internacional, contemplan todas las áreas en la lucha (normas generales, control, represión, prevención, tratamiento y organismos), sin embargo, las formas de presentación varían en base a la forma de percepción de cada país, lo que es ajeno a lo que pretenden los organismos internacionales. (1990, p. 283)

Es con lo expuesto que Torio (1989, p. 946) concluye que la mejor política criminal es una buena política social.

Y es que para Nakano, se advierte ineffectividad en la política punitiva como única arma (p. 201), resultando imprescindible una política integral, allende lo punitivo, que alcance lo social, lo preventivo, lo laboral, y muchos aspectos preteridos; el mismo parecer denotaron Torio (En Amezúa *et al.*, 1977, p. 523, y 1989, p. 948), Coronado

(1993, p. 77), Huamán (2003, p. 6), San Martín (1992, p. 149), Rubio (1994, p. 22), Lorenzo (1994, p. 11), Prado (2009, p. 277), Sequeros (2000, p. 931) y Espinoza (2010, p. 125). De ello, Nadelmann (2007, p. 73) afirma que existe un creciente reconocimiento del hecho de que los elementos prohibicionistas de las convenciones antidrogas representan parte del problema, no parte de la solución, pues el sólo aspecto punitivo es insuficiente. Ramírez, sobre este contexto, consideró una trilogía por atender: la prevención, la rehabilitación y la represión (1983, p. 176), con la necesidad de una retroalimentación, como planteara Prado (2009, p. 356).

Otro importante cuestionamiento que se realiza a esta legislación es un posible carácter contraproducente, en tanto la criminalización favorece la formación de organizaciones dedicadas a suministrar drogas (Orts, 2004, p. 799), incentivan la expansión de la violencia (San Martín, 1992, p. 151), aumentando también el riesgo y por ende, el precio (Coronado, 1993, p. 77; Luiz, 2012, p. 110) o resultando peor que lo pretendido evitar (Cobo, en Amezúa, 1977, p. 154). De igual idea es Landrove, quien concluye que: “De la misma forma que durante la vigencia de la ya mencionada Ley Seca norteamericana, son los traficantes los primeros interesados en la criminalización del tráfico” (1994, p. 256).

Todo este crítico bagaje permite que Nadelmann considere que las políticas prohibicionistas, necesitan ser revisadas, sino abandonadas (2007, p. 74), optando otros por su legalización o despenalización (Gamella, p. 110; Espinoza, 1998, p. 22; Bergman, 2016, p. 222; Ambos y Núñez, en Ambos *et al.*, 2017, p. 49; Heredia, en Ambos *et al.*, 2017, p. 94), por la descriminalización transformatoria o parcial (Ambos, 2003, p. 426; Luiz, p. 117; Amezúa *et al.*, 1977, p. 87 y 156), o finalmente por un control razonable, intermedio entre el prohibicionista y la libertaria, razonable en el control de ciertas drogas y en su no colisión con otros convenios (Thoumi, 2011, p. 215 y 226). Del Olmo (1990,

p. 349), Uprimny *et al.* (Citados por Rosas, 2019b, p. 96, y la Comisión Andina de Juristas (1993, p. 173) por su parte, calificaron en algún momento esta guerra contra las drogas, como un fracaso; mientras que Landrove (1994, p. 238) y Rodríguez (En Vidales *et al.*, p. 184) consideraron inútil su normatividad, al igual que Cerezo y Arenas (2016, p. 5); para Ugaz, la misma no ha tenido efecto disuasivo (2010, p. 196), añadiendo Prado (1989, p. 397) que la severidad excesiva no tiene efectos disuasorios, sino los potencia. Adicionalmente, Bergman, bajo esta misma tendencia, considera que las penas severas son inconsecuentes para propósitos de disuasión, si las capacidades de detección son muy bajas (2016, p. 182), coincidiendo en este punto Uprimny, Guzmán y Parra (2013, p. 120 y 127).

En otro bloque, existen también autores que consideran que su represión se encuentra perfectamente justificada (Bernaús, 1996, p. 13).

Contra la posición precedente, se tienen a Morillas (2003, p. 29) Martí (En Amezúa *et al.*, 1977, p. 285) Bernaús, quien, a la disuasión, le añade alcances persuasivos y educativos (1996, p. 31), y Altava, quien enuncia que frente al narcotráfico no cabe invocar el principio de intervención mínima (1997, p. 1161), debiendo ser más bien máxima y urgente. Desde esta orilla, Caro (En Ambos *et al.*, 2017, p. 193) considera que ciertos resultados positivos se presentan, aunque de manera muy lenta.

Así, se aprecian dos posiciones extremas, la prohibicionista y la legalizadora o liberalizadora (Martínez, en Ambos *et al.*, 2017, p. 441). No obstante, y como apunta Gamella, desde cualquier tendencia, prohibicionistas y legalizadores tienen una desmedida fe en la capacidad del cambio legal para transformar la realidad social, cuando lo que se requiere es una transformación social, profunda y sostenida (p. 113), recordándonos Bernaus (1996, p. 18), que, en la práctica, desde la voluntad del legislador, lo que es hoy delito, mañana puede ser considerado una mera contravención.

8.4. VISIÓN EXTERNA DEL TIPO PENAL Y SUS CUESTIONAMIENTOS:

El artículo en mención es considerado tradicionalmente una ley penal matriz (Entre corchetes, 2006, p. 212; Prado, 2019, p. 392), ley genérica (Prado, 2013, p. 208 y 2013, p. 601; Santisteban, 2017, p. 219), tipo penal simple (Espinoza, 1998, p. 112), común (Pedreira *et al.*, 2009, p. 29) y para otros un tipo base, con la salvedad oportuna de Balladares (2010, p. 47), de que deben excluirse los otros tres párrafos (posesión, materias primas y conspiración), tanto más si un tipo base es común, por su generalidad, a las demás modalidades (sean agravantes o atenuantes) (p. 48), y, como podemos apreciar con la constante evolución legislativa que caracteriza nuestro derecho nacional, se modificó sustantivamente el primigenio artículo 296 de un solo párrafo.

Sus postulados se incardinan en delitos de mera desobediencia (Iberico, 2016, p. 117).

En una particular visión Peña calificó al artículo como una cláusula abierta (2011a, p. 69, así también Rey, 1990, p. 154, Altava, 1997, p. 1150 y Mohamed, 2015, p. 298), porque no sólo pune el cultivo, elaboración o tráfico, sino cualquier otro acto punible (“de otro modo”) que encaje en las conductas de promover, favorecer o facilitar. Si bien coincidimos en la calificación otorgada -por su omnímodo alcance-, no así con la argumentación, en tanto recoge el término adicional expreso “de otro modo” que recoge la legislación española, no la nacional.

El mismo planteamiento postula Prado, quien prefiere que no se nomine como tipo base a dicho artículo, pues la norma considera como tráfico de drogas una calificación genérica de distintas conductas tipificadas y penadas con un mismo injusto, con una evidente deficiencia legislativa (2013, p. 208), resultando mejor considerarlo más como un tipo complejo (2019, p. 392), alternativo (p. 393; y Frisancho, 2007, p. 100), mixto

alternativo (Pedreira *et al.*, p. 29; Requejo, 2020, p. 52 y Manzanares, 2016, p. 1215, quien le añade “con solapamientos”), o como describe Espinoza, un delito de acciones múltiples (1998, p. 111 y 186; también Prado, 2017, p. 164). Asua, describe igual análisis considerando que existe una: “Discutible técnica de tipificación de estos delitos, que parte de un mismo tipo básico para abarcar conductas de significación muy distinta en cuanto a su capacidad de afectación a la salud pública” (2011, p. 482).

Balladares refiere en su obra (p. 46) que el rótulo “Promoción o Favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas”, fue introducido por la Ley 29037 en el año 2007, no obstante, debe precisar que tal *nomen* en realidad fue consignado desde la aprobación del Código Penal en 1991, y además la norma aludida por el autor sólo modificó el contenido del tercer párrafo del artículo 296 e incorporó el artículo 296-B. No obstante, cabe acotar que aquella sumilla tiene solo un carácter referencial que no determina la interpretación del artículo 296, tanto más si excluye el tercer verbo contenido en el cuerpo del artículo (facilitar).

Desde el punto de vista de Rosas (2017, p. 110 y 124) y Almanza (2020, 1h09m36s), el artículo 296, comprende cuatro tipos básicos (cuatro delitos diferentes, en opinión de Prado, 2009, p. 280; o cuatro delitos autónomos, a consideración de Rosas, 2019b, p. 247 y 623), en los cuales las agravantes del artículo 297 son plenamente aplicables a todos los párrafos. Discrepamos de la última aseveración, por dos motivos. El primero radica en que el tipo penal primigenio consistió en un solo párrafo, que se concatenaba con la tipificación agravada; sucesivas reformas modificaron y crearon nuevos párrafos que se adicionaron al artículo 296, con lo que no se podría inmediatamente considerar que aquellos nuevos párrafos también son, *per se*, afectados por las conductas agravantes, tanto más, si el tráfico de insumos químicos o la conspiración no tienen un correlato en tales agravantes. El segundo motivo es que, los

nuevos párrafos consignan penas menores a las descritas en el primer párrafo, resultando desproporcional, verbigracia, considerar una conspiración -de cuatro años- que se agrave -a 15 años-, no conociéndose de la normativa penal similar incremento. De consuno con las ideas precedentes, Valdez (2021, p. 135, 164 y 175), quien además considera que inclusive la conspiración debería escindirse a un artículo independiente, pues si bien son delitos afines, son notoriamente distintos e independientes entre sí (p. 186 y 189), no siendo dogmáticamente aplicables las circunstancias agravantes del artículo 297.

El artículo 296 del Código Penal -particularmente sus dos primeros párrafos- es uno de los tipos penales más aplicados en el derecho penal nacional, pues, a modo de ejemplo, en 2021, fue el delito de mayor gravedad registrado con mayor incidencia en el Ministerio Público (Boletín, 2021, así también el INPE, 2021), que conlleva *per se* alta punición, pues genera, luego de los delitos al patrimonio (que alcanzan casi un 50% de detenidos), la mayor cantidad de personas detenidas –casi un 25%- (INEI, 2021; Ministerio Público, 2016), tendencia que mantiene además a lo largo de los años (INEI, 2020). Este delito alcanza también interés mediático (Chirino, en Ambos *et al.*, 2017, p. 206), atención política prioritaria, pues forma parte de nuestra Constitución y del Acuerdo Nacional, es considerado también tema central de políticas públicas (Pichón, p. 379), política de interés nacional (Fundamento 118 de la Sentencia emitida en el Expediente 20-2005-PI) o componente distintivo importante -empero negativo- de la realidad de nuestro país (Prado, 2017, P. 161; 2019, p. 390 y 430). Aun con todo lo descrito, es uno de los tipos penales menos analizados estructuralmente, tanto por la doctrina nacional como por nuestra jurisprudencia.

García, respecto de la criminalidad organizada, estima igualmente que su importante presencia no guarda correspondencia con la concreción de su significado, como tampoco guarda un tratamiento legal suficientemente unificado (1998, p. 23).

Resulta interesante además mencionar que, en diferentes contextos históricos, ese importante porcentaje de participación delictiva en narcotráfico es muy similar, así, por ejemplo, Cárdenas (p. 123), precisaba que más del 25% de la población mexicana procesada en 1970, lo era por ese delito. En España también se atiende esta importante presencia del tráfico de drogas en el derecho penal, manifestado en un porcentaje penitenciario elevado (Orts, 2004, p. 797; Pedreira, 2009, p. 67; Cerezo y Arenas, 2016, p. 18), así como en Colombia (Uprimny *et al.*, 2013, p. 64 y 71; Uprimny, 2017, p. 50; Chaparro y Pérez, 2017, p. 77 y 141), Brasil (Zilli, Rocha y Giráo, en Ambos *et al.*, 2017, p. 512) y El Salvador (Martínez, en Ambos *et al.*, 2017, p. 464). Así pues, se reconoce en general, la gran presencia del delito en las estadísticas nacionales de criminalidad (Laines, 2018, p. 37; Lamas *et al.*, 2001, p. 6, Nuño, 2010, p. 75; Mangenlickx, 2012, p. 47), reseñando San Martín que este ilícito ocupó el segundo lugar en sentencias condenatorias en la década de 1980 (1992, p. 152), y que el 25% de los reclusos en 1989, lo eran por este delito, estadísticas que como sabemos, mantienen actualmente la misma tendencia (Luiz, 2012, p. 105), inclusive en años previos (Caro, en Zambrano *et al.*, 2018, p. 79).

En relación al contenido del artículo 296, y de consuno con la caracterización que enuncia Joshi (p. 99), es un delito alternativo, pues incluye diversas conductas y se realiza el delito bastando alguna de aquellas (Pedreira *et al.*, 2009, p. 29; Peña, 2011a, p. 71; Prado 2009, p. 290; Sequeros 2000, p. 97; Politoff *et al.*, p. 622; Tazza, 2008, p. 75; así también la STS de 18 de diciembre de 2002, conforme recuerda Molina, p. 283), siendo nominada esta técnica particular por la doctrina chilena como delitos de emprendimiento (Ruiz, 2009, p. 3 y 20); es también delito abierto, pues las conductas no están estrictamente descritas; y de progresión delictiva, porque recoge todas las fases del *iter criminis*, incluyendo la tentativa (p. 114).

Con ocasión de la labor desempeñada en las Fiscalías Antidrogas, se ha podido advertir que este manido tipo penal cuenta con diversas observaciones o deficiencias que cabe resaltar y que colisionan, de modo frontal, con el desarrollo del principio de legalidad requerido en el derecho penal (Salgado, 1999, p. 434), con mayor incidencia al regir nacionalmente el sistema procesal penal de 2004 y encontrarse en boga la imputación necesaria (Sentencia 3987-2010-PHC/TC, fundamento 38).

8.5. INDETERMINACIÓN EN EL OBJETO MATERIAL RESPECTO DE SU CANTIDAD:

7.5.1. Sobre el objeto material *per se*:

El artículo 296 -primer párrafo- del Código Penal engloba como su objeto material a las “*drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas*” sin mayor detalle. Además de su palmaria calidad de conminación penal ciega (Heinz, citado por Tazza, 2008, p. 41) o norma penal en blanco (Altava, 1997, p. 1147; García, 2005, p. 40; Almanza, 2020, 14m10s y 1h13m20s; Balladares, 2010, p. 51; Rey, 1999, p. 65 y 110; Requejo, 2020, p. 50), y de carácter estricto (Zaffaroni, 1982, p. 190), requiriendo por ende auxilio de normas extrapenales; las sustancias reseñadas no tienen una diferenciación meridiana entre sí, pues “estupefacientes” son los que corresponden a las Listas I y II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes (entre muchas otras sustancias, la cocaína, cannabis y opio); y las “sustancias psicotrópicas” son las correspondientes a las cuatro listas de la Convención Única de 1971 sobre Sustancias Psicotrópicas (entre otras, anfetaminas y afines); así, es el encasillamiento en una u otra lista la que da género a las sustancias ilícitas, pero no se define qué diferencia a una lista de otra, sumado al hecho de que la cocaína se comprenda como estupefaciente, cuando es estimulante, entre otros yerros (Ramírez, 1983, p. 227). Debe agregarse además que el

término “drogas tóxicas” no nace de aquellos convenios, proviniendo nuestra redacción tal cual de la transcripción de la normativa española (donde tampoco es pacífica la distinción de aquellas entidades, así, Lizano, 1982, p. 257).

Debe mencionarse la posición contraria asumida por Rosas (2019b, p. 243), quien considera que las listas internacionales de estupefacientes son sólo referenciales.

Para consideración de Joshi (1999, p. 58), y reportando el criterio doctrinal mayoritario español, considera que estas normas, en puridad, encierran conceptos normativos -siendo normas plenas-, los cuales no ameritan una remisión a Tratados u otras fuentes, sino que requiere una interpretación discrecional judicial. En nuestro país, Ríos postula similar posición (2008, p. 137).

Esta ambigua problemática genera que García (2005, p. 44) proponga que se consigne en el articulado penal todas las sustancias consideradas prohibidas, para evitar toda remisión a normas externas, a modo de un concepto penal autónomo de drogas (Espinoza, 2010, p. 92, 124 y 226). También Prado (2009, p. 28; 2013, p. 605) estima oportuno que se precise en la norma penal que el “objeto material” son aquellos mencionados en las listas de los Convenios.

Con lo expuesto, debería entenderse por “drogas tóxicas” al género que abarca tanto a los estupefacientes como a las sustancias psicotrópicas, idea convergente con la planteada por Bramont-Arias (1998. P. 528), y Prado (quien considera el término superfluo, citado por Peña, 2013, 87). Ello, por lo demás, es el criterio mayoritario adoptado en la doctrina española, generatriz de nuestra norma punitiva (Expósito, 2015, 139). La misma orientación se advierte en normativa nacional afín especializada (véase los artículos 56 de la Ley General de Salud y 17 de la Ley de los Productos Farmacéuticos,

dispositivos médicos y productos sanitarios) al mencionar sólo a los estupefacientes, a los psicotrópicos y a los precursores de aquellos.

Debe mencionarse también la postura de Noguera, quien entiende que este tipo de normas no vulneran el principio de legalidad (2018, p. 127), siendo además constitucionales (p. 251).

8.5.2. Sobre la cantidad del objeto material:

Sumando a la indeterminación reseñada sobre diferencias entre los tipos de sustancias prohibidas, puede considerarse también, *prima facie*, que el contenido de la norma del primer párrafo, tanto para determinar el tipo específico de drogas como para su cantidad, deviene de una interpretación “en defecto” o “por descarte” de la aplicación de los artículos 297, inciso 7, o del artículo 298, primer párrafo del Código Penal. Con relación al tipo de droga, el primer párrafo menciona sólo el género (drogas tóxicas) y sus vertientes (según las Listas: estupefacientes y psicotrópicos), mas no menciona sustancias en específico, como sí lo hacen los artículos 297 y 299 (marihuana, clorhidrato de cocaína, anfetaminas, etcétera).

En ligazón con estas observaciones, debe atenderse también la disyuntiva de que se intervenga a personas con sustancias no contempladas en las listas, que por desactualización no hayan sido aún incluidas, y mucho menos estén siquiera contempladas en normativas administrativas nacionales, pero que, no obstante, cumplan las características adictivas de una droga. Frente a ello Prado considera que sería el juez que, con auxilio pericial, determine la tipicidad (Prado, 2009, p. 286); así también Santiago, quien considera que la opinión experta se destinaría a determinar la eventual nocividad y dependencia de la nueva sustancia (2004, p. 35). Sin embargo, más de allá de

lo debatible del asunto, quedaría aún por determinar si dicho hecho resulta encasillable en el primer párrafo, en sus atenuantes o agravantes, lo que de cierto modo es advertido por dicho autor, en relación con las atenuantes (p. 313).

