

EL TRATAMIENTO PENAL DEL TRAFICO Y CONSUMO DE DROGAS: UN PRIMER ACERCAMIENTO AL CODIGO PENAL DE 1991

Victor Prado Saldarriaga*

I. ANTECEDENTES Y EVOLUCION LEGISLATIVA.-

1. Hasta antes de 1941, el derecho peruano carecía de una legislación estrictamente represora del narcotráfico. Tanto la Ley 4428 de 1921, como sus normas conexas, habían cumplido más bien una función administrativa y de refuerzo a las normas de fiscalización. En consecuencia, pues, las disposiciones penales de aquel entonces solo perseguían potenciar el control de la producción y comercialización legal de las drogas. En tal sentido, la represión penal recaía, por ejemplo, en los autores de falsas anotaciones o de alteraciones en los libros visados de registro comercial de las sustancias fiscalizadas. En este período el cultivo de la coca y de la adormidera era libre, y por ello la Ley 4428 no registra ninguna sanción penal para plantaciones subrepticias o clandestinas.

Ahora bien, la actitud del Estado Peruano era coherente con los postulados internacionales adoptados por el Convenio de la Haya de 1912, y que identificaba al tráfico ilícito como una forma de contrabando. Es más, una Resolución Suprema del 8 de enero de 1926 ratificaba expresamente esa valoración. Es por estas características que a este período inicial de la política penal antidroga,

* Profesor Auxiliar

hemos preferido llamarle etapa de la fiscalización, ya que la intervención penal recae fundamentalmente sobre la producción y comercialización legales de las sustancias. No se postulan aún medidas preventivas del consumo indebido o del tráfico ilícito. En todo caso, algunas propuestas aisladas al respecto como la prohibición de los fumaderos de opio, o las propuestas criminalizadoras del Proyecto de Código Penal de 1928, así como el Proyecto de Legislación sobre asistencia a alienados y toxicómanos del mismo año, no alcanzaron consenso y voluntad política.

2. **La etapa de criminalización absoluta y específica del tráfico ilícito y del consumo indebido de drogas en el Perú, comienza solo en 1941; esto es, durante el primer gobierno de Manuel Prado, quien a través de un Decreto Supremo del 05 de julio de aquel año incluye, como supuestos típicos de tráfico ilícito, los actos de fabricación, conducción, importación y exportación de drogas estupefacientes no autorizados por la Dirección General de Salubridad, así como la adquisición y empleo de las mismas sustancias. De esta manera, el Estado Peruano ingresó a una política represiva del tráfico ilícito y del consumo indebido de drogas que habrá de ratificarse en los lustros siguientes con los Decretos Leyes 11005 y 11047 promulgados en 1949 durante la Dictadura de Odría. El Perú adopta así un modelo de intervención de corte legalista.**

Es de señalar, sin embargo, que esta decisión política de criminalización no surgió tampoco a iniciativa del Gobierno Peruano, sino que fue orientada y motivada por la política internacional de la época, representada por el Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas, suscrito en Ginebra el 26 de junio de 1936.

Esta etapa de la criminalización absoluta y específica se cierra con la promulgación en 1969 y 1972 de los Decretos Leyes 17505 y 19505, durante el gobierno militar de la "primera fase". Lo trascendente de estas normas es que introducen de algún modo el modelo médico de intervención, al descriminalizar al consumidor de drogas.

3. **La tercera fase de la evolución de la legislación antidroga, anterior al Código Penal de 1991, la denominamos de la reacción integrada. Ella se edifica en base al modelo psico-social de intervención y que es propuesto internacionalmente a través de las Convenciones ONU de 1961 sobre estupefacientes y de 1971 sobre sustancias psicotrópicas. En este período, pues, la respuesta al problema de la droga supone un sistema integrado de estrategias de prevención del consumo; de rehabilitación del farmacodependiente; de fiscalización de la producción y comercialización lícitos de sustancias; de represión del tráfico ilícito; de erradicación de los cultivos ilegales o legales; y de centralización del diseño y ejecución de las políticas internas de control de**

drogas en un sólo organismo público. Ejemplo de esta etapa del control penal de la droga en nuestro país lo constituye el Decreto Ley 22095 promulgado en 1978 por el gobierno militar de la llamada "segunda fase". Basta leer el Artículo 1º de dicho Decreto Ley para comprender su identificación total con el modelo propuesto en las Convenciones ONU de 1961 y de 1971.

Sin embargo, durante este período, y en un plano material, es la estrategia punitiva la que tiene aplicación principal, e incluso es reforzada con normas legales posteriores como los Decretos Leyes 22926 y 22927 de 1980, que dieron legitimidad a la discutida operación "Verde Mar". Asimismo, la gravedad de las penas y la supresión de beneficios procesales o penitenciarios para los implicados en el TID es ratificada a través del Decreto Legislativo 122 de 1981, y de la Ley 23689 de 1983, ambos promulgados durante el segundo gobierno de Belaúnde Terry.

4. Ahora bien, durante el régimen aprista (1985-1990) la política penal de control de drogas evidencia alguna intención despenalizadora, como aquella que se concretó en la Ley 24388 del 05 de Diciembre de 1985, y que posibilitaba la concesión de algunos beneficios penales y procesales para los procesados y condenados, incurso en actos de micro-tráfico. No obstante, el criterio sobrecriminalizador vuelve a retomarse mediante proyectos de ley tendientes a imponer penas más graves a los autores de tráfico de drogas, e incluso a criminalizar al consumidor de drogas, al cual el ex-Presidente Alan García consideró tan delincuente como el traficante (¹). Esta última posición política resultaba interesante, porque suponía aceptar un nuevo modelo de intervención del Estado en el control del problema de la droga en el Perú, el llamado modelo Geopolítico-Estructural, el cual asume que tráfico y consumo son una unidad dual indivisible y que, por tanto, tan punible debe ser el primero como el segundo. De otro lado, este modelo en términos ideológicos era una consecuencia del discurso de la Responsabilidad Compartida, que ha de imponerse primero en la Convención de Viena (1988) y luego en las Cumbres Presidenciales de Cartagena (1990) y de San Antonio (1992).
5. En el presente la política internacional de Control de Drogas se relaciona con la Convención de Viena de 1988. Por tal razón seguidamente se presentarán algunas características y opciones de esta Convención, para, luego, poder relacionarla con el tratamiento penal que otorga el Código Penal de 1991 al

¹ Para mayores detalles sobre la evolución legislativa del tratamiento penal del tráfico ilícito de drogas en el Perú, véase nuestra obra: V. Prado Saldarriaga. El tráfico de Drogas en el Perú. Cultural Cuzco. Lima, 1988, p. 405 y ss.

tráfico y consumo de drogas.

En primer lugar, es de destacar que la Convención de Viena es consecuencia del desgaste producido en la política internacional antidroga, como consecuencia del fracaso evidenciado en el control y prevención del tráfico ilícito y del consumo indebido de drogas a nivel mundial. Este hecho produjo, promovió distintos efectos de orden político y económico. Por ejemplo, el surgimiento al interior de varios países de europeas opciones políticas legalizadoras y que, incluso, llegan a discutirse parlamentariamente ⁽²⁾. Asimismo, se produjo una polarización entre los llamados países productores y los Estados Unidos, que se inculpaban mutuamente como causantes del fracaso de toda medida de control. Y, finalmente, se empiezan a cuestionar los efectos negativos de la sobrecriminalización y del uso exclusivo de medidas de corte penal.

Viena entonces tiene que intentar salvar la unidad internacional contra la droga, y que se había logrado consolidar con los distintos convenios de las Naciones Unidas desde 1936. Y en este propósito la influencia norteamericana y de su "guerra a las drogas" será determinante. En efecto, Viena hace cambios importantes en la valoración del problema de la droga y en la precisión de sus alternativas, muy acordes con las propuestas estadounidenses. Veamos:

Inicialmente el nuevo Convenio ONU logra imponer políticamente el Modelo Geopolítico Estructural, con lo cual asume que la lucha contra el tráfico de drogas es una acción de defensa de la seguridad de los estados y de la estabilidad política y económica de los gobiernos. Esto es, la Salud Pública pasa a un segundo plano en la legitimación de la lucha contra la droga. Y esto es necesario, porque sólo así Viena puede plantear con coherencia la criminalización del consumo de drogas y de los actos dirigidos al propio consumo.