Con relación a la cantidad de droga ocurre similar oquedad. Esto es, si una persona es intervenida, verbigracia, con clorhidrato de cocaína con un peso de entre fracción de gramo a veinticinco gramos, la conducta es denominada “microcomercialización” o “microtráfico”; si resulta intervenida con más de diez kilogramos de la misma sustancia, su conducta se ha de denominar “macrocomercialización” o “macrotráfico”. En ambos casos, la inclusión de su conducta se aviene expresamente del contenido de los artículos antes descritos. Empero, si una persona es intervenida con la misma sustancia, pero con un peso de entre veinticinco gramos y fracción a diez kilogramos de dicha sustancia, no existe de modo expreso, una norma penal que incluya tal conducta en su tipo penal. Nótese que el primer párrafo abarca acciones (promover, actos de tráfico, etcétera) y objetos (sustancias, drogas, etcétera), mas no cantidades. Con ello se desprende pues, que la aplicación del primer párrafo del artículo 296 no define parámetros exactos de cuantificación sobre el peso del objeto material del delito, y su aplicación se define del no encasillamiento —o descarte— de los pesos en otros artículos. Por ello, Prado (2019, p. 391), considera que en el artículo 296, hay una consideración genérica a las drogas, mientras que en los artículos 297 y 298, se realiza una mención específica.

Un acápite necesario, es advertir que se considera erróneamente que alguien intervenido con una cantidad menor, por ejemplo, a dos gramos de clorhidrato de cocaína o cinco de pasta básica de cocaína es *per se* consumidor no sujeto a punición, no obstante, las cantidades descritas en el artículo 299 del Código Penal son solo cantidades máximas de consumo impune. Con ello, si se interviene a un sujeto en venta de un envoltorio (“kete”, con un peso neto de 0.05 gramos de pasta básica) es perfectamente perseguible y

punible, opinión también compartida por Ganzenmüller *et al.* (1997, p. 155) y Escrihuela (2016, p. 1728). Recuérdese que la microcomercialización o microtráfico no describe en el artículo 298 una cantidad mínima, sino sólo límites máximos. Contra esta posición, la STS del 28 de diciembre de 1996, que considera que, con cantidades tan nimias, prácticamente se cancelan las posibilidades de difusión, mostrándose una formal antijuridicidad, mas no una real antijuridicidad material (Molina, 2006, p. 288). Ríos, por su parte, (2009, p. 121), considera que tal exención existiría si se provee drogas sólo a consumidores.

Cabe mencionar que, como recuerda Aurazo (1997, p. 21), para cantidades menores, que permitieran distinguir a un consumidor de un microcomercializador, no se establecían originalmente pesos exactos, sino circunstancias, lo que fue precisado con posteriores normas que definieron ya pesos mínimos para la punición (Ley 26320, verbigracia), por lo que previo a tal definición, la norma se completaba con el criterio del juzgador (Briceño, 1989, p. 66).

En general, Ambos nos recuerda que las relaciones de cantidad de los artículos 296 a 299, siguen sin ser aclaradas (2003, p. 415).

8.6. DELIMITACIÓN Y DISTINCIÓN DE LOS VERBOS RECTORES PROMOVER, FAVORECER Y FACILITAR – POSIBILIDAD INTERPRETATIVAS.

8.6.1 COMO UN TÉRMINO INDISOLUBLE:

El “promover, favorecer o facilitar” puede verse como un *totum* (Arpasi, 2019, p. 146), como una expresión inseparable de aplicación plena.

Desde la idea precedente, Jiménez explica que “la conducta de promover, favorecer o facilitar se «cerraba» a través de conductas concretas, de modo que había que tener el ánimo propio de promover, favorecer o facilitar y que la conducta supusiera objetivamente este tipo de actuación”, resaltándose el número singular —el que- de la conducta (2007, p. 9 y 13); en similar descripción Jiménez Moriano nos habla de aquellos verbos como un tipo objetivo (2022, p. 60). En la misma tendencia, Rey considera que las conductas castigadas deben estar dirigidas hacia aquellos tres verbos (1990, p. 131 y 137; 1999, p. 22), esto es, su dolo exige saber que está promoviendo, facilitando o favoreciendo (Frieyro, 2015, p. 160 y 167; Frieyro, 2017, p. 51; Mohamed, 2015, p. 18), sin distinción de cuál en particular.

Caro (En Ambos *et al.*, 2017, p. 177), refiere que aquellos verbos suponen todo comportamiento que suponga una contribución al consumo.

Rosas (2018B, p. 149; 2017, p. 110, 134 y 137; 2019b, p. 249) hace referencia de tales verbos a modo de un término, el cual es un fin concreto por alcanzar, una intención, finalidad o propósito ulterior (p. 122 y 125; 2019b, p. 251) diferente -adicional, diríamos- al dolo de saber que se delinque, lo que Yacobucci nomina *ultraintención* (citado por Fichter y Lorea, 2021, p. 6); de pretender con los actos de tráfico o fabricación de drogas expandir el consumo de las drogas. García (2005, p. 19) y Rey (1990, p. 66) las engloban a modo de expresión, y Pérez, como una cláusula (1999, p. 587).

Falcone, en ciertos momentos (2014, p. 202, 203, 211) hace alusión a este querer “promover, favorecer, facilitar o difundir el tráfico de drogas”, sin hacer distinciones entre estos verbos, tanto más si la legislación argentina, sanciona actos concretos.

En la doctrina española, el uso unívoco (los tres juntos), parcial (tomando dos de los tres, en cualquier orden) o individual de los verbos resulta indistinto. Orts, refiere que el transportista, el intermediario, quien dona drogas “...todos favorecen o facilitan el consumo de drogas” (2004, p. 800); líneas después refiere que la donación es una forma de promover o facilitar el consumo (p. 801). Otro ejemplo puede rescatarse con De la Cuesta, para quien la donación podría promover, favorecer o facilitar el consumo (1988, p. 390), con Ganzenmüller *et al.* (1997, p. 134 y 136), apreciándola como asimilable en aquellos verbos; o con Jiménez, cuando afirma difícil pensar que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de “promover”, “facilitar” o “favorecer” (2007, p. 16). Finalmente, Pedreira (2009, p. 33) refiere que, por ejemplo, los actos de elaboración han de cumplir con promover, favorecer o facilitar el consumo.

Al galimatías precedente, Bretones considera que inclusive la doctrina no es pacífica en exponer qué conductas deben incluirse en este bloque (2020, p. 96).

En esta misma óptica, verbigracia, la donación se implica a las conductas típicas de facilitación y favorecimiento (Acale, 2002, p. 52; Lluch, 2016, p. 9), y la STS del 25 de marzo de 1993, comprende a la donación como una acción de promoción; mientras que Escrihuela, la encasilla como acto de favorecimiento (2016, p. 1728).

Joshi (p. 99 y siguientes), al desarrollar este término, los considera tácitamente “requisitos comunes” o “elementos comunes” de las conductas de tráfico y expresamente, elemento objetivo del tipo (p. 101), nominándolos además Muñoz como una expresión

(2014, p. 622), Agudo, Vallejo y Pérez como verbos generales, y Almanza (2020, 1h40m10s y 1h43m) como elementos descriptivos, pues a su criterio, las conductas de promoción, favorecimiento o facilitación difunden o expanden el consumo. Ganzenmüller *et al.* (1997, p. 153), engloban a los tres términos como una “finalidad”.

Joshi, si bien cumple con hacer una distinción gramatical entre aquellos, no desarrolla ideas que evidencien que sólo uno u otro deban ser aplicados para algún caso en concreto (p. 176 y siguientes). Para Rodríguez, vender drogas es tanto un acto de tráfico, como un acto de promoción, favorecimiento o facilitación (2017, p. 624), agregando que otras formas de “promover, facilitar o favorecer” sería el hacer propaganda o el prestar dinero para adquirir sustancias.

Ganzenmüller *et al.* (1997, p. 153) son más expresos en el tema apreciado: “Destaca la utilización que el legislador hace de los sinónimos, cuando hubiere bastado con utilizar cualquiera de ellos, pues entre los tres verbos sólo pueden establecerse discretas matizaciones”, y así también Queralt converge en la idea reseñada, al manifestar: “...esas conductas de expansión aludidas han de interpretarse... en sentido ordinario, pese a su reiteración, pues cualquiera de los tres vocablos es igualmente omnicomprendido del fenómeno de la droga” (2002, p. 717). A parecida conclusión llega también Almanza (2020, 1h43m33s).

El mismo tratamiento indiferenciado se aprecia de la jurisprudencia española, pues en su argumentación no precisa si un hecho corresponde ser clasificado en uno u otro verbo -o en todos juntos-, llegando a mencionar en algunas oportunidades sólo el promover (Sentencia del Tribunal Supremo -en adelante STS- del 28 de octubre de 1996), el favorecer o facilitar (STSs del 28 de diciembre de 1996, 19 de octubre de 1996), los tres verbos juntos (STSs del 16 de octubre de 1991, 14 de abril de 1993, 16 de julio de 1994 y 7 de abril de 1992, que llega a consignar “facilitar, favorecer y, en definitiva,

promover”, a modo de graduación), la facilitación (STSs del 29 de mayo de 1993 y 22 de octubre de 1992), promoción y favorecimiento (STSs del 24 de marzo de 1994 y 08 de febrero de 1991) y el sólo favorecimiento. En otras resoluciones se habla de “favorecimiento o expansión” (STSs 1441-2000 del 22 de setiembre y 1439-2001 del 18 de julio).

Es ilustrativa también la STS del 3 de marzo de 1987, que además explica lo extenso de la participación: “...dichas conductas van guiadas por el designio de servir o de colaborar con el tráfico, haciéndolo posible y, en definitiva, favoreciendo o facilitando la difusión o consumo...”. Se ve de ella, que los términos no son excluyentes, sino a lo más, referenciales.

Granados (2007, p. 23), menciona la STS 994/1995 del 14 de octubre, la cual refiere que “aportar dinero para que otros trafiquen es participación que favorece” al consumo, no aludiendo a si tal acto de financiar sea también -o no- un acto de promoción o facilitación.

La misma tendencia se aprecia en la jurisprudencia nacional, como podemos apreciar de la siguiente decisión (Recurso de Nulidad 1290-2001-Lambayeque, recopilada por Urquiza, 2011, p. 868), en la que, luego de encontrar drogas en un domicilio, se intervino al proveedor de las sustancias, “por lo expuesto, se tiene que los procesados se han dedicado a promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal”.

Nuestra doctrina utilizada esta indiferenciada utilización de los verbos, así Laines (2018, p. 23), refiere que el tráfico de drogas consiste en “facilitar o promocionar” el consumo de drogas; o Lamas menciona indiferentemente, la promoción o la “promoción o favorecimiento” (1991, p. 21).

Cabe agregar que tampoco al resolver se califican los hechos específicamente sobre algún verbo en particular, como lo ha anotado Bramont – Arias (1998, p. 529).

Prado (2013, p. 606) y Rosas (2019b, p. 299, respecto de este término, consideran que en la doctrina es visto tanto como elemento subjetivo especial (Rey y Rodríguez), o como un resultado – consecuencia (Bacigalupo). Agregan además que la asunción de la primera postura llevaría a configurar el delito en un peligro abstracto, mientras que optar por la segunda, lo configuraría en uno concreto. Opta el primer autor, de consuno con Bacigalupo y Bustos, en considerar al primer párrafo en la perspectiva de un peligro concreto, en tanto, al legislador le hubiera bastado el mero acto de tráfico o fabricación para punir -peligro abstracto-, no obstante, al agregar un resultado (promover, favorecer o facilitar) va más allá del peligro abstracto e incide ya en una zona más cercana a la lesión del bien protegido (p. 607). El segundo autor, opta por estimar el delito como uno de peligro abstracto, asumiendo que el término es un elemento subjetivo diferente al dolo, requerido en la comisión del delito, pero que no lo configura (2019b, p. 301).

8.3.2. POR ARGUMENTO DE AUTORIDAD:

La doctrina nacional ha basado la distinción de tales verbos, desde la fórmula propuesta por Prado, quien a su vez recogió las ideas de Carbonell (1986). Así, desde un inicial punto de vista gramatical, se desarrolló una diferenciación entre aquellos, indicando que se promueve el consumo cuando éste no se ha iniciado (Torio, 1989, p. 949), que se favorece cuando se permite su expansión y se facilita cuando se proporciona droga a quien está ya iniciado (Prado 2009, p. 290; Prado 2013, p. 607; 2019, p. 393).

Aún con la esquematización reseñada, el propio autor nacional, al referirse a los actos de promoción en insumos químicos (2009, p. 296; 2017, p. 170) o en siembra de marihuana o amapola (2009, p. 338), refiere que son aquellos actos que predisponen o

“favorecen” la realización de otros actos, pudiendo advertirse que la distinción planteada no es absoluta, confundiéndose u homologándose términos supuestamente diferentes.

La fórmula antes mencionada, fue acogida pacíficamente en nuestro país, así Rosas (2018B, p. 123; 2019B, p. 254, 258) y Meza (2018, p. 49), y también concretada en jurisprudencia, por ejemplo, las sentencias supremas 4619-2006-Chincha y 1458-2019-Lima.

Otra diferenciación es la enunciada por Peña (2011a, p. 69), que la adoptó íntegramente de Sequeros (Sequeros, 2000, p. 97), y así, promover es iniciar una acción, favorecer implicaría ayudar y facilitar, sería mediar o intervenir para que alguien consiga una cosa; posición asumida también por Espinoza (2010, p. 100), y ampliada por Donna (2007, p. 456), que al “iniciar”, incluyó el “adelantar” actos para iniciar la acción principal. Añade Peña además que promueve el que contribuye en forma decidida, con una contribución esencial, incluye el financiamiento y mediando en la entrega de insumos. A su criterio, favorece quien participa activamente en actos de elaboración (proveyendo instalaciones o ejecutando actos directos de producción o distribución. Finalmente, facilita quien hace posible los cometidos, sea allanando obstáculos o quien negocia con los custodios, o proveyendo instrumentos. Esta posición es adoptada por otros autores, así, Laines (2018, p. 46). Es de mencionar que esta precedente noción de favorecimiento es nominada por Prado más bien como facilitación, donde se aportan elementos o condiciones (logísticas o recursos humanos) (2009, p. 297).

Concluye Peña sus ideas, no obstante, afirmando que en realidad no se advierte una gran distinción entre aquellos verbos, para lo cual Almanza (2020, 1h38m38s) considera que en realidad no la habrían. Y es que no sólo no hay una verdadera diferencia entre las nociones precitadas, sino que la propia distinción de una complicidad necesaria o secundaria tampoco resulta plenamente definible, pues como refiere Rey (1999, p. 177),

tal distinción entre las dos figuras plantea indudables problemas de carácter aplicativo debido a la numerosa cantidad de situaciones concretas que en el delito en particular se pueden presentar.

Acale (2002, p. 48) y Pedreira *et al.* (2009, p. 37) diferencian su posición con los anteriores planteamientos al sustentar que el favorecer es apoyar, y el facilitar es hacer posible algo.

A diferencia de los autores citados, Lorenzo (1983, p. 113) y Luengo (2017, p. 54), consideran que la promoción está incurso en los actos de propaganda, ofertas y otros, conforme a normas administrativas anteriores. Similar opinión esboza Molina (2005, p. 109).

Con específica atención al verbo facilitar, Rey (1999, p. 212) alude a dos distinciones del término, una genérica, correspondiente a la facilitación al consumo, y una más específica, correspondiente a la facilitación de drogas, como directa entrega o suministro de sustancia a menores; lo que viene a ser nominado por Tazza (2008, p. 58) como tráfico impropio. Aún con esta distinción existió jurisprudencia española que asimiló la frustrada entrega de droga a menores como una facilitación *in genere* al consumo (STS del 25 de marzo de 1993).

8.3.3 INTENTOS DE DISTINCIÓN:

Desde el argumento antedicho, Rosas (2017, p. 129; 2019b, p. 251), proyecta una distinción entre los tres verbos, refiriendo que promueve quien crea bases para iniciar operaciones o mejora su desarrollo, sin participar directamente en aquel, facilita el que apoya en la expansión del negocio, y favorece quien de alguna manera hace más fácil el consumo de drogas. Como apreciamos, estas nociones no zanzan la distinción, pues en promover incluye tanto a autores como cómplices *lato sensu*, mientras que para favorecer o facilitar, no sólo se dan criterios también difusos, sino que un hecho concreto podría

recalar en cualquier supuesto, y el autor, en estas diferenciaciones, no las desarrolla en supuestos fácticos.

Con relación a esta postura, debemos agregar que, en ciertos apartados, dicho autor considera tales verbos como actos que se incardinan con los otros actos de fabricación y tráfico (2019b, p. 257, 305, 308), en otros, considera que son un “elemento subjetivo diferente al dolo, requerido en la comisión del delito, pero que no lo configura” (2019b, p. 301 y 309), y líneas aparte, una consecuencia (la posición adoptada por Prado, pero objetada por aquel; 2019b, p. 309).

Para Molina (2005, p. 108) el tráfico es un acto de favorecimiento, mientras que el cultivo y la elaboración devienen en actos de facilitación.

Para García (2020, p.19), la promoción pone en marcha la expansión del consumo, conforme otros autores, pero le adiciona la distinción de que el promotor, pero sin ejecutar directamente el delito, consignando como ejemplos a los que garantizan el menudeo.

Oportuno es considerar también, aunque analizado desde otro delito -Trata de Personas- la distinción recogida en el Acuerdo Plenario 03-2011, donde la promoción, implica un comportamiento que estimule, instigue, anime o induzca el favorecimiento; y la facilitación, involucra todo acto de cooperación, ayuda o contribución.

8.3.3.1 Como grados de participación:

Más allá del concepto unitario de autor (cómplice igual a autor, ergo, similar tipo penal y similar pena), podríamos decir (Arpasi, p. 147) que “promover” es adecuado a la conducta cometida por un autor *sensu strictu*, en “favorecer” encajarían actos pertenecientes a cómplices primarios, y “facilitar” se destinaría a los actos propios de un cómplice secundario.

Como ejemplo, podría decirse que el dueño de la droga promovería el tráfico, una persona que prestara su laboratorio rústico para elaborar droga favorecería el tráfico, y alguien que acoge en su hogar a un traficante o a un burrier, lo facilitaría. Bajo esta perspectiva, por ejemplo, Laje, considera que el facilitar lugar o elementos para el tráfico de drogas, debe considerarse una complicidad secundaria (1992, p. 139), o, cualquier caso en el que se advierta la poca relevancia de su intervención (Joshi, p. 253).

Blanco describe casuística considerada en España como complicidad necesaria – lo que desde esta óptica sería favorecer-, así: los pilotos de navíos con droga, guardar la sustancia de terceros, intermediar en el negocio (2005, p. 386). En cuanto a complicidad secundaria -en esta óptica, facilitar-, alude a la persona que indica el lugar de expendio de drogas, o al que acompaña al comprador a dicho lugar (p. 387).

Si bien esta opción no guarda plena coincidencia en la doctrina, se tiene la opinión rayana de Molina (2005, p. 109) y Luengo (2017, p. 54), que considera el favorecer y el facilitar conductas de auxilio, bien al que promueve o al consumidor. Resulta oportuno citar en este contexto, las análogas ideas de Donna (2007, p. 457), quien, para los delitos relativos al proxenetismo, considera que el promotor impulsa la creación de un estado – de corrupción-, mientras que el facilitador es un partícipe en la acción creada, y así, toda cooperación implica facilitación, mas no tiene un dominio del hecho como el promotor (p. 458).

Un excepcional pronunciamiento judicial –que además va contra el espíritu de la norma antidrogas- se estableció en el Recurso de Nulidad 2389-2018-Nacional, en el cual fue considerado cómplice secundario quien alquiló su inmueble para que terceros acondicionen droga en madera; bajo tal condición empero, fue reducida su pena bajo los alcances generales penales.

A mayor abundamiento Sequeros (2000, p. 97), explica que con aquellos verbos se equiparan la cooperación necesaria con la simple complicidad, mientras que la STS del 27 de marzo de 2004 (citada por Molina, p. 283), refiere que los tres verbos aportan al traficante principal la posibilidad de tráfico.

En línea con lo desarrollado, Prado (1989, p. 402) buscaba que en el Decreto Legislativo 122, se redujera la sobrecriminalización, atenuando por ejemplo las penas a los cómplices secundarios, a quienes se les excluyó tal posibilidad por norma expresa.

Esta posible distinción, tendría cierta base gramatical. Promover, para la DRAE, significa impulsar, y, desde el propio argot jurídico (DPEJ, 2021), denota tomar la iniciativa; así, autor resultaría aquel que toma la iniciativa, impulsa o inicia su propio delito particular.

Favorecer, significa apoyar, amparar o ayudar -actividades pertenecientes al auxilio contenido del 25, primer párrafo del Código Penal-, insumos de calificación para complicidad primaria. Facilitar, por su parte, significa particularmente, tanto hacer posible la ejecución de algo, como proporcionar o entregar algo -actividades rayanas al “de cualquier otro modo, prestar asistencia” del segundo párrafo del artículo 25-, insumos para la calificación de un cómplice secundario.

Si bien expresamente Balladares (2010, p. 93), no asume este criterio de distinción, sí podemos apreciar que asume una distinción entre estos verbos, diferenciándolas también desde el punto de vista gramatical, para castigar el promover el consumo mediante la fabricación, el favorecer el consumo mediante la fabricación, o el facilitar el consumo mediante la fabricación, considerándose así tres subconductas diferentes. Vale agregar que, curiosamente, el autor no realizó esta separación de verbos

para con los actos de tráfico (promover el consumo mediante tráfico, favorecer el consumo mediante tráfico, o facilitarlo mediante tráfico).

Abonando a esta perspectiva, Araujo (citado por Rosas, 2018B, p. 162), considera que favorecer y facilitar son formas de participación accesoria. Rodríguez Núñez (2012, p. 625), y Rosas (p. 168 y 171; 2019b, p. 253) también anotan que tales verbos implican en sí la complicidad reglada por la parte general penal, o visto de otro modo, el juzgador no analiza la parte general (Vivanco, 2013, p. 48).

Desde un panorama paralelo -trata de personas-, Montoya, de cierto modo, considera también este tipo de graduación, pues encaja los actos de promoción en la inducción o instigación, conforme el artículo 24 del Código Penal, y los de favorecer y facilitar, como una complicidad, desde el artículo 25 (2020, p. 70 y 98). Enfoque afín es el que describe Bramont-Arias, con relación al promover, mientras que, para él, homogéneamente, tanto el favorecer como el facilitar allanan obstáculos (2003, p. 72), así también, Pérez, quien considera tanto el favorecer como el facilitar, formas de cooperación (1999, p. 590), y Lorenzo, quien las considera formas de participación (1983, p. 112 y 123).

A criterio de Creus, promueve el que con su iniciativa -en caso de trata-, busca conseguir que la víctima asuma el estado de prostitución, lo mantenga o intensifique, y “facilita” aquel que elimina obstáculos en la ejecución del delito o suministra medios para dicha ejecución (2007, p. 234; en similar sentido, Donna, 2007, p. 457). Un acto singular es enunciado por Torio, quien considera que entregar un cigarrillo de marihuana a petición de otro, es una acción formal del tipo penal, un acto de facilitación (1989, p. 43).

En una similar distinción, Prado (2007a, p. 62) considera a la promoción como inducción, al favorecimiento como expansión o generación de condiciones favorables en

el delito, o también un aporte prescindible y eventual, mientras que la facilitación resultaría en una colaboración material o intelectual (p. 63).

Visto minuciosamente, una eventual distinción entre los tres verbos del artículo 296 resulta difícil de enunciar, y más aún, una eventual aplicación excluyente de un verbo sobre los otros dos, resulta aún más improbable, por ello algún sector en la doctrina nacional ha advertido en cierta forma esta dificultad, así, podemos leer con Prado, que la facilitación involucra cualquier forma de colaboración (2019, p. 398), y para Ambos (2003, p. 409), que los términos promover y favorecer son muy parecidos y apenas podrían ser delimitados. Igualmente, Pérez (1999, p. 606) considera que con la forma de configuración legal se impide siquiera aproximar a la distinción entre la complicidad necesaria y no necesaria. Aunado a lo descrito, Bascur, verbigracia, utiliza indistintamente el favorecer o facilitar como formas de complicidad, sin precisar tampoco si alguna se vincule a la complicidad primaria o a la secundaria (2015, p. 178, 206, 213 y 218); Para Molina, los actos de cultivo o elaboración son actos de favorecimiento o facilitación (2005, p. 103). Así también, en Chile, Politoff (2016, p. 579), considera que el financiamiento es una actividad inserta en el inducir, promover o facilitar el consumo.

A consecuencia de la poca revisión dogmática de esta parte del artículo 296, algún sector doctrinario consideró que “...de cierta forma se asemejan a conductas propias de instigación y de complicidad, pues promover, importa determinar a otro a la realización de una determinada conducta (2011a, p. 69; Laines, 2018, p. 45).

Joshi, planteó una distinción particular afín, al referir que la elaboración, tráfico y posesión describen conductas de autoría, y las de promoción, favorecimiento y facilitación, conductas de inducción y cooperación (p. 180 y 251). Sobre este segundo aspecto, coincide también Prado (2019, p. 398) y Pérez (1999, p. 590), quien al desarrollar

esta idea considera que el cooperador necesario y el inductor posibilitan la lesión, mientras que el cómplice sólo la favorece (p. 588).

Otra particular noción se recoge en la STS del 27 de marzo de 2004, por la cual tanto los actos de promoción, como los de favorecimiento y facilitación, consisten en aportar al traficante principal la posibilidad del tráfico.

A la diversa clasificación reseñada se suma también la de Díez, quien explica que los supuestos de inducción, cooperación necesaria y complicidad se tipifican de modo específico con los términos de participación (2007, p. 761).

Una diferente asunción expone Berrú, quien asume que la facilitación implica el suministrar, proveer o abastecer, el favorecimiento, colaborar, auspiciar o amparar y la promoción, el impulsar, lanzar, fundar. (2004, sin página).

También Espinoza (1998, p. 146) planteó su particular apreciación, considerando que promover, consiste en iniciar y procurar que aumente el consumo ilegal; favorecer implica que el narcotraficante ayuda, apoya, ampara, socorre en el incremento del narcotráfico (p. 147), y facilitar, consiste en la entrega y la proposición de hacer posible el consumo.

En la legislación guatemalteca, se tipifica tanto el tráfico, como la promoción o estímulo, la promoción y fomento, y la facilitación de medios; esquema que difiere en su contenido, pero a la vez recoge la terminología examinada. Reseña Córdón (En Ambos *et al.*, 2017, p. 247), que el tráfico y la facilitación de medios, coinciden en tratar al transporte, sin embargo, su jurisprudencia las ha delimitado en atención a la poca cantidad y actividad descubierta, así de ser exiguo se calificará tal transporte como facilitación de medios, pero de ser mayor, será considerado un típico tráfico.

Finalmente, la legislación argentina tipifica al facilitar desde una perspectiva diferente a las reseñadas, considerando al que, sin entregar directamente las drogas, permite su aprehensión o las pone al alcance de otros (Laje, 1992, p. 109), lo que vendría a ser un facilitar específico, según criterio de Sequeros (2000, p. 164).

8.7. DELIMITACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA:

García (2005, p. 46 y 2009, p. 465), Rosas (2019b, p. 253), Caro (En Zambrano *et al.*, 2018, p. 56), Almanza (2020, 13m20s, 14m35s 1h09m45s, quien, no obstante, luego refiere que las conductas son el promover y demás, 1h31m44s) y otros (Legislación peruana sobre tráfico ilícito de drogas, 1996; Fernández y Martínez, 2020, p. 743) estiman que la acción típica son los actos de fabricación y los actos de tráfico de drogas, que como consecuencia han de lograr promover, favorecer o facilitar el consumo de drogas, y así, la promoción y demás, son resultados de la fabricación y el tráfico (Ríos, 2008, p. 133; Frisancho, 2000, p. 111; García, 2002, p. 465 y 466; Peña, 2011a, p. 71 y 75; Acostupa, 2014, p. 131 y 133; Vega, 2014, p. 328; Prado, 2009, p. 288 y 366; Torio, en Amezúa *et al.*, 1977, p. 519), pues estos posibilitan el consumo (Prado, 2013, p. 606). Iguales apreciaciones se recogen de Prieto (Citado por Sequeros, 2000, p. 98) y de la STS del 25 de setiembre de 1974, al considerar que el denominador común de las conductas es que tiendan a promover, favorecer o facilitar; igualmente, Rosas (2017, p. 126), estima que los verbos rectores son los actos de fabricación y tráfico, mientras que el promover y demás constituyen la finalidad de aquellos (p. 137; también Ramírez, 2004, p. 16 y 17; Espinoza *et al.*, 2018, p. 94; Rodríguez, citado por Ganzenmüller *et al.*, 1997, p. 123), configurado como un dolo adicional (Laines, 2018, p. 44).

La posición antedicha encuentra además cierto basamento en la leve definición que la Convención de 1971, asigna al tráfico (Lamas, 2000, p. 87), la cual incluye en

dicha conducta, al cultivo (Artículo 1, párrafo 1, literal L), la fabricación y el propio tráfico (Artículo 1, párrafo 1, literal J).

En línea con el párrafo que precede, Muñoz, considera que el centro de gravedad recae en que los actos de cultivo, elaboración o tráfico, “promuevan, favorezcan o faciliten el consumo (2014, p. 621).

Prado, en esta misma línea de pensamiento, añade que aquellos actos de fabricación o tráfico se relacionan con los verbos enunciados en el Decreto Ley 22095 (2009, p. 290).

En la misma línea, Ríos (2008, p. 132) considera que, a diferencia de nuestra legislación, donde las conductas son los actos de fabricación y tráfico, España considera que esos actos son ejemplos de cómo se promovería, favorecería o facilitaría el consumo, siendo éstas las conductas nucleares. De igual parecer es Luzón, para quien la conducta consiste en ejecutar actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de modo promover y demás (2009, p. 250). Por su parte, Guillén y Alvarado (2014, p. 184), asumen que la legislación antidrogas española acoge un modelo de fórmulas generales.

En un segundo grupo, los autores consideran que la punición no recae en los actos de fabricación o los de tráfico, sino en la promoción, el favorecimiento y demás, conforme se expondrá.

A consideración particular de Frieiro (2015, p. 778; 2017, p. 44), Granados (2007, p. 25) y Laines (2018, p. 43), el núcleo del ilícito criminal se sitúa en las conductas de promoción y demás, así también Kcomt (2018, 46m30s). Bajo esa perspectiva, De la Cuesta (1999, p. 95) propone dos grandes bloques punitivos, tráfico en sentido amplio, que incluye cualquier modo de promover y demás, y la posesión con estos fines.

Posición contraria asumen Ganzenmüller *et al.* (1997, p. 153), Serrano (2008, p. 602), Luzón (2018, p. 326), Altava (1997, p. 1150) y Balladares (p. 99), para quienes el tráfico y la fabricación constituyen medios para promover, favorecer o facilitar el delito, pues estos devienen en la conducta típica (p. 85), o, como precisa Morillas (2003, p. 30), son su concreción. A similar conclusión arriban Teresa Molina (2005, p. 107) y María del Carmen Molina, para quienes lo nuclear son las actividades de difusión (promover, favorecer y facilitar), realizadas mediante la fabricación, el tráfico u otro modo (2006, p. 284), indicando que, si se opta legislativamente por focalizar la fabricación y el tráfico, se realiza por la consideración expresa de punir todo el ciclo de drogas. Igualmente, Landrove postula que el centro de gravedad no recae en los actos de fabricación o tráfico, sino que esos actos promuevan y favorezcan el consumo de sustancias (1994, p. 247).

En suma, para la posición antes enunciada, los actos de tráfico y elaboración no son más que ejemplos legales o maneras ejemplificativas del promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal (Acale, 2002, p. 30 y 32), formas expresas de estos actos (Pedreira *et al.*, 2009, p. 29 y 41), mera descripción enumerativa (Fernández, en Amezúa *et al.*, 1977, p. 188), o enumeración sin carácter exhaustivo (Molina, 2005, p. 108), las cuales abarcan su inicio -cultivo- y su fin -tráfico-.

Para 1983, Espinoza, respecto del tráfico de drogas en Perú, consideró dos grandes categorías jurídicas: la fabricación y la comercialización, las que a su criterio se integran y correlacionan dialécticamente, formando la unidad del tipo penal básico, que además tiene un contenido abierto (p. 283). Con relación a la primera categoría, Acale plantea que el cultivo y la elaboración constituyen la primera fase del delito (2002, p. 40).

Joshi considera como conductas típicas expresas, los actos de cultivo, de elaboración de tráfico y, de otro lado, y como carácter residual, toda otra forma de promover, favorecer o facilitar (En Corcoy *et al.*, 2019, p. 626; 2014, p. 651).

Otro horizonte es propuesto por Pastor (citado por Frieyro, 2017, p. 43), para dicho autor la conducta nuclear es el tráfico, y la promoción, favorecimiento y demás son formas de participación, convertidas en autoría.

Desde la visión de Jiménez (2022, p. 49), las conductas vinculadas al delito en examen se agrupan en aquellas que tienden a favorecer el consumo (cultivo y elaboración), y aquellas que contribuyen a su expansión (tráfico, promoción y otros)

Finalmente, Martínez (citado por Sequeros, 2000, p. 98) considera como conductas típicas, los actos de creación, tráfico y, fomento, que abarca el promover, favorecer o facilitar.

Una posición completamente diferente a las descritas es la plasmada por Espinoza (1998, p. 175) y Blanco (2005, p. 388), para quienes existen tanto actos de fabricación y de tráfico, como actos de promover -fabricación y tráfico-, actos de facilitar o actos de favorecer.

8.9. DELIMITACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA -POSICIÓN PERSONAL:

Hemos de considerar que, conforme parte de la doctrina sostiene, nuestro primer párrafo del artículo 296, engloba como verbos rectores, no al promover, favorecer o facilitar, sino a los actos de fabricación y los actos de tráfico. Como se ha sostenido, el promover y demás, son los resultados buscados al realizar un acto de tráfico, al vender o transportar una sustancia -acto de tráfico-, entiendo que tal acto conllevará una difusión o expansión del consumo de drogas.

Por lo demás, desde una técnica jurídica, los términos promover y demás resultan además muy gaseosos, no son pasibles de ser considerados fácticamente y resultan excesivamente elásticos, por lo que cualquier conducta, aún la más lejana a un típico acto de tráfico, podrá forzosamente ser incluida como propia del narcotráfico, y aún cuando

tal horizonte ha sido el inicialmente considerado en la génesis de estos tipos penales, ha de reconocerse un cierto margen de razonabilidad y proporcionalidad.

Este planteamiento además, forma parte de la legislación nutricia a la nuestra pues el actual tipo penal vigente español establece: “Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo de drogas...”, con lo que se contaría con circunstancias fácticas concretas -actos de tráfico-, y se eliminaría toda posibilidad de considerar la promoción y demás, como verbos, apreciándolas sino como resultado de aquel acto de tráfico.

8.10. CRITERIOS DE DISTINCIÓN DEL PRIMER Y SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 296

Es este otro de los puntos poco dilucidados a profundidad por la doctrina, y tal como refiere Rosas (2017, p. 113), se advierte una falta de delimitación entre los comportamientos que han de recaer, ora como tráfico, ora como posesión para el tráfico, siendo esta última acción a veces omitida en el desarrollo dogmático (verbigracia Bramont-Arias, 1998, p. 529).

Lo descrito, no sólo merece atención por cuestiones dogmáticas, sino que, apreciada la indefinición de ambos párrafos, pueden degenerar en tipos penales manipulables (Torio, 1989, p. 948), sometidos a la arbitrariedad judicial o fiscal, circunstancia que ha sido también evidenciada por Torres, para quien existe distinta interpretación entre las autoridades y funcionarios policiales, los fiscales y los jueces (2011, p. 7), de allí que para Linares los vacíos e imprecisiones de la ley penal generan incertidumbre y luego arbitrariedad (2014, p. 122), de consuno con jurisprudencia muy nebulosa (San Martín, 1992, p. 155), que, en ocasiones, complejizan aún más el tema (Castillo, 2006, p. 65).

En primer orden, debemos recordar que, al igual que en la actualidad española, nuestro original artículo incluía los de promoción, favorecimiento y además la posesión con fines de tráfico en una sola oración, no analizándose en los hechos si tales conductas eran distinguibles y menos que merezcan una punición diferente.

Si bien fueron criterios de proporcionalidad los que motivaron a la lenidad de la posesión, excluyéndola del primer párrafo, establecida con la reforma de la Ley 28002, no dejó clara tal reforma qué supuestos (conductas concretas refirió Arpasi, 2019, p. 147) se tratan con la posesión (Ríos, p. 113). Con Espinoza (2010, p. 95), coincidimos en considerar que se separó posesión para una mejor tipificación, mas no se desarrolló tal idea. En ese contexto, la Comisión designada por el Ministerio de Justicia –conformada por Lamas Puccio, Prado Saldarriaga y otros miembros-, aluden en el Anteproyecto publicado en el Diario El Peruano, el 17 de junio de 2001, a la necesidad de adecuar la penalidad de estos delitos a criterios de proporcionalidad, y así, a su criterio, el primigenio artículo 296, contenía 3 tipos diferentes, la promoción y demás, la posesión y el comercio de insumos químicos; “que por sus propias características y niveles de antijuridicidad no pueden ser sancionados con la misma penalidad” (Lamas *et al.*, 2001, p. 3), siendo uno de los problemas de esta legislación el trato de manera unificada “de conductas punibles con distinto nivel de antijuridicidad, sin distinguir grados de afectación del bien jurídico protegido”. Del documento antedicho, no se especificó en qué modo los niveles de antijuridicidad diferían, o cuáles eran los criterios de graduación.