Luego, Viena ratifica que las estrategias penales tienen un rol protagónico en la lucha antidroga; es más, el nuevo Convenio es en esencia un acuerdo sobre política

² Sobre las discusiones y acuerdos de la Convención de Viena, véase los siguientes documentos Naciones Unidas- Comisión de Estupefacientes: Documento E/CN7/1985/19. Iniciación de la elaboración de un Proyecto de Convención contra el Narcotráfico (1985); Documento E/CN/1987/2. Elaboración de un Proyecto de Convenio contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1986); Documento E/CN&/1986/2. Observaciones y Propuestas recibidas de los Gobiernos en relación con un Proyecto de Convención contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y psicotrópicas (1985); Documento A/CONF.133/ML/L.1. Recomendaciones relativas al Plan Amplio y Multidisciplinario de Actividades Futuras en Torno del Problema del Uso Indebido y del Tráfico Ilícito de Drogas (1987); sobre las propuestas legalizadoras véase: José Luis Díez Ripolles. Alternativas a la Actual Legislación sobre Drogas. Málaga, 1992, Mimeo. p. 16 y ss.

penal. Ahora bien, lo que propone Viena es que el control penal se internacionalice y que la incidencia mayor de los procesos de criminalización ya no recaiga únicamente en los actos de comercialización o fabricación de drogas, sino fundamentalmente en la producción o comercialización de insumos a los que inapropiadamente denomina "sustancias precursoras" y sobre el capital de las organizaciones. Esto es, sobre el encubrimiento financiero o lavado de dinero.

También la Convención postula la creación de un espacio internacional contra la droga, para lo cual amplía los alcances de la extradición y de los principios de "universalidad" y de "administración de justicia por representación". Asimismo potencia la acción de la policía y de los órganos judiciales, legitimando la práctica de la "entrega vigilada", el uso del "agente proveedor" y la utilización internacional de pruebas.

Por último, Viena sirviéndose del discurso de la responsabilidad compartida logra el acercamiento entre los países productores y consumidores, posibilitando entre otras cosas la reunión presidencial de Cartagena y el surgimiento de la "Iniciativa de las Américas".

En nuestro país con posterioridad al Convenio de Viena se produce el cambio de gobierno en 1990. El nuevo régimen publicó en Octubre de aquel año el manifiesto denominado la "doctrina Fujimori sobre política de control de drogas y desarrollo alternativo", y que contenía como uno de sus planteamientos centrales, una propuesta de descriminalización de la actividad del campesinado cocalero al que consideraba una víctima más del narcotráfico internacional.

II. CIFRAS SOBRE LA EFICACIA NACIONAL DEL CONTROL PENAL DEL CONSUMO INDEBIDO Y TRAFICO ILICITO DE DROGAS(*)

1. Intervención Policial

En el Perú la Policía Nacional contaba hasta hace poco con dos unidades especializadas en la investigación y persecución del tráfico ilícito de drogas. Se trataba de la Dirección de Investigación del Tráfico Ilícito de Drogas de la Policía Técnica (ex-Policía de investigaciones del Perú) y de la Dirección de Policía de Drogas de la Policía General (ex-Guardia Civil del Perú). Actualmente estos organismos se han fusionado en uno solo, denominado DIRANDRO. Los datos que a continuación presentamos son anteriores a esa unificación.

(*) La información que se cita ha sido tomada del compendio Perú: Estadísticas de la Criminalidad 1989-90. Instituto Nacional de Estadística e Informática. Lima, 1990. Asimismo, se utilizan datos cuantitativos proporcionados por la Dirección de Estadística del Poder Judicial y de la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas.

Según la DINTID de la Policía Técnica, entre 1985 y el primer semestre de 1990 fueron detenidas por estar implicadas en actos de consumo indebido o de tráfico ilícito de drogas, un total de 12,949 personas, siendo el año de 1987 el que registró el volumen más alto de detenidos con 4,252 casos.

De la cifra total de detenidos durante el período 1985-1990 primer semestre, 7,611 correspondían a intervenidos por tráfico ilícito. Este dato es interesante, pues demuestra que la eficacia policial resulta menor en la interdicción del narcotráfico, pese a que esa es su función principal, ya que el consumo no es punible en el Perú. Ahora bien, las personas detenidas por consumo de drogas deben ser puestas por la autoridad policial a disposición del Juez Civil de Primera Instancia, quien dictará las medidas que considere convenientes para la rehabilitación del adicto (Art.24 del D.L.22095).

Con relación a la operatividad policial la DINTID contabiliza entre 1985 y el primer trimestre de 1990, 8,480 intervenciones contra el tráfico ilícito de drogas. Esto es, aproximadamente, alrededor de 1,413.3 operativos por año, con un promedio mensual de 117.7.