Durante los debates legislativos que acogieron el anteproyecto para la reforma, los congresistas Maldonado Reátegui, Higuchi Migayawa y De la Mata de Puente, manifestaron que la promoción era un delito diferente al de la posesión, y que afectaban en diversa manera al bien jurídico -reproduciendo los alcances de la Comisión-, sin

embargo, tampoco especificaron en sus participaciones de qué manera o por qué había tal diversidad (Congreso de la República, Diario de Debates, 30 de abril de 2003).

Se deja constancia empero, que la propia legislación española mantiene no solo a la fecha el mismo parámetro punitivo para todas las conductas, sino que además hay autores que consideran que con “la adquisición y compra no se afecta de manera diversa que con la posesión los bienes jurídicos tutelados” (Villegas, 2001, p. 69), habiendo empero planteamientos que consideran de menor injusto la posesión por tratarse de un acto preparatorio, no principal (Gallo, 2006, p. 139; Tazza, 2008, p. 78, 80 y 108), o por ser un acto sin acreditación de finalidad (Filomena, 2016, 218), debiéndose optar por llevar esas conductas a tipos diferentes (García, 1998, p. 28).

Acale (2002, p. 34), con ocasión de la idea precedente, y en una de las pocas oportunidades en que la doctrina ibérica coteja la promoción y la posesión, considera que, mientras para la primera conducta hay congruencia en la parte objetiva (acción) y la subjetiva (dolo); en la segunda la congruencia se rompe, excediéndose la parte subjetiva, pues el delito se consuma poseyendo (parte objetiva), con aquel futuro fin (promoción y otros), sin que sea necesario su efectivo logro, considerándosele por ello, un delito mutilado.

A lo anotado, agregamos también el hecho de que, al aludir a la posesión, los análisis casi unánimes van sólo circunscritos a distinguir si la posesión se destina al consumo o al tráfico (así, por ejemplo, Jiménez, 2022, p. 57), conforme también lo describe Lizano (1982, p. 181).

8.10.1 LA POSESIÓN ILÍCITA, CONSIDERACIONES GENERALES:

En la perspectiva de política criminal, Ambos parte de la idea que los delitos de posesión, *in genere*, forman parte de un derecho policial preventivo (orientado al futuro), que convierte a los poseedores en perturbadores (En Zambrano *et al.*, 2018, p. 192). Desde esta prevención, se construye una doble presunción, tanto sobre la peligrosidad del poseedor, como sobre la posibilidad de que ocurran infracciones (p. 193).

Al igual que en el lenguaje coloquial, posesión o tenencia devienen en sinónimos (Balladares, p. 116), pero convergen en ser un delito de acción (Rosas, 2018a, p. 95), que por lo demás, tendría un nexo racional (según el precedente americano Tot vs U.S.A. de 1943) entre la conducta acreditada y la punición buscada.

Si bien muchas instituciones jurídicas asumen un propio cariz en el derecho penal (Tazza, 2008, p. 63), la posesión debe ser considerada como lo hace la perspectiva civil (Joshi, p. 192), como un dominio, un poder de hecho (Rosas, 2018a, p. 82), una disposición (Cisternas, p. 83; Politoff *et al.*, p. 622) o una capacidad de decisión (Tazza, p. 64). Cabe mencionar que tal perspectiva también es compartida por la jurisprudencia española, conforme lo detalla Jiménez (2007, p. 18). Para Espinoza (1998, p. 153), este dominio se configura tanto desde la propiedad o la posesión, agregando que la norma básica no permite diferenciar ambas categorías.

El dominio, disponibilidad (García, 2020, p. 22), o poder ejercido puede ser tanto real -efectivo-, como potencial -posible- (Ambos, citado por Rosas, 2018a, p. 84), y puede también ser directo como mediato (STS español, 4063/1994, del 30 de mayo), conforme se acoge en el Recurso de Nulidad 343-2015-Junín. Puede, además, ser compartida (Rey, 1999, p. 26).

Con relación al objeto material, vinculados a este tipo de adelantamiento de barreras, puede ser reprochable tanto el poseer objetos peligrosos *per se* (venenos,

sustancias radioactivas, drogas), como de objetos neutrales que pueden causar daño (herramientas) (Ambos, en Zambrano *et al.*, 2018, p. 191).

Para Bramont-Arias, coexisten en el Código Penal tres tipos de posesión: la destinada al tráfico de drogas (segundo párrafo del artículo 296), la que recae en cantidades pequeñas (artículo 298) y la destinada al consumo (artículo 299) (1998, p. 549; 2003, p. 72). Falcone (2014, p. 241) considera una tenencia para consumo, una para comercialización, y una mera tenencia, diferente a las primeras, a la cual llama neutra; en similar sentido, Fichter y Lorea (2021, p. 11 y 14).

Balladares, al analizar esta institución (p. 117), considera que los fines de tráfico a los que hace alusión el segundo párrafo, puede incluir cualesquier actos posteriores a la posesión, como negociar, retener, distribuir, exportar, almacenar, etc. El autor precitado también considera que la posesión requiere la posibilidad de disponer de la droga y que resulta indiferente las circunstancias en las que se posea, con excepción de la cantidad. Al respecto, deberíamos agregar que otras circunstancias también afectarían a la posesión (así, la ubicación en lugares de reclusión, detención, entre otros).

García, en su momento (2005, p. 45), sostuvo separar en tipos penales independientes los actos de posesión de los del primer párrafo, pero sin profundizar con mayor detalle tal separación, refiriendo que la misma idea fue esbozada por Frisancho, con mención a criterios de proporcionalidad, posición acogida en la Ley 28002 de 2003, y sobre la cual Prado considera que así el legislador incorporó ya penas diferentes y proporcionales para cada supuesto respetando su dimensión y su naturaleza antijurídica (2013, p. 211). Para Ríos (2008, p. 134), en la posesión existe un injusto menor respecto de aquel que sí logró traficar la droga, así también Cano (citado por Fichter y Lorea, 2021, p. 3); agregando Bianco que en realidad la tenencia encierra un conato (a modo de actos preparatorios, según Iberico, 2016, p. 134) y por ello resulta desproporcional considerar

una sola pena (2020, p. 36); y así también con Lizano, quien asume que poseer tiene un disvalor menor en comparación con el vender (1982, p. 182 y 259), manteniendo Asua ideas cercanas a las planteadas (2011, p. 480), al igual que Iberico (2016, p. 132).

El disvalor expresado precedentemente, incluye no sólo actos de posesión, sino que autores como Polaino (Citados por Lizano, p. 185), incluyen al transporte y la donación, para una punición menor.

Con relación a la posesión, García refiere que puede ser distinguida de los actos propios de tráfico a través de circunstancias indiciarias (2005, p. 52), sin embargo, no precisa o detalla qué hechos cotidianos pueden encasillarse inicialmente en el primero para, a través de indicios, ubicarlos en el tráfico.

Un enfoque singular enuncia Robles (1982, p. 95), para quien la posesión es un típico acto de comercialización o tráfico.

Es importante acotar además que, conforme resalta Bramont-Arias (2003, p. 71), a diferencia de la posesión del artículo 296, en el artículo 298 -microcomercialización- no se precisa una finalidad concreta, asumiéndola tácitamente vinculada a la primera.

En el caso de la posesión contenida en el artículo 298 del Código Penal, oportunamente Ugaz precisa que dicho término, resulta en sí una fórmula atenuante de tráfico que sanciona los casos de posesión de estupefacientes para la venta en pequeñas cantidades, pero, que por su mala redacción, parecería consistir en mera posesión, pues, a diferencia del artículo 296 -segundo párrafo- no se le añadió la circunstancia “con fines de tráfico”, empero, el autor aludido estima que el artículo 298, es en realidad un tipo subsidiario del tipo base, y por tanto, se ciñe a sus mismas condiciones (2010, p. 196).

Su estructura objetiva sí requiere prueba directa al tratarse de un hecho palpable (Sequeros, 2000, p. 105).

Con relación al aspecto subjetivo, Frisancho (2000, p. 114) considera que además de la circunstancia objetiva de dominio, se requiere un fin ulterior, ultraintención o intención especial (Sproviero y Villavicencio, citados por Rosas, 2018a, p. 88 y 89, respectivamente; Bianco, 2020, p. 34) o adicional (Kcomt, 2018, 1h10m15 y 1h12m40); resultando aquella intención el tráfico; por lo que, en general, son considerados estos delitos, como “de posesión con fines de utilización” (Schroeder, citado por Rosas, 2018a, p. 90).

8.10.2. POSIBILIDADES INTERPRETATIVAS DE DISTINCIÓN

8.10.2.1 Por circunstancias particulares:

8.10.2.1.1. La posesión es sinónimo del depósito o figuras afines:

Se ha considerado que la guarda, depósito o almacenamiento constituye un acto propio de posesión de drogas, siendo esta la posición de Filomena (2016, p. 203) y Balladares, particularmente para el depositario (p. 100), pudiendo acotar que, al ser un acto pasivo, diferente al desplazamiento continuo de la droga -tráfico o tráfico, provenientes del *traffigare* (Rey, 1990, p. 135)- debería considerarse fuera de aquel y por tanto considerársele posesión. Espinoza también considera que la posesión implica el almacenamiento, o el tener en su poder la mercancía tanto como propietario, poseedor o simple cuidador (1992, p. 183), así también Laje (1992, p. 166).

Contra esta postura, la jurisprudencia española (verbigracia, la STS del 18 de abril de 1988, considera al almacenaje como un propio acto de tráfico), la nacional (verbigracia el Recurso de Nulidad 828-2007) y la doctrina española (Luengo, 2017, p. 54) establecen que este acto se incardina en el contenido de los actos de tráfico, junto a los actos de manipulación, venta, aportación, transporte, intermediación, descarga, vigilancia, recepción, entre muchos otros. En igual sentido la doctrina nacional, así, Rosas (2018b,

p. 123) y Caro (En Ambos *et al.*, 2017, p. 178); al igual que la española (Bretones, 2020, p. 82).

Para García (2005, p. 50), el almacenamiento es considerado un acto de tráfico, así también Bramont-Arias (2003, p. 69), Rosas (2019B, p. 251), Joshi (p. 135) y Frisancho (2000, p. 120). Rey (1990, p. 90 y 133; 1999, p. 54) considera no sólo al depósito, sino también al almacenamiento en general.

Desde la jurisprudencia chilena, se ha considerado también que quien guarda droga, aunque no la comercialice, toma parte inmediata y directa en el tráfico (Sentencia de la Corte Suprema del 06 de setiembre de 1995, citada por Cisternas, 2011, p. 85), mientras que otra sentencia considera que aquel que guarda resulta ser un cómplice (Sentencia de la Corte Suprema del 18 de agosto de 1992, citada por Politoff, 2016, p. 605). En Perú, el Recurso de Nulidad 2435-2015-Lima Norte, en cierta forma asume esta relación.

En Argentina, Falcone considera que no sólo el almacenamiento, sino también el transporte, deben ser analizados como un acto de posesión (2014, p. 237; 2006, p. 10; así también Tazza, p. 70), ello siempre y cuando se pueda acreditar la vinculación en el ciclo ilícito, pues resulta inadmisibile que pueda subsumirse al delito de transporte al simple tenedor de drogas por el mero hecho de que se haya subido a un automóvil y lo haya puesto en marcha (Citado por Fichter y Lorea, 2021, p. 4). A este respecto, jurisprudencia reseñada por Tazza (p. 74), considera al almacenamiento como una forma agravada de la tenencia.

8.10.2.1.2. El caso del *burrier*:

Amén del típico caso del *burrier* (extranjero intervenido en aeropuerto), Laines (2018, p. 48 y siguientes) desarrolla diversas subespecies, tales como el “mochilero” (que traslada de los laboratorios a lugares de acopio), la “mula” (más lejano a la organización, porque no conoce a los reales remitentes o destinatarios), “camellos”, “capsuleros” o “dragones” (que ingieren la droga recubierta), y el traslado en “caletas” o “buches”; todos sujetos instrumentalizados (Acostupa, 2014, p. 131) por las mafias existentes. A esta nomenclatura, debe añadirse el término burro o pasero, enunciado por García (2002, p. 468).

En su momento, Frisancho (2007) postuló la idea de considerar a estas personas desde los alcances del segundo párrafo, así, aquellas poseen la droga, asumiendo esta opción también Iberico (2016, p. 131). Ríos (2009, p. 124) consideró que, visto de modo estático o aislado al *burrier*, podría ser calificado como poseedor, y Prado consideró que aquella persona que es detenida con droga para ingresar al penal, es un poseedor con circunstancia agravante (2009, p. 317). Algunas jurisprudencias apuntan a tal criterio, conforme se vio anteriormente (Recurso de Nulidad 2816-2016).

Esta postura parte, a criterio de Frisancho (2007, p. 97) responde a criterios teleológicos y de proporcionalidad. Respecto del primero, considera que la posesión, en general, está más lejos del consumidor, y por tanto el riesgo es menor, a diferencia de la propia venta y la producción. En particular, el *burrier*, no transporta para el consumidor final, sino para terceros, a guisa de un mero detentador —empero reconoce que no es la totalidad de la casuística—. Sobre la proporcionalidad, advierte que es consecuencia del menor daño producido por el *burrier*, y propende a una menor punición (p. 98). Concluye proponiendo un tipo penal de posesión y uno menor de poseedor que lleva a un tercero.

Cisternas considera que, para la legislación chilena, el portar consigo -figura análoga a nuestra posesión- implica no sólo a los burreros -cuya posesión responde a terceros- sino también a los *dealers* -quienes poseen para sí- (2011, p. 86).

Contra esta opinión, existen autores que consideran que tal conducta debe establecerse en el primer párrafo, así Peña (2011a, p. 73; 2013, p. 108) quien además une su argumentación con los “elementos interpretativos” del Acuerdo Plenario 03-2008 - aptos además para la aplicación a situaciones análogas, conforme enuncia Reyna (2018, p. 232)-, y también Villanueva (2020, p. 124, quien los nomina “muleros”), quien para su criterio aquella acción constituye transporte y ergo, un acto de favorecimiento al consumo ilegal, sin embargo, no llega a desarrollar la correspondencia entre transporte y sólo favorecimiento. Este autor, además recoge importantes estadísticas de este fenómeno (p. 126), y a la vez distingue las diferentes modalidades, y las vincula con jurisprudencia atinente, tales como transporte en maleta (Recursos de Nulidad 2870-2014-Lima, 922-2014-Lima, 3863-2010-Callao y 2022-2014-Callao), en ingesta (Recurso de Nulidad 2214-2015-Lima), o como “momia” (Recursos de Nulidad 3223-2014-Callao y 2022-2014-Callao), unida a una abundante casuística y todas castigadas en el contexto del primer párrafo.

Sobre la abundante modalidad aludida en el párrafo que precede, Mangelickx (2012, p. 23), ilustra de modo muy amplio y esquematizado, la eventual calificación que les corresponde, por ejemplo, a los transportistas, traqueteros, poceros, cabecillas, entre otros.

La jurisprudencia española también asume la noción de las “mujeres porteadoras” que ocultan droga bajo su vestimenta, como un acto de transporte, así la STS del 18 de junio de 1984. También la doctrina incluye en este ámbito a las que portan la droga dentro de su cuerpo (Acale, 2002, p. 60), donde además, como prueba, *res ipsa loquitur* (p. 61),

Considerado así al *burrier* como quien se desplaza, y ergo, un transportista, Acale (2002, p. 58) manifiesta que el transporte en sí puede ser atendido tanto como un propio acto de tráfico si recibe una contraprestación -caso típico de la “mula”, o como un acto de promoción, favorecimiento o facilitación si el agente participa en un acto de venta de las drogas transportadas. Debe traerse a colación que, aun cuando el transportista no sepa la cantidad exacta de lo transportado, ello no empece la aplicación de eventuales agravantes por la cantidad, en tanto aquel asume un “dolo general” pues aceptó participar en el delito cuando nada le impidió comprobar la cuantía (Pedreira, 2009, p. 202 y las STS 1233/2004 del 03 de noviembre, 156/09 del 12 de febrero y 1365/2005 del 22 de noviembre, que se refieren a un dolo eventual).

Resulta concluyente por tanto que quien desplaza drogas en su cuerpo, transporta (Lizano, 1982, p. 173), y, por tanto, trafica (Politoff *et al.*, p. 625; Luengo, 2017, p. 50).

8.10.2.1.3. El envío postal:

Los envíos postales son considerados actos de posesión, o, desde la óptica de Molina (2005, p. 112), posesión para traficar. Bajo ese marco, se considera que no es necesario tener la sustancia recogida del correo (STS del 11 de marzo de 1994), o ya en las manos (STS del 21 de junio de 1994) para determinar una responsabilidad penal.

La jurisprudencia nacional, mayoritariamente considera, empero, que esta conducta se circunscribe al primer párrafo, así, entre muchas, el Recurso de Nulidad 1099-2016-Lima, en la cual debe mencionarse que, de manera muy aislada, consideró que el tipo penal debía ser reducido de ocho años a cuatro, por la cantidad ínfima de la droga (superior sin embargo al peso mínimo de la microcomercialización).

8.10.2.2 Por circunstancias genéricas:

8.10.2.2.1. Como acto previo:

En ciertos pasajes de su obra (p. 201) Falcone considera que la posesión es un estado anterior al tráfico propiamente dicho, considerándola un acto de tentativa, o un supuesto de avance de la protección penal (p. 253). También en Argentina, Gallo estima que la posesión viene a resultar un estado preparatorio punible (2006, p. 129), con lo que, por ejemplo, el que entrega deja de ser tenedor (Laje, 1992, p. 106 y 167; Ganzenmüller *et al.*, 1997, p. 128), deja una posesión cualificada (Rey, 1990, p. 139) y el que compra, asume la forma típica de la posesión (Acale, 2002, p. 44 y 64), mientras que el que transporta, asume una tenencia más significativa (Laje, 1992, p. 166). También Lizano refiere que quien produce y quien trafica, primero posee (1982, p. 241).

En España, Jiménez (p. 2007, p. 15) considera que la posesión se enmarca en la anticipación de la consumación delictiva a conductas que sólo cabría reputar como actos preparatorios, mientras que (Acale, 2002, p. 45), esgrime que la tenencia, “no es todavía tráfico”. Similares planteamientos esboza Ambos (En Zambrano *et al.*, 2018, p. 201), al mencionar que la posesión de drogas se precede de actos previos (cultivo, importación, verbigracia), y va seguida de actos posteriores (distribución, tráfico, por ejemplo).

Agrega Rey (1999, p. 154) con relación a estas ideas que:

...todas aquellas conductas típicas que exigen para su ejecución la posesión previa de la sustancia estupefaciente, pues esa conducta consuma el delito, con antelación a los posteriores actos típicos que la requieren (venta, donación, transporte, etc.) de tal manera, que la conducta consumada absorbe los posteriores actos intentados.

Cierta jurisprudencia española (STS 71-2002, del 24 de enero), contraria a la tendencia general, considera a la posesión o el transporte, como comportamientos previos a los que propiamente serían actos de tráfico.

En Chile, Cisternas también es de la idea que transferir droga, a cualquier título, supone haberlas poseído, transportado, guardado o portado consigo durante un espacio temporal determinado, aunque sea mínimo (2011, p. 50 y 67).

Así cuando las circunstancias de la posesión (que para Chile abarca también transporte, guarda o porte) sean indiciarias del propósito de traficar (Cisternas, p. 51), se asumirá esta última conducta.

Ríos (2009, p. 124) sugiere también como una alternativa posible que el agente poseedor pueda encontrarse en una etapa anterior al tráfico, sin embargo, considera que sólo cabría como previa la fabricación. En otra obra, el autor (2008, p. 133), sí considera factible a la posesión como un estadio previo al tráfico.

Villanueva (Citado por Ambos, p. 409) refiere que suministrar drogas o venderlas, o consumirlas (p. 415) son actos posteriores al llevar consigo.

Igualmente, a consideración de Prado (2013, p. 609) y Peña (2011a, p. 65) la posesión es un acto anterior al tráfico, en cualquiera de sus manifestaciones. En símil consideración, Rosas (2018b, p. 103), considera que la posesión no requiere que la finalidad de traficar se concrete, *rectius*, que se realice un acto posterior de comercialización.

En la clasificación de Queralt, los actos de tráfico serían los principales (venta y permuta), los previos (tenencia) y los auxiliares (transporte) (citado por Molina, 2006, p. 286). Espinoza consideró como actos genéricos, la elaboración, el tráfico y la posesión

(1998, p 186). Para Lorenzo (1983, p. 131), la tenencia es un eslabón entre el transporte y la venta.

Para Ganzenmüller *et al.* (1997, p. 122) y Blanco (2005, p. 386), al grupo precitado le agrega los actos de fomento, que incluyen la promoción, favorecimiento y facilitación, así como la propaganda, apología, ofertas, proselitismo y afines. El mismo análisis estimó Burnster para la legislación mexicana (1993, p. 35)

Ha de mencionarse la disidente posición de Villegas (2001, p. 69), para quien es con la adquisición o la compra que recién se llega a poseer.

8.10.2.2 Según el destino:

El Recurso de Nulidad 1165-2015-Lima, tal como precisa Rosas (2017, p. 110), es, sino el único, uno de los pocos pronunciamientos expresos jurisprudenciales donde se pretende una diferenciación entre las conductas previstas en el primer y el segundo párrafo, basando la misma en base a la apreciación del destino predeterminado. Su criterio se asume también en el Recurso de Nulidad 1824-2019 y en la Casación 600-2019-Ayacucho.

Tal sentencia, consideró que el guardar droga en casa, debía calificarse dentro del primer párrafo, pues estima que a dicho párrafo le basta que se realicen actos de promover, favorecer o facilitar el consumo, mediante actos de tráfico o fabricación, no requiriéndose acreditar una finalidad ulterior, y por ello incluso la mera tenencia –o tenencia abstracta (Queralt, 2002, 717)- puede ser penalizada. Ello no ocurre con la posesión, en donde la finalidad ulterior del agente se orienta a un acto posterior de tráfico, necesitando constatarse que la droga va a ser objeto de circulación, de comercialización, venta, etc., que ya cuenta con un destino predeterminado (fundamento jurídico 13).

Rosas (p. 120) critica tal postura, pues a su consideración la posesión de droga siempre tendrá una finalidad ulterior, y en el caso resuelto, guardar sustancia tenía por fin promover el consumo. Ello se relaciona con la idea del autor citado, quien considera que siempre y en todo caso se requiere una posesión de la cosa para traficarla (p. 132).

8.10.2.2.3. Por la exportación:

Rosas (2017, p. 111; 2018b, p. 106; 2019b, p. 82, 247, 340) propone un particular y novedoso criterio de distinción, y considerando criterios criminológicos, afirma que será la fase del ciclo de la droga lo que definirá la tipificación, así, refiere que toda actividad que tenga como destino inmediato el consumo interno, corresponderá ser calificado dentro del segundo párrafo; mientras que en la conducta de tráfico se comprenderán una serie de comportamientos asociados a la exportación de drogas para su posterior comercialización, esto, es la distinción deberá basarse en el alejamiento de la sustancia respecto el consumidor final (p. 120 y 122). Criterio cercano expone Filomena (2016, p. 184).

A su argumentación añade el particular contexto nacional, donde nuestro país es productor de drogas destinadas principalmente al consumo externo y una pequeña cantidad lo es para consumo interno (p. 121).

De lo antedicho, y dependiendo del ciclo en que se encuentra la posesión de la droga -que como el autor refiriera anteriormente, se manifiesta en todo el *iter*-, el término tráfico del primer párrafo implica una serie de comportamientos asociados a la exportación (2018b, p. 104), mientras que la posesión los asocia a la demanda interna (p. 145), pues a su criterio, corresponde a la fase donde la sustancia es puesta a disposición del consumidor final (2018b, p. 78 y 105; 2019b, p. 400), que correspondería

eventualmente a los distribuidores o surtidores drogas en calle (Lizano, 1982, p. 158), siendo aquellos el enlace más directo entre las redes criminales y los consumidores (160).

Rayanas ideas fueron esbozadas por Paladines (2016, p. 33), quien anota cuatro niveles o bandas de tráfico -mínima, mediana, alta y gran escala-, relacionados al expendio local, regional, nacional e internacional.

8.10.2.2.4. Por ausencia de contacto con el consumidor:

En apreciación muy cercana a la precedente, y a criterio de García (1998, p. 28) la posesión implica que el autor del hecho no entra en contacto con el consumidor quedando relegada su actividad a la disposición sobre la sustancia, *ad contrarium*, el contacto con el consumidor encasillaría la conducta bajo los alcances de las conductas que se refieren al promover, favorecer y facilitar el consumo.

8.10.2.2.5. Como tráfico no probado:

Una posible forma de distinguir el primer párrafo del segundo, es considerar que todo acto que no pueda ser configurado -ni probado- como actos de tráfico, sea considerado un acto de posesión.

Luzón refiere al respecto: “La posesión suscita el problema de determinar, cuando el agente no sea sorprendido en actos de tráfico, si está destinada al propio consumo, o a su difusión” (2009, p. 251). Ideas semejantes a las planteadas por Gallo, pues a su criterio, el anticipo de punibilidad se encuentra justificado por las dificultades probatorias que rodean a los actos de tráfico (2006, p. 129), dado que es más fácil comprobar la tenencia que sorprender al autor comercializando la droga (p. 133) y por ello, ante la inexistencia

de prueba directa (Sequeros, 2000, p. 104), prescindir de la prueba indiciaria induciría a la impunidad de ciertos delitos (Rey, 1990, p. 108), pues: “si por ejemplo, falta la prueba de uno de los comportamientos ligados al tráfico de droga, como puede ser la venta, el sujeto permanece punible por los otros (la posesión, el transporte” (Rey, 1999, p. 23).

El mismo parecer muestra Ambos (En Atahuama *et al.*, 2018, p. 201), en tanto castigar la sola posesión facilita la persecución penal con la reducción de requisitos probatorios, tanto más, para conductas pequeñas (Mohamed, 2015, p. 16 y 307).

Casuística parecida reseña Lizano (1982, p. 159), afirmando que “la transferencia de la sustancia se tiene que llevar a cabo, pero puede suceder, que, por diversas circunstancias, esa transferencia no se realice, configurándose automáticamente el delito de posesión o tenencia”.

En este ámbito, la posesión debe demostrarse por prueba directa, perceptible, pero el ánimo de tráfico reside en la psique del agente (Rey, 1990, p. 113).

Si bien se considera que, de no poder probar *prima facie* el tráfico *per se*, puede construirse la intención del tráfico con circunstancias indiciarias, tal objetivo no puede reducirse a un uso excesivamente mecánico de datos objetivos de cara al ánimo de traficar (Diez, 2007, p. 720), tanto más si las diferencias entre los indicios son más cuantitativos que cualitativos (Lluch, 2016, p. 10), pues conforme expone Ugaz, cada indicio individualmente visto se acompaña inevitablemente de contraindicios (2010, p. 200), en concatenación con los criterios establecidos jurisprudencialmente, verbigracia, el Recurso de Nulidad 1912-2005-Piura (Arbulú, 2012, p. 453).

Fichter y Lorea, consideran también que la mera tenencia existe cuando no pudo comprobarse que la posesión se hallaba vinculada al ciclo económico (2021, p. 11), noción también compartida por Filomena (2016, p. 184) y por Laje, quien refiere: “Lo

que ocurre es que por razones de política criminal, nada más que por ello, el legislador prefiere atrapar al tenedor cuando efectivamente tiene, y no cuando compra o recibe, que es lo mismo que decir cuando participa en el tráfico ilícito” (1992, p. 177). Estas ideas son compartidas igualmente por Falcone (2014, p. .222), pues esgrime que la tenencia presente un menor número de elementos.

Amén de que la configuración -y la doctrina- atingente a la posesión es precaria, Díez lamenta que no se hayan introducido reglas específicas convenientes no sólo para la posesión por consumo, sino igualmente con la posesión para traficar escasas cantidades de droga (2007, p. 721).

Si bien ha sido tradicionalmente considerado que la intención de traficar recae en indicios, Tazza, hace mención también a fuentes directas, tales como las interceptaciones telefónicas o el propio reconocimiento del sujeto activo (2008, p. 65).

8.10.3. AUSENCIA DE DIFERENCIACIÓN:

Al igual que sucede con la distinción de los verbos de expansión (promover, y otros), ni la doctrina, ni la jurisprudencia española, se han decantado en establecer una diferencia plena entre la posesión y el tráfico.

Para aterrizar lo descrito, Joshi, verbigracia, desarrolla la figura de la posesión (p. 191 y siguientes) desde un punto de vista interno, analizando su contenido, sus clases -mediata o inmediata-, pero no especifica qué diferencia un hecho en particular de ser posesión o pleno tráfico. Adicionalmente llega a considerar que se puede probar el propio tráfico desde la flagrancia -venta, por ejemplo- o desde los indicios (p. 136), recopilando (STS del 9 de setiembre de 1992 y 4 de mayo de 1990) y hasta repitiendo a veces jurisprudencia (STS del 14 de febrero de 1992, p. 146 y 192) que usa tanto para el análisis del tráfico como para el de la posesión. Bajo esta misma perspectiva, considera el envío de droga tanto como tráfico (p. 171) o como posesión (p. 193).

Dicha autora (p. 181 y 188) y Pedreira *et al.* (2009, p. 38), recopilan muchas conductas que la jurisprudencia española, considera -nuevamente de modo indistinto- que promueven, favorecen o facilitan, así: recuperación química de la droga, financiación, almacenaje, mediación, entre otros, sancionándose inclusive al que indica o acompaña al comprador al lugar que conoce expenden drogas (Rey, 1990, p. 153), aunque en ocasiones esta actividad sea considerada complicidad secundaria, pues sería un “favorecedor del favorecedor” (STSs del 10 de octubre de 1995, 24 de junio de 1995, 30 de mayo de 1991 y 16 de junio de 1995), posición compartida también por Luzón (2018, p. 329) y Corcoy (2011, p. 629).

Y es que tal entretejo también se aprecia en nuestra doctrina, conforme advierte Rosas (2017, p. 114), pues tanto Prado Saldarriaga como Peña Cabrera indistintamente usan los verbos del Decreto Ley 22095, para encasillarlos en el primer o segundo párrafo, lo que lleva a reconocer al autor referenciado que “no resulta sencillo delimitar los comportamientos”. Vemos también, por ejemplo, que, al analizar la figura de posesión, Peña (2011a, p. 76) la desarrolla aislada o internamente, sin confrontarla con el contenido del primer párrafo. Se aprecia además cierta confusión en la calificación de actos, pues cuando para tratar el aspecto subjetivo menciona actos objetivados (2011a, p. 81), en realidad se tratan de actos concretos de tráfico, así cuando se refiere del container objeto de pesquisa, no existe una posesión, sino un almacenamiento, cuando habla de un domicilio con laboratorio de drogas, tampoco se aprecia posesión, sino actos de fabricación.

En la jurisprudencia suprema, también se aprecian confusiones, pues en casos de conspiración se delimita que tal preparación fue para promover (Recurso de Nulidad 29-2017/Nacional), para favorecer (Expediente 56-2014), para promover y facilitar (Recurso

de Nulidad 3596-2014), o para promover, favorecer o facilitar (Recurso de Nulidad 1014-2009), enunciando tales verbos sin mayor implicación.

Este paralelismo suscitado al analizar tales figuras, permite considerar a Ríos que en la doctrina no existen puntos de contacto (2009, p. 124) entrambas.

De alguna manera, Peña (2011a, p. 77) considera que se requieren precisiones interpretativas, que distingan la posesión con fines de tráfico, de aquella con fines de consumo. Esto permite reforzar el hecho de que esta institución no se encuentra delimitada a plenitud.

8.10.4. COMO GÉNERO Y ESPECIE – POSICIÓN PERSONAL:

Rosas (2018b, p. 135; 2017, p. 118; 2019b, p. 385) ha considerado que la posesión es *conditio sine qua non* para ejercer actos de tráfico, pues indica que se requiere posesión para traficar en general, o que para el acopio o depósito (p. 148) y en el transporte de drogas se requiere también de la posesión (p. 137), pues son otras formas de posesión (2018b, p. 106); en suma, el tráfico para este autor implica siempre un traslado de dominio o posesión (p. 132 y 135). La misma reseña describen Ganzenmüller *et al.* (1997, p. 132), al estimar que la tenencia y el transporte pueden concurrir en una misma persona, o encontrarse disociados -en caso de envíos-, con similar afirmación, Rey (1990, p. 106). Ríos, es de la idea que, de una u otra manera, el acto de poseer droga está relacionado con una función que cumple dentro del tráfico de drogas (trasladando, transportando, exportando) (2009, p. 124), así pues, una conducta permanente y constante, aunque latente. En la misma línea, Rey (1990, p. 100; 1999, p. 26), refiere que existe posesión si se oculta sustancia dentro de una nave o u automóvil, o en un paquete postal; al igual que Politoff *et al.*, para quienes aquel que transfiere, necesariamente posee (p. 624), al igual que quien importa, transporta o exporta (p. 625). Con mayor explicitud, Requejo (2020,

p. 66) considera que el transporte es la actividad auxiliar más próxima al tráfico, una forma de posesión que adquiere sustantividad propia.

En España, Cobo (Amezúa, 1977, p. 158), considera que quien usa drogas, las vende, dona, fabrica, entre otros, en realidad tiene las mismas, esto es, las poseen. Su jurisprudencia, de modo indirecto y aislado -STS 243/1997, del 22 de febrero-, refiere que: "...se hace circular lo que es simple detentación de droga...". Y del mismo parecer es Lizano, al analizar anterior legislación boliviana, indicando que se aplicarán preceptos específicos, cuando de la tenencia resulte la fabricación, suministro, tráfico u otros (1982, p. 217), reiterando que cuando se sorprende al delincuente fuera de cualquier acto de cesión, estaremos en presencia del simple delito de posesión (p. 241).

Sin profundizar al respecto, Prado, al referirse a los actos de posesión (2007b, p. 755), indicó que el agente debe poseer la droga para distribuirla, transportarla, venderla, exportarla, etc. Espinoza opinó que todos los que intervienen en el proceso de comercialización como participantes en el delito, son englobados bajo el concepto genérico de "poseedor" (1998, p. 154). Dentro de esa serie de actos, Rey (1999, p. 61) refiere que quien destina una droga para venta, más allá de la concreción del acto, ya ha incurrido en una "posesión cualificada".

De modo expreso, Falcone refirió que la tenencia es el común denominador de todos los comportamientos que conducen al tráfico ilícito, así el almacenamiento (2014, p. 222, 241 y 576; 2006, p. 9), como inclusive el transporte (2006, p. 13). Bajo esta misma noción, Castillo considera que esta figura se da en todas las modalidades (2006, p. 65), pues afirma que inclusive el que siembra, vende o manufactura también posee las drogas, coincidiendo con el planteamiento de Manzanares (2016, p. 1216), cuando declara que los delitos se consuman con la mera conjugación de los verbos nucleares (y la finalidad específica de la posesión). A iguales reflexiones arriba Cano (citado por Fichter y Lorea,

2021, p. 3), pues a su entender, la diferencia entre la tenencia y el transporte de estupefacientes se asienta en que, en un caso, la droga hallada se encuentra “en movimiento”. Contribuye a estas ideas las STSs del 10 de febrero de 1994, al establecer que el transporte, implica una tenencia transitoria, en cercano sentido, Manzanares (2016, p. 1215) y Almanza (2020, 22m). En este cotejo del transporte y la tenencia, Molina (2005, p. 110) es de la noción que, si el transportista no es el dueño de la droga, es un favorecedor, pero sí lo es, responde a título de tenedor de esta; Ruiz, por su parte, considera que el dueño de la droga transportada es el poseedor, mas no el transportista (2009, p. 15).

Otros autores argentinos avienen en incidir en el aspecto precitado, pues para De Luca y Riggi, todo transporte que sea un tramo del tráfico constituirá necesariamente una tenencia para comercialización (citado por Fichter y Lorea, p. 4 y 7, respectivamente). Para el primer autor la tenencia es el género, y el transporte, la especie (p. 5). En el caso de la comercialización, también se aprecia, este contexto a modo de una relación de implicación, desde el análisis de Gallo (2006, p. 134), quien considera que el elemento tenencia le es inherente a la comercialización del objeto. Así también Laje (1992, p. 165) afirma que tiene quien lleva droga, quien la conserva, o quien la entregará (p. 167).

El Acuerdo sudamericano sobre estupefacientes y psicotrópicas de Buenos Aires, del 27 de abril de 1973 (Primer Protocolo Adicional), describió como figuras delictivas que las legislaciones penales debían prever, la siembra, comercialización, venta, transporte, y otras conductas; y además, las tenencias (sic) de las sustancias, fuera de los casos anteriores.

Bajo estas apreciaciones, no existirían tres tipos de posesión -como sostiene Bramont-Arias-, sino una sola, que se manifiesta en actos concretos.