Por su parte, la DIRPOD de la Policía General, registra un total de 11,078 intervenciones entre 1985 y 1989, de las cuales 7,154 fueron realizadas en Lima. Este dato también es significativo, ya que a menos que la información oficial tenga omisiones, las cifras mencionadas estarían indicando que la operatividad y eficacia policial en zonas críticas del narcotráfico, como el Alto Huallaga, es muy limitada o no se registra.

En lo que atañe a detenidos entre 1989 y el primer trimestre de 1990 la DIRPOD aprendió a 1,648 personas, correspondiendo 845 a implicados en tráfico ilícito de drogas, y 839, a involucradas en consumo indebido.

Finalmente la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas del Ministerio del Interior señaló que el decomiso total de drogas, entre 1987 y 1989, fue de 173.627 kilogramos de clorhidrato de cocaína, 14,829 kilogramos de pasta básica de cocaína, y 566,312 kilogramos de marihuana. Como se puede observar, en ese período no se registraron incautaciones de opiáceos.

2. Actividad Judicial

La información estadística sobre la actividad judicial en materia de delitos de narcotráfico es bastante escasa, confusa y no está actualizada. Es así que en relación a la operatividad del Ministerio Público sólo puede mencionarse el record de detenidos en la Provincia de Lima que fueron entrevistados por el Pool de Fiscales. Según dicha fuente, en 1985, de un total de 21,277 detenidos entrevistados, sólo 578 correspondían a implicados en tráfico ilícito de drogas.

Cuatro años más tarde, en 1989, la cifra se elevó ligeramente a 727 detenidos, sobre una cantidad global de 7,201 entrevistados.

En lo concerniente a la estadística del Poder Judicial sólo podemos mencionar el volumen de sentencias condenatorias emitidas por los Tribunales Correccionales del país. Al respecto el total de sentencias condenatorias pronunciadas entre 1980 y 1987 fue de 47,857. De dicha cifra, 9,744 correspondieron a condenas por delitos de tráfico ilícito de drogas, ocupando el segundo lugar en el registro de frecuencias, luego de los delitos contra el patrimonio, con 10,714 sentencias condenatorias, y ligeramente por encima de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, que totalizaron 9,389 condenas.

3. Estadística Penitenciaria

De acuerdo a la información del Instituto Nacional Penitenciario, la población reclusa vinculada al tráfico ilícito de drogas ocupa el segundo lugar de la totalidad de internos en los centros penales del país. Es así que en 1989, de un total de 17,698 reclusos, 4,424 se hallaban en prisión por actos de tráfico ilícito de drogas. Ellos representaban el 25 % de la población penal. Haciendo un desagregado analítico, se detectó que 3,184 internos por tráfico ilícito de drogas eran procesados y 1,240 sentenciados. En razón de la variable sexo, se encontraban internos por TID 3,658 hombres y 756 mujeres.

No hay registros confiables en torno a la prevalencia del consumo de drogas entre la población reclusa. No obstante, a modo de ejemplo podemos señalar que algunas investigaciones particulares sostienen que en Lurigancho, el centro carcelario con mayor número de internos en el país, (aproximadamente 5,527 en 1989), un 45 % de los presos consume drogas.

4. Actitud social ante el problema de la droga

El narcotráfico es, junto con el terrorismo, una de las conductas criminalizadas de mayor difusión social en el Perú. Su presencia constante en los medios de comunicación ha motivado que el hombre de la calle tome conciencia de que el tráfico ilícito de drogas es una característica importante de nuestra sociedad. Y lo más interesante de este efecto psicosocial, es que cada vez dicha actividad merece menos valoración negativa y mayor indiferencia. Para muchos porque se trata de un problema localizado en la zona oriental del país y muy lejos de los focos de desarrollo nacional. Para otros, porque el cultivo ilegal de hojas de coca, o el servicio secundario en favor del narcotráfico (apoyo logístico a los campamentos o aeropuertos ilegales), son fuentes de recursos económicos que no pueden desperdiciarse en una coyuntura de crisis económica, recesión y paro, como la que vive el país.

Ahora bien, el narcotráfico no deja sin embargo de ser catalogado por la población como "un problema nacional". Sin embargo, se le ubica como un problema de segundo orden, que no motiva la misma preocupación que el terrorismo o el incremento del costo de vida. Es así que un sondeo de opinión donde se calificaba la prevalencia de los problemas nacionales los resultados fueron los siguientes: Crisis económica (83%), Terrorismo (56%), Desempleo (35%), Salud (14%), Narcotráfico (11%).⁽³⁾.

Ahora bien, en una encuesta realizada por el Programa de Sociología de la Universidad Agraria de La Molina, al preguntarse acerca de cuál de los problemas nacionales era el de más urgente solución, los encuestados respondieron en el siguiente orden de importancia: Inflación (19.3%), Desnutrición (12.7%), Terrorismo (25.5%), Desempleo (21.2%) y Narcotráfico (0.9%).⁽⁴⁾.

Con relación al consumo de drogas sí se observa una apreciación definitivamente negativa. Particularmente por el estereotipo perjudicial que se tiene del adicto, como persona proclive al delito, y sumamente peligrosa si sufre síndrome de abstinencia.

Los estudios realizados al respecto por DELICIA FERRANDO demuestran que para la población nacional, "el abuso de drogas representa la dimensión más difícil del problema de las drogas; la mayor parte (44%) de la población siente que éste es el aspecto que afecta más al país, seguido por el tráfico y la producción (19.9% y 19.6%) respectivamente"⁽⁵⁾. Asimismo, "que para el ciudadano común, esta actividad -el narcotráfico- son simplemente noticias, mientras que el consumo de PBC, cuya gravedad registra por ser testigo directo en la calle o por enfrentarse o situaciones catastróficas a las que conduce el uso de esta sustancia en su entorno familiar, laboral o vecinal, es realmente un problema"⁽⁶⁾.

³ Cfr. *Reseña Estadística de Datum*, publicada en *El Comercio*. Edición del 07 de julio de 1991, p. A-5; *Revista Caretas* N° 915, p. 26 y ss; D. Ferrando. 1987, p. 58 y ss.

⁴ Publicado en *Revista Sí*, N° 232, 1991, p. 35.

⁵ D. Ferrando, 1987, p. 79.

⁶ D. Ferrando, 1989. p. 401.

Finalmente, es importante señalar que con relación al futuro de la lucha del Estado Peruano contra el Problema de la Droga, un informe de Datum señala que la población confía muy poco en que se logren mejores resultados que los hasta ahora obtenidos. Así un 45% de los entrevistados sostiene que todo "seguirá igual", un 23% que "empeorará", y sólo un 28% cree que "mejorará" (⁷).

III. EL TRAFICO ILICITO Y EL CONSUMO INDEBIDO DE DROGAS EN EL CODIGO PENAL DE 1991

1. Dentro del marco situacional anteriormente descrito fue promulgado en Abril de 1991 un nuevo Código Penal Peruano, luego de 7 años de discusiones reformistas.

El Código del 91 incorporó una nueva tipificación del tráfico ilícito de drogas, siguiendo como modelo al artículo 344 del Código Penal Español, en la versión típica que introdujo la Reforma Parcial de 1983. Y en concordancia con su fuente extranjera colocó sistemáticamente al narcotráfico entre los atentados contra la Salud Pública.

Ahora bien, estas dos decisiones del legislador nacional resultaron en lo político criminal trascendentales. En primer lugar, porque demostraron porque la reforma penal desconoció o hizo caso omiso de la Convención de Viena y de la Doctrina Fujimori. En efecto, el Artículo 296 del Código de 1991 criminalizó el cultivo como conducta constitutiva del tráfico ilícito. Pero, además, descriminalizó de modo expreso el consumo de drogas y cualquier otro acto dirigido al propio consumo. Y, además, omitió también la tipificación del encubrimiento financiero o lavado de dinero.

Sin embargo, todo parece indicar que estas contradicciones no fueron originadas de modo consciente por el legislador, sino que ocurrieron por efecto de la fuente legal que eligió: el Código Penal Español, con una redacción de su artículo 344 anterior a los acuerdos y propuestas de Viena.

Lo errado fue que los integrantes de la Comisión Revisora al tomar tardío conocimiento de lo enunciado en la Doctrina Fujimori, no encontraron mejor alternativa para un rápido alineamiento con la propuesta política del Ejecutivo,

⁷ Reseña Estadística de Datum, publicada en El Comercio, Edición del 07 de julio de 1991, p. A-5.

que eliminar el término cultivo del Artículo 296 mediante una fe de erratas ⁽⁸⁾. De ello se derivaron serias consecuencias de política criminal. Por ejemplo, hoy se viene detectando la aparición de cultivos de amapola en el Valle del Huallaga, y según el Artículo 296, esa conducta por sí misma no es punible, como tampoco lo es el mero cultivo de coca o de marihuana, ya que, en todo caso, dichas conductas sólo son actos preparatorios no criminalizados.