De consuno con lo esbozado, Jiménez, al analizar la posesión, es de la idea de que, aun cuando no exista un contacto directo con las drogas, los líderes también poseen la sustancia, pues “iría contra el espíritu de la norma al dejar fuera del campo penal a los grandes traficantes que manejan el ilícito negocio a distancia, mediante simples llamadas de teléfono, u otros signos o formas con los que poseen en términos de materialidad la sustancia” (Luengo, 2017, p. 17). Refuerza este planteamiento en líneas posteriores, al referir que están incluidos como detentadores materiales de la droga, con disponibilidad sobre la misma, bien que muy limitada en ocasiones, los transportistas y correos, y los que hacen labores de guarda y custodia, realizando todos ellos comportamientos que conjugan los verbos favorecer y facilitar (p. 18), disponibilidad exigida además en diversa jurisprudencia (STSs 71/2002, del 24 de enero, del 24 de setiembre de 1996, y 12 enero de 1996) y reseñada por la doctrina (Joshi, en Corcoy *et al.*, 2019, p. 652; Bretones, 2020, p. 92). Gallo añade a este grupo, el caso de aquellos que encargan el comercio a terceros (2016, p. 128), al igual que quien contrata un envío de sustancias (Politoff *et al.*, 2016, p. 626). En general Falcone, es de la opinión de acudir a otras figuras como la autoría mediata (2007, p. 8), así también Filomena (2016, p. 213).

Ambos (En Atahuama *et al.*, 2018, p. 200), abona también en las ideas reseñadas, pues considera que su naturaleza engloba tres actos positivos: adquirir, mantener y usar, pero no pueden ser vistos en un mismo nivel, pues usualmente son criminalizados de un modo separado.

Con todo, la posesión como refirieran Arpasi (2019, p. 148) y Ambos –delitos de no conducta- (En Zambrano *et al.*, 2018, p.198 y en Atahuama *et al.*, 2018, p. 199 y 208), tiene una connotación estática antes que dinámica, añadiendo el último autor que el usar la sustancia, como un objetivo específico de la posesión, vincula la posesión con una conducta y de ese modo se distingue ya de una mera posesión (p. 210), pudiéndose

entender que la posesión no describe conducta alguna, sino una relación o estado de hecho (Struensee, citado por Tazza, p. 84).

Con lo reseñado, es de plantearse a modo de distinción, una relación de género a especie entre la posesión y los actos de tráfico: mientras en el primer párrafo del artículo 296 citado, se castiga la posesión de drogas evidenciada o concretizada en un acto de tráfico, esto es, una posesión especificada, en el segundo párrafo se castiga la posesión de drogas que no pudo ser determinada, exteriorizada o especificada, es decir una posesión ausente de especificación, *mutatis mutandis*, una posesión genérica.

A modo de ejemplo, alguien intervenido vendiendo droga, posee droga en la forma de oferta y venta, y estos verbos guardan relación tanto con normas matrices (Convenio de 1961, artículo 36), como con normas históricas nacionales (*ad exemplum*, el artículo 2, b de la Ley 11005), en otras palabras, vender es un acto de tráfico, es una posesión encasillable en un verbo. Si alguien es intervenido transportando drogas, ocurre lo mismo, ha concretizado la posesión en un verbo concreto, respaldado en las normas antes aludidas (Convenio y leyes históricas), las que sin embargo sólo son referenciales o ilustrativas, no taxativas; lo que se requiere es que la posesión se haya exteriorizado en una imputación concreta.

No ocurre un acto de tráfico, por ejemplo, cuando una persona es encontrada en un lugar -sin más actividad- con droga en su registro personal, no puede apreciarse en su conducta un verbo, sólo está o tiene la droga, pero no ha exteriorizado una conducta o verbo aplicable.

Considero que esta distinción, no sólo cumple un criterio de generalidad, tiene un sustento trasuntado de la doctrina, y guarda coherencia con los planteamientos asumidos para considerar como conductas punibles los actos de tráfico del primer párrafo, sino que cubre las exigencias actuales del derecho penal, que exige una plena imputación para el ejercicio de la defensa.

CONCLUSIONES

1. Desde una visión histórica, la legislación mundial antidrogas propende a penalizar toda etapa del ciclo de la droga, y bajo la misma tendencia, criminaliza toda conducta que difunda el consumo de drogas. Esta tendencia omnicomprendensiva ha sido asimilada por todas las naciones, y particularmente nuestro país asume también esta vocación prohibicionista. A su vez, esta corriente, exige que bajo cualquier costo y mermando la primacía de ciertos preceptos penales generales, el narcotráfico sea castigado.
2. Al recorrer la historia legislativa relativa al combate al narcotráfico de nuestro país, podemos apreciar que, si acogemos la postura de mantener los verbos “promover, favorecer y facilitar”, tradicionalmente se acogió la opción contraria, resultando pues el contenido del artículo 296 del Código Penal, una excepción histórica en su evolución legislativa.
3. El derecho comparado admite dos grandes vertientes en los delitos relacionados al tráfico de drogas, una que describe de manera genérica conductas punibles, sujetas a la interpretación jurisprudencial y doctrinal, y otra vertiente que castiga conductas concretas. Una gran mayoría de legislaciones ha optado por los verbos rectores concretos. Nuestra legislación, por otra parte, ha optado por la primera tendencia, aunque de modo excepcional.

4. Si bien se han advertido tensiones con los principios penales generales al desarrollar la normativa antidrogas, la perspectiva constitucional nacional prepondera a esta última, posición que guarda concordancia además con perspectivas constitucionales de raigambre romano - germánica.
5. La jurisprudencia nacional no ha analizado el contenido de los verbos rectores establecidos en el artículo 296 del Código Penal. Tampoco la jurisprudencia ha precisado si los verbos rectos son el “promover”, “favorecer” o “facilitar” o si son los “actos de tráfico”. La jurisprudencia nacional tampoco ha analizado o ha definido cuál es la diferencia determinante para que un hecho sea castigado dentro del contenido del primer párrafo, o para que tal hecho sea considerado una posesión de drogas.
6. Ha de considerarse que el primer párrafo del artículo 296, establece como verbos rectores, no el “promover, favorecer o facilitar”, expresión que encierra en un bloque indiferenciable, que es la consecuencia o el resultado de los verdaderos verbos rectores, contenidos como “actos de tráfico”. Estos actos de tráfico pueden recogerse tanto de normativa precedente (Decreto Legislativo 22095), como del propio Convenio de 1961.
7. Más allá de las posibilidades interpretativas precedentes, ha de considerarse que el primer párrafo del artículo 296, establece como verbos rectores, no el “promover, favorecer o facilitar”, expresión que encierra en un bloque indiferenciable, que es la consecuencia o el resultado de los verdaderos verbos rectores, contenidos como “actos de tráfico”. Estos actos de tráfico pueden

recogerse tanto de normativa precedente (Decreto Legislativo 22095), como del propio Convenio de 1961.

8. La distinción entre la posesión de drogas -segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal- y los actos de tráfico -primer párrafo del citado artículo-, estriba en considerar a la posesión como el género -abstracto- y los actos de tráfico como una especie -concreta-. Para poder distinguir cuando un hecho es contenido en el primer párrafo del artículo 296 del Código Penal, debe considerarse que tal hecho sea imputable en un acto concreto de tráfico. Si no es posible imputar un acto concreto de tráfico, sólo podrá imputarse al sujeto activo como poseedor de drogas.

RECOMENDACIONES

1. Debe recomendarse al legislador contemplar la posibilidad de modificar la norma contenida en el artículo 296, sólo invirtiendo el orden de su texto, así, se tendría:

“PROYECTO DE LEY

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

A). Exposición de motivos:

En nuestro país, el primer párrafo del artículo 296 del Código Penal, relativo al tipo base del Tráfico Ilícito de Drogas, es interpretado de múltiples y hasta contradictorias maneras, tanto a nivel fiscal como judicial.

No existe en nuestro sistema jurídico penal, un criterio uniforme que interprete qué hechos deben ser considerados en las conductas establecidas en tal artículo. La doctrina nacional ha enfatizado que se requiere modificar el artículo precitado para efectos de una interpretación más armoniosa con el contenido del delito, para conllevar a su vez a una aplicación predecible.

De lo antes descrito, nueva doctrina nacional ha considerado que, tanto por la norma nutricia del citado artículo (Legislación española), como por la propia tradición legislativa en delitos de tráfico de droga, los verbos rectores a considerarse no son el promover, favorecer o facilitar - como cierto sector doctrinal y toda la jurisprudencia ha asumido en correlación-, sino que la acción típica debe recaer en los “actos de fabricación” y los “actos de tráfico”, siendo el promover, favorecer o facilitar el resultado que el agente busca al realizar actos de tráfico, que en definitiva convergen en la difusión de la droga, siendo además estos últimos verbos de una connotación sumamente gaseosa además.

En tal sentido, al invertir la secuencia decriptiva del artículo en ciernes, se entenderá irrefutablemente que la acción a investigarse y calificarse son concretos actos de tráfico (vender, transportar, almacenar, etcétera), que requieren como resultado lógico una difusión (promoción, favorecimiento o facilitación) de la droga.

B). Análisis Del Costo-Beneficio:

El presente Proyecto de Ley que propone la modificatoria del artículo 296, primer párrafo, no genera ningún costo al Presupuesto de la República, pues evitará posiciones contradictorias en la jurisprudencia, generando predictibilidad y seguridad jurídica, con ahorros inclusive al propio Estado (Poder Judicial y Ministerio Público).

C) Análisis de impacto de la vigencia de la norma en la legislación nacional:

Dado que se propone la modificación de una ley ordinaria, la aprobación de este Proyecto de Ley, requiere – de acuerdo al artículo 105 de la Constitución Política – una mayoría simple de los miembros del Congreso. Luego de la aprobación del presente proyecto de ley, se deberá modificar el Código Penal.

FORMULA LEGAL

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 296 DEL CODIGO PENAL:

El Congreso de la República ha dado la siguiente Ley:

Artículo Primero.- Modifíquese el primer párrafo del artículo 296 del Código Penal en los siguientes términos

“El que mediante actos de fabricación o tráfico, promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, 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).”

Artículo Segundo. Deróguense todas las normas que se oponen a la presente ley”.

2. Se recomienda a los integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema, uniformizar la jurisprudencia, a fin de considerar, como primera posibilidad una distinción entre los verbos en cuestión, como segunda opción el no hacer mayores diferenciaciones; o como tercera posibilidad la adopción de considerar que los verbos rectores del delito de Tráfico Ilícito de Drogas recaen en los actos de tráfico y no en el promover, favorecer o facilitar, los cuales resultan el resultado u objetivo proyectado en el delito.
3. Se recomienda también a los integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema, uniformizar la jurisprudencia, a fin de considerar que toda conducta que no pueda ser considerada un acto de tráfico sea considerada como una posesión de drogas. Este aspecto no sólo es necesario por una temática teórica, sino que la misma acarrea una disminución sustancial de la pena a imponerse.

REFERENCIAS

- Acale Sánchez, M. (2002). Salud pública y drogas tóxicas. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Acostupa Huallparimachi, R, El delito de tráfico ilícito de drogas: Actos típicos y supuestos de atipicidad. *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 188, mayo, 2014, pp. 129-136.
- Agudo Fernández, E., Jaén Vallejo, M. y Perrino Pérez, A. L. (2019). Derecho Penal aplicado. Parte Especial. Delitos contra intereses colectivos o difusos. Madrid: Dykinson.
- Alcalde López, M. (2016). Tráfico ilícito de drogas e inmigración ilegal en Canarias. Madrid: Dykinson.
- Almanza Altamirano, F. [CFOCAP] (07 de octubre de 2020). *La configuración del delito de tráfico ilícito de drogas en sus diversas modalidades* [Video]. Youtube. <http://youtube.com/watch?v=0hNE4xGFkZI>.
- Altava Lavall, M. La tipificación del delito de Narcotráfico. Su tratamiento en el Nuevo Código Penal de 1995. Boletín de información del Ministerio de Justicia, N° 1797. Madrid, 1997.
- Alvarado Yanac, J. (2019). Vademecum Penal. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Álvarez Fraile, Eduardo. El delito de tráfico de drogas. Trabajo Fin de Máster. Universidad de Alcalá, 2020. <https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/46168>.

Álvarez García, F. J., Andrés Domínguez, A. C., Castro Moreno, A., Dopico Gómez-Aller, J., Gutiérrez Castañeda, A., Lamarca Pérez, C., Manjón-Cabeza, O., Otero Gonzáles, P., Pedreira Gonzáles, F. M., Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2009). El delito de tráfico de drogas. En Álvarez García, F. J. (dir.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Ambos, K. (2003). Acerca de los intentos de control de drogas en Colombia, Perú y Bolivia. En L. A. Paredes Galván, L. A. (Ed.). *Estudios penales: libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias* (401-434). Editorial San Marcos. Lima.

Ambos, K. (2010). Fundamentos y ensayos críticos de derecho penal y procesal penal. Lima: Palestra Editores S.A.C.

Ambos, K., Núñez, N. T., Umprimny, R., Chaparro S., Cruz, L. F., Soberón Garrido, R., Herencia Carrasco S., Mizrahi, E., Alfonso C., ..., Giráo Monteconrado, F. (2017). Drogas ilícitas y narcotráfico. Nuevos desarrollos en América Latina. En K. Ambos, E. Malarino y M-C Fuchs. (edit.). Bogotá: Temis Ltda.

Amezúa, E., Beltrán Ballester, E., Beristain, A., Boix Reig, J. R., Casabó Ruiz, M., Cobo del Rosal, M., Fernández Albor, A., Gisbert Calabuig, J. A., López Santisteban, A., Martí de Veces Puig, M. del C., Martín Mateo, R., Martínez Morales, J. L., Mato Reboredo, J. M., Orts Berenguer, E., Rodríguez Ramos, L., Rojo Sierra, M., Torio López, A., Vázquez, F., Vives Antón, T. S. (1977). Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes. En M. Cobo del Rosal (dir.). Valencia: Universidad de Valencia.

- Araujo Reboucas, S. (2013). Autoría y participación en los delitos de tráfico de drogas. *Derecho Penal y Derecho Comparado. Revista da Faculdade de Direito* (34), pp. 539-563.
- Arbulú Martínez, V. J. (2012). Comentarios de los precedentes vinculantes penales. *Análisis de las decisiones vinculantes de la corte suprema*. Lima: Ediciones Legales E.I.R.L.
- Arpasi Manrique, O. R. El tipo base del delito de tráfico ilícito de drogas. *Apuntes dogmáticos para su revisión. Gaceta Penal y Procesal Penal*, N° 117, marzo 2019.
- Asociación Peruana de Estudios e Investigación para la Paz (1990). *Cocaína: problemas y soluciones andinos*. Lima: APEP.
- Asua Batarrita, A. (2011). Casos que hicieron doctrina en el derecho penal. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez (coord.) Madrid: La Ley.
- Aurazo Martínez, M. A. (1997). *Tráfico Ilícito de Drogas*. Lima: s/ed. P. 133.
- Balladares Aparicio, U. (2010). El delito de tráfico ilícito de drogas. Lima: IDEMSA.
- Bascur Retamal, G. J. Consideraciones sobre la delimitación entre coautoría y complicidad en el contexto del derecho penal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia* – N° 23 – Año 2015, págs. 175-226.
- Bergman, M. (2016). *Drogas, narcotráfico y poder en América Latina*. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A.
- Beristain Ipiña, A. (1983). *Comentarios a la legislación penal*. (Tomo V). (Vol. 2). Madrid: Edersa.

- Bernaus, J. F. y Monteverdi, P. (1996). *Estupefacientes: Aspectos jurídicos y médico - legales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Berrú Marreros, M., Manrique Bustos, I. C., Castellares Puente, E. E., ... *et al.* (2004). *Realidad peruana en el delito de tráfico ilícito de drogas y legislación compara con Estados Unidos*. Lima: Sin editor.
- Bianco, L. A. (2020). *Narcotráfico y estupefacientes. Análisis de la Ley 23.737*. Recuperado de <https://archive.org/details/ley23737bianco/page/n207/mode/2up>.
- Blanco Lozano, C. (2005). *Tratado de Derecho penal español. Tomo II. El sistema de la parte especial. Volumen 2. Delitos contra bienes jurídicos colectivos*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Boix Reig, F. (1999). *Derecho Penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bramont-Arias Torres, L A. (2003). *Recientes modificaciones en la tipificación de los delitos de tráfico ilícito de drogas*. Actualidad Jurídica. N° 117, agosto, Lima.
- Bramont-Arias Torres, L. y García Cantizano M. (1998). *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. (48 ed.). Lima: San Marcos.
- Bretones Alcaraz, F. (2016). *El narcotráfico organizado. Análisis del art. 369 bis del Código Penal*. Tesis de doctorado. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España.
- Bretones Alcaraz, F. J. (2020). *El delito de tráfico de drogas. Cometido por personas que pertenecen a una organización delictiva*. Madrid: Dykinson.
- Briceño P. C. (1989). *Pasta básica de cocaína y hecho punible*. Lima: Escrib Editores S.R.L.

Bueno Arús, F. (2005). La ciencia del derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica. Navarra: Civitas.

Burnster Briceño, A. El régimen de la droga en México. Una visión panorámica. Boletín Mexicano de Derecho Comparado – N° 76 – Año 1993, págs. 15-43. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3034/3289>.

Calderón Navarro, N. (2004). Narcotráfico: La experiencia peruana. Universidad Alas Peruanas. Lex Año II, no. 2, pp. 31-43.

Carbonell Mateu, J. (1986). Consideraciones técnico - jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas. En la Problemática de la droga en España. Análisis y propuestas político - criminales. Madrid: Edersa.

Cárdenas de Ojeda, O. (1974). Toxicomanía y narcotráfico: Aspectos legales. México D.F.: Fondo de Cultura económica.

Castillo Maximiliano, G. (2006). La tipificación del narcotráfico en los delitos contra la salud en la legislación mexicana. [Tesis de licenciatura], Universidad Alzate de Ozumba - México]. <https://repositorio.unam.mx/contenidos/228742>.

Cerezo Domínguez, A. I. y Arenas García, L. (2016). Estudio longitudinal del tráfico de drogas y de su impacto en la delincuencia. Revista para el análisis del Derecho (InDret) 1/2016. Recuperado de <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1196.pdf>.

Chang Kcomt, R. [JUSTICIA TV] (22 de junio de 2018). *Aspectos dogmáticos en el delito de tráfico ilícito de drogas* [Video]. Youtube.
<https://www.youtube.com/watch?v=nte5dDAzCIIs>.

Chaparro Hernández, S. R. y Pérez Correa C. (2017). *Sobredosis carcelaria y política de drogas en América Latina*. Bogotá: Ediciones Antropos Ltda.

Chinchilla Calderón R. Criminalización de los sectores vulnerables: ¿Los enemigos del derecho penal? La legislación anti-drogas costarricense y sus efectos. *Revista Digital de Maestría en Ciencias Penales*– N° 06 – Año 2012, págs. 01-30.
<https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/15823/15185>.

Chomsky, N. (1994). *Lo que realmente quiere el Tío Sam*. México D. F. Siglo XXI Editores S.A. de C.V.