Al respecto, es de señalar, además, que en el último párrafo del Artículo 296 sólo se criminaliza al que "a sabiendas" comercialice materias primas destinadas a la elaboración de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Es decir, que únicamente constituye delito la venta de hojas de coca o de amapola (materias primas), conociendo que serán empleadas por su comprador para la fabricación de cocaína o heroína. Por consiguiente, el campesino del Alto Huallaga que comercializa sus cosechas con personas que sabe las utilizarán en el tráfico ilícito, realiza un acto de relevancia penal.

2. Pero los problemas dogmáticos no concluyen con lo antes expuesto, ya que el tipo básico descrito por el Artículo 296, al ser una copia literal del Artículo 344 del Código Penal Español, según la versión introducida por la Reforma Parcial de 1983, ha reproducido en nuestro país una infructuosa e innecesaria discusión hispánica acerca del objeto de acción del delito ⁽⁹⁾. Basta con señalar que los juristas españoles se han pasado los últimos veinte años criticando lo inseguro y contrario al principio de legalidad de dicha norma. Principalmente porque el objeto de acción del delito no queda definido con precisión, pues el legislador se limita a criminalizar conductas que constituyen fabricación o tráfico de "drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas". Esto es, el tipo sólo se refiere al género médico y a los efectos clínicos de las sustancias fiscalizadas sin distinguir en sus especies ni en su grado de nocividad. Se trata, pues, de un tipo penal en blanco, y que en España ha tratado de ser integrado en base a múltiples criterios como los propuestos por los penalistas españoles Beristain, Muñoz

⁸ La "fe de erratas" que incluyó al cultivo del texto del Artículo 296 fue publicada en el diario oficial El Peruano, edición del 13 de abril de 1992, p. 95866

⁹ El texto español era el siguiente: "Los que promovieren, favorecieren o facilitaren el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico, o las poseyeran con este último fin..."

Conde, Salgado y Diez Ripollés⁽¹⁰⁾. Estas propuestas podemos resumirlas en dos grandes criterios de interpretación: A) Que en cada caso, en razón de la sustancia y de sus efectos sobre el bien jurídico Salud Pública, el Juez decidirá si la droga incautada es parte de las drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas⁽¹¹⁾. B) Que la norma del Artículo 344 debe integrarse con los Convenios internacionales sobre estupefacientes de 1961 y de sustancias psicotrópicas de 1971. Esto es, que sólo serían consideradas como objeto del delito aquellas sustancias que aparecen en las listas contenidas en tales acuerdos internacionales. Y si esto es así, hay que recordar que cada Convenio contiene amplios catálogos de drogas que serían objeto del delito⁽¹²⁾.

Por todos estos problemas e imprecisiones es que LORENZO SALGADO y ARROYO ZAPATERO⁽¹³⁾ han demandado que se modifique el Artículo 344

¹⁰ Sobre la interpretación de la noción de "drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas" en España véase: Antonio Bersitain. *La Droga. Aspectos Penales y Criminológicos*. Temis. Bogotá. 1986, p. 27 y ss; Francisco Muñoz Conde. *Derecho Penal. Parte Especial*. 7ma. Ed. Tirantlo Blanch. Valencia, 1988, p. 450 y ss; José María Lorenzo Salgado. *Reforma de 1983 y Tráfico de Drogas, en la Problemática de la Droga en España*. EDESA, MADRID, 1986, p. 32 y ss; Mariano Barbero Santos. *La Droga en España, Problemática Social, Jurídica y Jurisprudencia*, en *Actualidad Penal* N° 38, 1988, p. 197 y ss. F. Hernández. *El tráfico de Estupefacientes en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en la *Ley*. Vol. 4, 1981, p. 866 y ss.

¹¹ En nuestro concepto esta noción tendría el derecho de la discrecionalidad absoluta que tendría el Juez, en desmedro de la legalidad y seguridad jurídica, para definir con base en un criterio estrictamente médico las sustancias objeto del delito. Entre sus ventajas, como reconoce Muñoz Conde, estaría el hecho de que determinadas sustancias como los derivados caanábicos, podrían ser descriminalizados por no producir daños a la salud ni dependencia física. Asimismo, este criterio permitiría un tratamiento penal diferenciado en razón de la mayor o menor nocividad de las sustancias (Cfr. Francisco Muñoz Conde. *Ob. cit.*, p. 452).