Cisternas Velis, L. A. (2011). *El microtráfico. Análisis crítico a la normativa, doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Editorial Librotecnia. Segunda edición.

Comisión Andina de Juristas (1993). *Administración de Justicia y Derechos Humanos*. Lima. Comisión Andina de Juristas.

Congreso de la República. (30 de abril de 2003). *Diario de Debates – Segunda Legislatura Ordinaria*. Boletín Oficial.
[https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2001.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/bd3a3b1544fa1c4505257486004e5ee4/\\$FILE/TSP24300403.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2001.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/bd3a3b1544fa1c4505257486004e5ee4/$FILE/TSP24300403.pdf)

- Corcoy Bidasolo, M., Bolea Bardón, C., Cardenal Montraveta, S. *et al.* (2011). Derecho Penal - Parte especial. (Dir. Mirentxu Corcoy Bidasolo). Tomo I, segunda edición. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Corcoy Bidasolo, M., Bolea Bardón, C., Cardenal Montraveta, S. *et al.* (2019). Derecho Penal - Parte especial. (Dir. Mirentxu Corcoy Bidasolo). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Córdoba Roda, J. (1980). El delito de tráfico de drogas. Estudios Penales y Criminológicos. (4), pp. 9-34. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2359936>.
- Córdoba Roda, J. (1981). El delito de tráfico de drogas. Estudios Penales y Criminológicos. (vol. IV). Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela.
- Córdoba Roda, J. y García Aran, M. (2004). Comentarios al Código Penal. De los delitos contra la salud pública. Madrid: Marcial Pons.
- Córdova Yauri, C. (2004) ¿Retroceso en la penalidad del delito de tráfico ilícito de drogas? Revista institucional del Ministerio Público – Ayacucho. Año 01, mayo.
- Coronado Tinoco, I. (1993). Coca, cocaína y narcotráfico: Legislación del Tráfico Ilícito de drogas. Lima: GRILEY.
- Creus, C. y Buompadre, J. E. Derecho penal. Parte especial. Tomo I, 2007. Buenos Aires: Astrea.
- De la Cuesta Arzamendi, J. L. “El marco normativo de las drogas en España”. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1988, pp. 367-447.

- De la Cuesta Arzamendi, J. L., (1999). La política criminal en materia de drogas en España, tras el nuevo Código Penal. En A. Beristain Ipiña (Ed.), *Política criminal comparada, hoy y mañana* (87-128). Consejo General del Poder Judicial. Madrid.
- De la Peña Begué, R. (1972). El uso de la coca entre los Incas. *Revista española de antropología americana*. Año N° 7. Vol. 01, pp 277-306.
- Del Olmo, R. (1990). Leyes paralelas. En Coca, cocaína y narcotráfico: laberinto en los Andes. García Sayán, Diego - Comisión Andina de Juristas. Lima: Comisión Andina de Juristas, pp. 277-295.
- Díaz Gonzales, G. G. (2011). El control del narcotráfico. Política criminal y proceso penal. Santiago. Editorial Librotecnia. Primera edición.
- Díaz Müller, L. El imperio de la razón. Drogas, salud y derechos humanos. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Diez Ripollés, J. (1987). La política sobre drogas en España, a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. (3), pp. 347-400.
- Diez Ripollés, J. (2007). Estudios penales y de política criminal. Lima: IDEMSA.
- Donna, E. A. (2007). Derecho Penal. Parte Especial. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.
- Entre corchetes: Configuración del delito de Tráfico Ilícito de Drogas. El caso Fernando Zevallos. Febrero 2006. *Diálogo con la jurisprudencia*. N° 89, año 11.
- Escohotado, Antonio. Historial General de las drogas. ESPASA Libros. Barcelona, 2008.

Escrighuela Chumilla, F. J. (2016). Todo penal (2a. Ed). Barcelona: Ediciones Experiencia S. L.

Espinoza Espinoza, W. (2009). Delitos de tráfico de drogas: Actividades conexas y su investigación. San José. Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial.

Espinoza Hilario, M., Salinas Egoavil, A., Santos Sánchez, M., Villegas Porras, A. Breve análisis del delito de tráfico de drogas en la legislación peruana. Universidad Continental. Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis, año 4, n.º 4, 2018, pp. 89-107. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.18259/iet.2018006>

Espinoza V., M. A. (1983). Delito de tráfico de drogas narcóticas. Trujillo: EDIGRAF

Espinoza Vásquez, M. (1998). Delito de narcotráfico. Lima: Rhodas.

Espinoza Zevallos, J. R. (2010). Enfoque legal del Tráfico Ilícito de drogas en el Perú. En Temas de derecho penal y procesal penal. Huánuco: Editorial Universitaria.

Expósito López, A. (2012). El delito de tráfico de drogas. Revista de Derecho de la UNED. (10), pp. 91-124. Recuperado de <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11092/10620>.

Expósito López, A. (2015). Criminalidad organizada y tráfico de drogas. Tesis doctoral. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España.

Falcone, R. (2007, julio). La tenencia de estupefacientes en el derecho penal argentino. Revista Pensamiento Penal. Argentina. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/33432-tenencia-estupefacientes-derecho-penal-argentino>.

Falcone, R. A. (2014). Derecho Penal y Tráfico de Drogas. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Fernández Bermejo, D. y Martínez Atienza, G. (2020). Código Penal – Parte Especial después de 2019. Barcelona: Ediciones Experiencia S. L. Recuperado de <https://elibro.net/es/ereader/unprg/129341?page=721>.

Fichter, L. y Lorea Bonete, F. (2021, febrero 24). Ánimo de tráfico. Delimitación del elemento subjetivo implícito en el transporte de estupefacientes. Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal - Número 29 - Febrero 2021, Recuperado de <https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=7fbb2ab447d5fcdec0066400815ea639>.

Filomena Velandia, D. (2016). Relatos del prohibicionismo - Un análisis de la proporcionalidad concreta de las penas aplicadas a los actores del narcotráfico en Colombia durante el siglo XXI. Revista Nuevo Foro Penal. Vol. 13, No. 89, julio-diciembre 2017, pp. 174-235 Universidad EAFIT, Medellín. Recuperado de <https://doi.org/10.17230/nfp13.89.6>.

Frieyro Elícegui, S. (2015). La participación y grados de ejecución en el delito de tráfico de drogas. Tesis doctoral. UNED.

Frieyro Elícegui, S. (2017). El delito de tráfico de drogas. Valencia: Tirant lo Blanch.

Frisancho Aparicio, M. (2000). Drogas y ley penal. Lima: Ediciones Legales S.A.C.

Frisancho Aparicio, M. (2002). Tráfico ilícito de drogas y lavado de dinero. Lima: Jurista Editores.

Frisancho Aparicio, M. (2007). Configuración típica del delito cometido por los denominados "burriers" o correos de la droga. Actualidad Jurídica. (167), pp. 96-100.

- Gaërtner, G. A. Hacia un cambio de paradigmas culturales, droga y criminalidad. Revista Cultura y Droga. Año 8, No. 10. Enero-diciembre de 2003. Universidad de Caldas. Recuperado de <http://vip.ucaldas.edu.co/culturaydroga/downloads/Nro.%2010.pdf>
- Gallo, P. (2016). Enfoque crítico de la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización en el derecho penal argentino. *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, (22). Recuperado a partir de <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6006>
- Gamella, J. F. (2003). Drogas y Control Social: una excursión etnohistórica. En Drogas, sociedad y ley: avances en drogodependencias. Luis Pantoja Vargas (coord.), Juan Antonio Abeijón Merchán (coord.), Deusto: Universidad de Deusto, pp.77-120.
- Ganzenmüller Roig, C., Frigola Vallina J. y Escudero Moratalla J. F. (1997). Delitos contra la salud pública – Drogas, sustancias psicotrópicas y estupefacientes. Barcelona: Bosch.
- García Briones, Leticia. El delito de tráfico de drogas en la LO 1/2015. García Valdés, Carlos (tutor). Mestre Delgado, Esteban (codirector). Trabajo fin de máster, Universidad de Alcalá, 2017. <http://hdl.handle.net/10017/32110>
- García Cantizano, M. del C. Algunos alcances del principio de legalidad en el ámbito del ordenamiento jurídico peruano. Aportes al derecho penal peruano desde la perspectiva del derecho constitucional. Revista Institucional N° 07, AMAG, junio, 2006, Lima.
- García del Río, F. (2002). Tráfico ilícito de drogas. Lima: Iberoamericana.
- García del Río, F. (2005). Tráfico ilícito de drogas. Lima: San Marcos.

- García del Río, F. (2009). Derecho penal. Parte especial II. Lima: Ediciones Legales: San Marcos.
- García Palacios, Jorge. El delito de tráfico de drogas. García Valdés, Carlos (dir.). Trabajo fin de máster, Universidad de Alcalá, 2019. <http://hdl.handle.net/10017/39179>
- García Ramírez, S., Díaz de León, M. A., Carrera Domínguez, J. G., Ayala Casilla, J. R., Mancera Espinosa, M. A., Ávalos Sandoval, S. ..., Islas de Gonzáles Mariscal, O. (2016). Análisis del nuevo Código Penal para el Distrito Federal. En S. García Ramírez y O. Islas de Gonzáles Mariscal (coord.). México D.F.: Universidad Nacional de Autónoma de México. Recuperado de http://biblioteca.juridicas.unam.mx:8991/F/?func=direct&doc_number=1871690.
- García Rivas, N. Criminalidad organizada y tráfico de drogas. Revista Penal – Nº 02 – Año 1998, págs. 23-33. Recuperado de <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/13225/Criminalidad.pdf?sequence=2>.
- Granados Pérez, C. (2007) Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el Delito de Tráfico De Drogas. Madrid: La Ley.
- Guevara Elizalde, R. (2016). La consulta en materia de drogas: La situación actual en el Ecuador. Universidad de Guayaquil. Lex Nº 18. Año 16, pp. 129-180. Recuperado de <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1240/1259>
- Guillen López, G. y Alvarado Martínez, I. (2014). La condición del sujeto activo como agravante de primer grado en el delito de tráfico de drogas. Temas actuales de

criminología. (34), pp. 182-197. Recuperado de
<https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/129/123>.

Hernández Miranda, E. (2012). El tratamiento del estado de necesidad justificante en los procesos por tráfico ilícito de drogas, con especial atención a los casos de los correos de drogas o burrier. Gaceta Penal y Procesal Penal, Gaceta jurídica, N° 33, marzo.

Huamán García, I. C. (2003). Tráfico ilícito de drogas, adicciones y violencia social: Legislación comparada Perú - Venezuela. Lima: S/N.

Iberico Castañeda, L. F. A. (2016). Curso Tráfico Ilícito de Drogas. Lima: AMAG.
 Recuperado de
<http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/687/MANUAL%202016.pdf?sequence=4&isAllowed=y>.

INEI. Informe estadístico 2020.
<https://www.inei.gob.pe/normatividad/documentos/4369-informe-estadistico-febrero-2020/file.html>

INEI. Seguridad ciudadana. <https://www.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/seguridad-ciudadana>.

Instituto Nacional Penitenciario, 11 de noviembre de 2021, Informe estadístico.
<https://www.inpe.gob.pe/normatividad/documentos/4369-informe-estadistico-febrero-2020/file.html>.

Jiménez Marín, A. (2007). Formas imperfectas en los delitos de tráfico de drogas. Boletín del Ministerio de Justicia, año 61, N° 2028-2029, págs. 7-27.

Jiménez Moriano, O. (2022). El delito de tráfico de drogas en España. Madrid: Wolters Kluwer Legal & Regulatory España.

Joshi Jubert, U. (1999). Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del artículo 368 del CP. Barcelona: Bosh.

Laines Chaviguri, R. (2018). Tráfico ilícito de drogas. Lima: Impacto Cultural Editores S.A.C.

Laje Anaya, J. (1992). Narcotráfico y Derecho Penal Argentino. Córdoba: Editora Córdoba, p. 334.

Lamas Puccio, L. (1991). Tráfico ilícito de drogas en el nuevo Código Penal. Lima: Cultural Cuzco.

Lamas Puccio, L. (2000). Tráfico ilícito de drogas y lavado de dinero. Lima: Ediciones jurídicas.

Lamas Puccio, L., Prado Saldarriaga, V. R., Bueno Tirado, J., Kea Velaochaga, O., Mávila León, R., Soberón Garrido R., Figueroa Navarro, A. Anteproyecto de Ley que modifica la legislación penal en materia de Tráfico Ilícito de Drogas y tipifica el delito de lavado de activos (2001). Separata Especial publicada en el Diario Oficial El Peruano, 17 de junio de 2001. Ministerio de Justicia. Perú.

- Landrove Díaz, G. (1994). Tráfico de drogas y represión. En Estudios penales y criminológicos, N°. 17, 1993-1994, Universidad de Santiago de Compostela. págs. 235-260
- Laurenzo Copello, P. Drogas y Estado de derecho. Algunas reflexiones sobre los costes de la política represiva. Jueces para la democracia. N° 24, 1994, págs. 11-17.
- Legislación peruana sobre tráfico ilícito de drogas – Compendio (1996). Primera edición. Lima: Opción.
- Legislación sobre tráfico ilícito de drogas (Normas generales). Normas Legales. N° 326, julio, 2003, Trujillo, pp. 173-175.
- Linares Avilez, D. Sobre el límite entre la comercialización y la posesión de marihuana para el propio consumo: Actos típicos y supuestos de atipicidad. Gaceta Penal & Procesal Penal. N° 65, noviembre, 2014, pp. 115-122.
- Lizano Medrano, F. (1982). Delitos relativos al tráfico de drogas en la legislación costarricense. Tesis doctoral. Universidad Complutense de Madrid, España. Recuperado de <https://eprints.ucm.es/id/eprint/52587/1/5309857627.pdf>.
- Llovera, M. S. y Scialla, M. (2017). Políticas de drogas en Argentina (2003-2015). Reflexiones en torno a la puja entre lo heredado y lo reformulado. Universidad Nacional de Rosario. Temas y debates (34). Año 21, julio, pp. 77-99. Recuperado de <http://hdl.handle.net/11336/97203>.
- Lluch Ramírez, Fátima Teresa. El delito de tráfico de drogas: aspectos penales, procesales y administrativos. García Valdés, Carlos (tutor). Mestre Delgado, Esteban

(cotutor). Trabajo fin de máster, Universidad de Alcalá, 2016.

<http://hdl.handle.net/10017/32203>

López Soria, Y. (2016). La configuración legal del delito de tráfico de drogas en Ecuador contrapone los principios In Dubio Pro Reo y el Nullun Crime Nulla Poena Sine Lege. Universidad Regional Autónoma de los Andes. Revista de Ciencia, Tecnología e Innovación. Vol. 3, N° 2, abril, pp. 241-254. Recuperado de <http://45.238.216.13/ojs/index.php/EPISTEME/article/view/231>.

Lorenzo Salgado, J. (1999). Los delitos contra la salud pública en el Código Penal de 1995. Aspectos básicos. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/61907446.pdf>

Lorenzo Salgado, J. M. Las drogas en el ordenamiento penal español. Barcelona: Bosch, 1983.

Luengo Celadilla, S. (2017). Estudio doctrinal y jurisprudencial del delito de Tráfico de drogas. León: Eolas Ediciones.

Luzón Cuesta, J. (2003). Compendio de Derecho Penal. Parte especial. (11 ed.). Madrid: Dykinson.

Luzón Cuesta, J. (2009). Compendio de Derecho Penal. Parte especial. (16 ed.). Madrid: Dykinson.

Luzón Cuesta, J. (2018). Compendio de Derecho Penal. Parte especial. (21 ed.). Madrid: Dykinson.

Mangenlickx, J. (2012). El principio de proporcionalidad en los procesos por Tráfico Ilícito de Drogas en el Perú. Lima: Centro de investigación “Drogas y derechos humanos”.

- Manjón-Cabeza Olmeda, A. (2016). Recursos al Tribunal Constitucional de los Clubes Sociales de Cannabis. España: Fundación Renovatio, pp. 622-682.
- Manzanares Samaniego, J. L. (2016). Comentarios al código penal. Madrid: Wolters Kluwer.
- Mendoza Buergo, B. (1998). Compendio de Derecho Penal. Parte especial. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces.
- Merino Alama, R. (2005). Legislación antidrogas comparada entre Perú y México. Lima: S/N.
- Meza Villar, S. N. (2018). Cuerpo y subjetividad en las narrativas de mujeres burrier reclusas en el Establecimiento Penitenciario Chorrillos I. Tesis de maestría. Pontifica Universidad Católica del Perú.
- Ministerio Público (2021). *Anuario Estadístico del Ministerio Público*. 106. <https://www.gob.pe/institucion/mpfn/informes-publicaciones/2818743-anuario-estadistico-del-ministerio-publico-2021>.
- Ministerio Público. Distribución de los requerimientos de prisión preventiva. https://www.mpfm.gob.pe/Docs/0/files/informe001_prisiones_preventivas.
- Mohamed Hammu, R. (2015). Análisis jurisprudencial del delito de tráfico de drogas. Cuestiones especialmente problemáticas. Tesis de doctor. Universidad de Granada. Recuperado de <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/47476/26513092.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

- Molina Mansilla, M. C. El delito de tráfico de drogas: el tipo básico y los subtipos agravados. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Tomo 59, Mes 1, 2006.
- Molina Pérez, T. (2005). El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas. Anuario Jurídico y Económico Escorialense. (XXXVIII), pp. 93-116.
- Molina Pérez, T. (2011). Breves notas sobre la evolución histórica los estupefacientes en la legislación española. Anuario Jurídico y Económico Escorialense. (XLIV), pp. 303-316.
- Momethiano Santiago, J. I. (2011). Código Penal fundamentado. Lima: San Marcos.
- Monroy Díaz, J. (2013, junio). La penalización de drogas en América Latina desde el marco legal y constitucional. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana. Ecuador. <https://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/issue/view/91/174>.
- Montero La Rubia, F. J. Paquetes postales y tráfico de drogas. Boletín del Ministerio de Justicia, Año 57, N° 1949, 2003, págs. 3091-3105.
- Morillas Cueva, L. Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines (2003). En L. Morillas Cueva (Coord.). Madrid: Editorial Dykinson.
- Moya Guillen, C. (2014). El tráfico de órganos humanos. Estudio de su sanción en la legislación chilena y española. Revista de Estudios de la Justicia. (20), pp. 87-111.
Recuperado de <http://web.derecho.uchile.cUcej/rej20/MOYA.pdf>
- Muñoz Conde, F. (2001). Derecho Penal. Parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (2014). Derecho Penal. Parte Especial. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Nadelman, E. (2007). La reducción de los daños de la prohibición de las drogas en las Américas. En *Narcotráfico: Europa, EEUU, América Latina*. Camacho Guizado, Álvaro (Ed.). Editorial: Universitat de Barcelona, pp. 63-76.
- Nakano Alva, P. E. (2007). Tráfico ilícito de drogas "Burriers". ESDEN. Escuela Superior de Derecho, Empresa y Negocios. Vol.1, N° 1, abr.-jun, Lima, pp. 196-202.
- Noguera Ramos, I. (2018). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Lima. Girjley.
- Núñez Paz, M. y Guillen López, G. (2008). Moderna revisión del delito de tráfico de drogas. *Revista Penal*. (22), pp. 80-108. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/195786>.
- Nuñovero Cisneros, L. Política criminal actuarial y tráfico de drogas en el Perú de los noventa. *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo – N° 31 – Año 2010*, págs. 43-80. Recuperado de https://legal.legis.com.pe/document/Index?obra=rpenal&document=rpenal_8496cc0dc3c88098e0430a0101518098
- Olaya Medina, J. O. (2014). La determinación del título de imputación en el delito de tráfico ilícito de drogas. Apuntes con motivo de la Casación N° 367-2011-Lambayeque. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 60, junio.
- Otálora Gómez, J. A. Aspectos dogmáticos y procesales de los delitos de narcotráfico. *Derecho Penal y Criminología*. 27, 81 (ago. 2006), 135–158. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/988>.
- Paladines, J. V. (2016). En busca de la prevención perdida: reforma y contrarreforma de la política de drogas en Ecuador. Quito: Friedrich Ebert Stiftung ILDIS.

Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. (2019). Derecho Penal – Parte Especial. Editora y Distribuidora Ediciones Legales. Lima, Tomo 2.

Peña Cabrera Freyre, Alonso: La política criminal en materia de drogas ilícitas y el consumo personal impune. Diálogo con la jurisprudencia. Julio 2012, N° 166, año 18.

Peña Cabrera, A. (2011). Derecho Penal. Parte especial: Lima: IDEMSA.

Peña Cabrera, A. (2011a). Curso elemental de Derecho Penal. Parte especial. Tomo II. Lima: IDEMSA.

Peña Cabrera, A. (2013). Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos. (2a ed.). Lima: Rodhas.

Peña Cabrera, A. (2018). Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos. (3a ed.). Lima: Ideas.

Peña Cabrera, R. (1993). Derecho Penal peruano. Parte especial: Lima: Sagitario.

Pérez del Valle, C. Complicidad y tráfico de drogas: Un examen de los criterios jurisprudenciales sobre la complicidad en los delitos contra la salud pública. Cuadernos de política criminal, N° 69, 1999, págs. 585-612.

Pichón de la Cruz, J. (2014). El recurso de agravio constitucional a favor del orden democrático. La justicia constitucional contra el tráfico ilícito de drogas, lavado de activos y terrorismo. Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional. Gaceta jurídica, N° 76, abril

Politoff Lifschitz, S., Matus Acuña, J. P. y Ramírez Guzmán, M. C. (2004). Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte especial. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Prado Saldarriaga, V. (1988). Narcotráfico: análisis situacional y política penal.

Recuperado de https://www.unifr.ch/ddpl/derechopenal/anuario/an_1988_04.pdf

Prado Saldarriaga, V. (1989). El tráfico de drogas en el Perú: enfoque político y social.

Lima: Cultural Cuzco.

Prado Saldarriaga, V. (1996). El tipo básico en el delito de tráfico ilícito de drogas.

Derecho y sociedad (11), pp. 239-244.

Prado Saldarriaga, V. (2007a). Política criminal nacional, tráfico ilícito de drogas y

tratamiento penal de los actos de cultivo de plantas fiscalizadas. APECC, junio,

año III, número 5.

Prado Saldarriaga, V. (2007b). Tratamiento penal de la posesión para el propio consumo

de drogas. En *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal*: Libro

homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez / (dir.) José Urquiza Olaechea. Lima:

IDEMSA., pp. 749-759.

Prado Saldarriaga, V. (2009). Nuevo proceso penal, reforma y política criminal. Lima:

IDEMSA.

Prado Saldarriaga, V. Reformas en la legislación contra el Tráfico ilícito de drogas:

Alcances de la ley 28002. Yachaq, N° 04, 2013. Universidad Nacional de San

Antonio Abad del Cusco.

Prado Saldarriaga, V. (2017). Derecho Penal. Parte Especial: Los delitos. Primera Edición.

Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Prado Saldarriaga, V. (2019). Derecho penal y política criminal. Problemas

contemporáneos. Gaceta jurídica. Lima.

Puentes Centeno, F., Fernando Cepeda, J. y Téllez Mosquera, J. (2014). Revisión histórica de usos folclóricos medicinales de preparados de cannabis y estado actual de indicaciones médicas aprobadas para preparados sintéticos. En *Marihuana Cannabis*. (Dir. Jairo Téllez Mosquera). Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho – República de Colombia.

Queralt Jiménez, J. J. La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas - Notas a la L.O. 8/1992, de 23 de diciembre. *Jueces para la democracia*, N° 16-17, 1992, págs. 115-120.

Queralt Jiménez, J. J. (2002). *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Cuarta edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

Quintero Olivares, G. (2009) *Compendio de Derecho Penal Parte Especial: Adaptado al Programa de la Oposición a ingreso en las carreras judicial y fiscal*. Madrid: S.L. – DYKINSON.

Quiroz Vallejos, C. L. M., Gómez Marchisio, M. D. y Romero Felipa, A. M. (2004). *Tráfico ilícito de drogas. Tomo II*. Lima: CECOSAMI.

Ramírez Figueroa, Y. (1983) *Coca, cocaína: El tráfico ilícito*. Lima: Nelvi Industria Gráfica.

Ramírez Franco, O. E. (2004?). *Comentarios a la figura básica conexas de tráfico ilícito de drogas: Arts. 296 al 303 del Código penal*. Lima: T-COPIA S.A.C.

Requejo Conde, C. Situación actual de los delitos contra la salud pública en el Código Penal Español. *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo* – N° 72 – Año 2020, págs. 11-68. Recuperado de

https://legal.legis.com.pe/document/Index?obra=rpenal&document=rpenal_4bc97b6784db43a0b1de78d7414d17b3.

Rey Huidobro, L. F. (1990). Comentarios a la legislación penal. (Vol. 12), Delitos contra la salud pública (Tráfico ilegal de drogas). M. Cobo del Rosal (dir.). Madrid: EDERSA.

Rey Huidobro, L. F. (1999). El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales. Valencia: Tirant lo Blanch.

Reyna Alfaro, L. M. Principio de la imputación necesaria y control de la acusación fiscal. Especial referencia a las imputaciones por delitos de tráfico ilícito de drogas en supuestos de realización del hecho mediante organizaciones criminales. Gaceta Penal & Procesal Penal. N° 103, enero, 2018, pp. 223-236.

Ríos Candio, V. I. (2008). Precisiones interpretativas en el tipo base del tráfico ilícito de drogas. Actualidad Jurídica, N° 177, agosto.

Ríos Candio, V. I. (2009). La conducta de "traficar" en el delito de tráfico ilícito de drogas: Una interpretación desde el punto de vista del bien jurídico y el Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116. Actualidad Jurídica, N° 177, agosto.

Robles Recavarren, A. (1982), Drogas: tratamiento legal en el Perú. Lima: Editorial Justo Valenzuela V. E.I.R.L.

Rodríguez Morales, A. J. (2006). El narcotráfico como crimen organizado transnacional desde una perspectiva criminológica. Universidad de Zuliá- Maracaibo. Capítulo Criminológico Vol. 34, N° 1, Enero-Marzo, pp. 55 – 98. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2674442>.

Rodríguez Núñez, A., Alonso de Escamilla, A., Lamarca Pérez, C. y Mestre Delgado, E. (2012). La parte especial del Derecho Penal. Madrid: COLEX.

Rodríguez Vásquez, J. y Montoya Vivanco, Y. (2020). Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación. Dirigido a juezas y jueces penales. Primera Edición. Lima: PUCP.

Rosas Castañeda, J. A. (2015). El bien jurídico tutelado y la naturaleza jurídica de los delitos de tráfico ilícito de drogas. Gaceta Penal, N° 72, junio, 2015, Lima.

Rosas Castañeda, J. A. (2017). Criterios para la distinción de los comportamientos de “posesión de drogas” comprendidos en el primer y segundo párrafo del artículo 296 del CP. Gaceta Penal & Procesal Penal, N° 101, noviembre, Lima.

Rosas Castañeda, J. A. Examen dogmático del delito de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas mediante actos de fabricación o tráfico ilícito. Gaceta Penal & Procesal Penal, N° 104, febrero, 2018, Lima.

Rosas Castañeda, J. A. (2018). La posesión de droga para su tráfico ilícito. Examen dogmático del segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal. Actualidad penal, N° 43, Perú, p. 75-108.

Rosas Castañeda, J. A. (2019). Conspiración para delinquir en los delitos de tráfico ilícito de drogas: análisis dogmático del cuarto párrafo del artículo 296 del Código Penal. Pontificia Universidad Católica del Perú. Revista Derecho & Sociedad, N° 52, junio, pp. 29-44.

- Rosas Castañeda, J. A. (2019b). Los delitos de tráfico ilícito de drogas - Aspectos sustantivos y política criminal. Lima: Pacífico Editores.
- Rosas Torrico, M. A. y Tafur Gupioc, E. Investigación jurídica de la legislación comparada sobre tráfico ilícito de drogas entre Perú y El Salvador. Lima: Jurista Editores, 2004.
- Rostworowski de Diez Canseco, M. (1988). Historia del Tahuantinsuyu. (2da. Ed.) Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Rubio Correa, M. (1994). Legislación peruana sobre drogas 1920-1993. Lima. CEDRO.
- Ruiz Delgado, F. El tráfico de pequeñas cantidades de droga. Un problema concursal de la ley 20,000. Política Criminal – N° 8 – Año 2009, págs. 1-21. Recuperado de [\[http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf\]](http://www.politicacriminal.cl/n_08/a_4_8.pdf)
- San Martín Castro, C. Tráfico ilícito de drogas: Represión, poder judicial y policía: Actos típicos y supuestos de atipicidad. Pontificia Universidad Católica del Perú. Derecho. N° 46, diciembre, 1992, pp. 149-180.
- Santiago Jiménez, A. M. (2004). Legislación sobre el tráfico ilícito de drogas: Perú y Argentina. Lima: CEPEJAC - Asociación Civil. Segunda edición.
- Santisteban Suclupe, J. P. (2017). Lavado de activos vinculados al tráfico ilícito de drogas. Lima: A&C Ediciones.
- Sequeros Sazatornil, F. (2000). El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico. Madrid: La Ley.
- Serrano Gómez, A. (2011). Curso de derecho penal. Parte Especial. Madrid: Dykinson.

Serrano Gómez, A. y Serrano Maillo, A. (2008). Derecho Penal. Parte especial. (13° ed.). Madrid: Dykinson.

Silva Sánchez, J. (2011). Lecciones de Derecho Penal. Parte especial. Barcelona: Atelier.

Silva Sernaqué, A. (1973). Legislación nacional del Tráfico Ilícito de Drogas. Estupefacientes. Lima: Atelier.

Soberón G., R. (2012). Drogas y criminalidad organizada. Una aproximación para el Perú. *Politai*, 3(4), p. 57-65. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/politai/article/view/14096>.

Soler, S. (1951). Derecho Penal Argentino. Tomo IV. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Soto Nieto, F. (1989). El delito de tráfico ilegal de drogas. Madrid: Trivium.

Suarez-Mira Rodríguez, C. (2003). Manual de Derecho Penal. (2a ed.) Madrid: Civitas.

Suarez-Mira Rodríguez, C. (2005). Manual de Derecho Penal. (3a ed.) Madrid: Civitas.

Tazza, A. O. (2008) El comercio de estupefacientes: Análisis de los aspectos objetivos y subjetivos de los tipos penales. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica.

Thoumi, F. 2011. Los sueños de reformar las políticas contra las drogas y el régimen internacional de control de drogas. *OASIS*. 16 (nov. 2011), 205–226.

Torío López, A. (1989). Antinomias jurídicas e ideológicas en el delito de Tráfico de drogas. En Echeberúa (comp.) *Criminología y derecho penal al servicio de la persona: Libro homenaje al profesor Antonio Beristain* (p. 935-952). San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología.

- Torres Agurto, J. M. (2011). Contenidos, retos y propuestas para una política pública sobre drogas y narcotráfico en el Perú. Centro de Investigación Drogas y Derechos Humanos. Lima: Edit. Imprenta Librería Select Graf.
- Ugaz Heudebert, J. D.. La posesión de drogas en el Perú: ¿Delito o conducta atípica? En: Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica, N° 200, julio 2010, Lima, pp. 193-197.
- Uprimny Yepes, R., Chaparro Hernández, S. y Cruz Olivera, L. F. (2017). Delitos de drogas y sobredosis carcelaria en Colombia. Bogotá: Ediciones Antropos Ltda.
Recuperado de <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll31/id/38>.
- Uprimny Yepes, R., Guzmán Rodríguez, D. E., y Parra Norato, J. (2012). La adicción punitiva. La desproporción de leyes en América Latina. Bogotá: Ediciones Antropos Ltda.
- Uprimny Yepes, R., Guzmán Rodríguez, D. E., y Parra Norato, J. (2013). Penas alucinantes. La desproporción de la penalización de las drogas en Colombia. Bogotá: Ediciones Antropos Ltda.
- Urquiza Olachea, J. (2011). Código Penal. Lima: IDEMSA.
- Valdez Pimentel, L. F. (2021). El delito de conspiración para el tráfico ilícito de drogas - Análisis crítico del cuarto párrafo del artículo 296 del Código Penal. Tesis de maestría. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Valle Muñiz, J. (2002). Comentario a la parte especial del Derecho Penal. Navarra: Aranzadi.

- Vega Cisneros, J. W. El delito de Tráfico ilícito de drogas en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Pontificia Universidad Católica del Perú. Derecho. N° 194, noviembre, 2014, pp. 327-336.
- Vidales Rodríguez, C., Abello Gual, J., Carazo Johanning, A. T., Cocho Pérez F., Couto de Brito, A., Cuerda Arnau, M. L., ..., Terra de Oliveira, W. (2014). Tráfico de drogas y delincuencia conexa. En C. Vidales Rodríguez (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Villanueva Rojas, E. H. La modalidad del “correo de drogas” en el delito de tráfico ilícito de drogas. Gaceta Penal & Procesal Penal, N° 129, marzo, 2020.
- Villarroel Quinde, C. A. (2012). La lucha contra el tráfico de drogas de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica, N° 36, junio.
- Villegas Gómez, M. (2001). La necesidad de tipificar el delito de narcotráfico como delito contra la seguridad de la nación. [Tesis de licenciatura], Universidad Villa Rica - México]. <https://repositorio.unam.mx/contenidos/314249>.
- Vitullo, J. A. (1977). Enciclopedia jurídica Omeba. Tomo IX. Buenos Aires, Driskill.
- Vitullo, J. A. (1992). Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo IX. Estudios De Derecho, DRISKILL, Buenos Aires.
- Vivanco Murillo, P (2013). El principio de lesividad en las sentencias de drogas. Tesis de Maestría. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Vives Antón, T. S. (1995) La libertad como pretexto. Valencia: Tirant lo Blanch.

Vives Antón, T. S.; Carbonell Mateu, J. C.; González Cussac, J. L.; Martínez-Bujan Pérez, C.; Orts Berenguer, E. (2004). Derecho penal. Parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch.

Zaffaroni, E. R. (1981), Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires. EDIAR.

Zambrano Pasquel, A., Caro Coria, D., Ballesteros Sánchez, J., Zúñiga Rodríguez, A., Ambos K., Faraldo Cabana, P., Vidales Rodríguez, C., Mazuecos Asid, A. F., Naval Linares, V., Reyna Alfaro, L. M., Pardo Iranzo, V., García San Martín, J., Rey Huidobro, L. F., Núñez Paz, M. A. (2018). Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas. En J. Atahumán Paucar y L. M. Reyna Alfaro (coord.). Lima. Jurista Editores.

Zilio, J. L. El derecho penal de las drogas. Universidad de Barcelona. Revista Crítica Penal y Poder. 2012, nº 3, pp. 166.

Zulueta Sánchez, A. (2016). Trafico de drogas, trata de blancas y delito societario. Tesis para optar el grado de abogado. Universidad de La Coruña, La Coruña, España.

CONSTANCIA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS

Yo, Dr. Ezequiel Baudelio Chávarry Correa, Asesor de Tesis de Mg. Arpasi Manrique Omar Rolfi, titulada *"Delimitación dogmática del tipo penal básico del delito de Tráfico Ilícito de Drogas. Revisión doctrinal y jurisprudencial"*, luego de la revisión exhaustiva del documento, constato que la misma tiene un índice de similitud de 12%(DOCE %) verificable en el reporte de similitud del programa TURNITIN.

El suscrito analizo dicho reporte y concluyo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Lambayeque, 11 de abril del 2023



Dr. Ezequiel Baudelio Chávarry Correa
D.N.I.
ASESOR



Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por Turnitin. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega:	Omar Rolfi Arpasí Manrique
Título del ejercicio:	REVISION DE TESIS
Título de la entrega:	Delimitación dogmática del tipo penal básico del delito de T...
Nombre del archivo:	INFORME_FINAL_TESIS_4.docx
Tamaño del archivo:	544.61 K
Total páginas:	189
Total de palabras:	48,327
Total de caracteres:	266,130
Fecha de entrega:	10-abr.-2023 01:16p. m. (UTC-0500)
Identificador de la entre...	2060764993



UNIVERSIDAD NACIONAL
"SIMÓN BOLÍVAR"
ESCUELA DE POSGRADO
DOCTORADO EN DERECHO



Delimitación dogmática del tipo penal básico del delito de T...
de Tráfico Ruido de Tráfico.
Simón Bolívar y Jurisprudencia

TESIS

Presentada para optar al título de Doctor en
Derecho en Ciencias y Ciencias Políticas

AUTOR:

Mg. Arpasí Manrique, Omar Rolfi

ASESOR:

Dr. Ezequiel Baudelio Chavarri Correa

LANÚS, 10 de
2023

Derechos de autor 2023 Turnitin. Todos los derechos reservados


Dr. Ezequiel Baudelio Chavarri Correa
D.N.I.
ASESOR


Delimitación dogmática del tipo penal básico del delito de Tráfico Ilícito de Drogas. Revisión doctrinal y jurisprudencial

INFORME DE ORIGINALIDAD

12%	12%	2%	5%
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	vsip.info Fuente de Internet	1%
2	repositorio.uladech.edu.pe Fuente de Internet	1%
3	hdl.handle.net Fuente de Internet	1%
4	es.scribd.com Fuente de Internet	1%
5	dspace.uah.es Fuente de Internet	1%
6	archive.org Fuente de Internet	1%
7	www.clubensayos.com Fuente de Internet	<1%
8	idoc.pub Fuente de Internet	<1%
9	dokumen.pub Fuente de Internet	


Dr. Ezequiel Baudelio Chavarry Correa
D.N.I.
ASESOR