¹² Esta alternativa, propuesta fundamentalmente por Beristáin (*Ob. Cit.* Ps. 27 y 28), nos parece inaplicable para el caso peruano, pues nuestro tráfico ilegal de drogas se relaciona predominantemente con derivados cocaínicos o caanábicos. Aceptar las listas de los Convenios ONU de 1961 y de 1971 significaría una ampliación del objeto de acción del delito indeterminada y peligrosa para la seguridad jurídica.

¹³ José M. Lorenzo Salgado. "La reforma de 1983 y Tráfico de Drogas en La Problemática de la Droga en España (análisis y Propuestas Político-Criminales). EDESA. Madrid, 1986, p. 38; Luis A. Arroyo Zapatero. *Aspectos Penales del Tráfico de Drogas*, en *Poder Judicial*. N° 11, 1984, p. 22

y se señalen las drogas punibles en listas cerradas. Es decir, que curiosamente la solución sería equivalente a la técnica legislativa que empleaba el derogado Artículo 55 del Capítulo V del Decreto Ley 22095, que hacía alusión a las listas anexas I y II A, y en las cuales aparecían registradas, con nombre y apellido, no más de veintidós sustancias que constituyan el objeto de acción del delito. Por consiguiente, ha sido del todo negativa la adopción del modelo hispánico para la redacción del Artículo 296 de nuestro Código Penal.

En tal sentido, demandamos que se modifique el tipo básico introduciendo un párrafo que aluda a las listas I y II A del Decreto Ley 22095, que no han sido derogadas por el Código Penal, pues siguen en vigencia para efectos de fiscalización. El texto que proponemos podría ser el siguiente:

"El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas contenidas en las listas I y II A del Decreto Ley 22095, mediante actos de fabricación..."

Otro aspecto que merece destacarse en torno al nuevo tipo básico del Artículo 296, es que su primer párrafo concede al tráfico ilícito la condición de delito de peligro concreto, pues la norma exige que el sujeto activo con su conducta debe materialmente promover, facilitar o favorecer el consumo ilegal de drogas. Caso contrario, si no se efectúa con la conducta del agente una situación favorecedora, promocionadora o facilitadora del consumo, sólo habrá tentativa. ⁽¹⁴⁾.

Ahora bien, tales efectos de promoción o favorecimiento deben obtenerse mediante actos de fabricación o de tráfico de drogas, es decir, mediante conductas de producción de drogas o de comercio de tales sustancias. Al respecto, hay que recordar que el Artículo 89 del Decreto Ley 22095 fija un concepto legal para los actos de fabricación y tráfico ⁽¹⁵⁾. Esto es, los ubica

¹⁴ En ese sentido ver Enrique Bacigalupo. Problemas dogmáticos del Tráfico Ilícito de Drogas (Art. 344) en la Problemática de Droga en España...Ob. cit, p. 93 a 95.

¹⁵ El Artículo 89 del decreto ley 22095 no ha sido derogado, por lo cual puede ser utilizado para la precisión dogmática de los alcances de los actos criminalizados. En tal sentido, el inciso 6º definía los actos de tráfico (comerciar) como "depositar, retener, ofrecer, expender, vender, distribuir, despachar, transportar, importar, exportar, expedir en tránsito o que bajo cualquiera otra modalidad se dedique a actividades ilícitas con drogas". Por su parte el inciso 15 del mencionado Artículo 89 calificaba como formas de fabricación los actos de "preparar, elaborar, manufacturar, componer, convertir o procesar cualquier sustancias fiscalizada ya sea por extracción de sustancias de origen natural o mediante síntesis químicas".

como actos de elaboración o movilización comercial de las drogas.

Sin embargo, el nuevo Código contempla también una figura punible adicional, en el párrafo segundo del Artículo 296. Se trata de la posesión de drogas con fines de tráfico ilícito, esto es, de comercialización. Creemos que el legislador debió de dar independencia sistemática a este supuesto que es de **peligro abstracto** y que se consuma con el mero acto de la posesión en relación con una tendencia interna trascendente de comercialización (¹⁶).

Por último es de señalar que el párrafo final del numeral que comentamos permite una criminalización indirecta del tráfico de "precursores", como propone el Convenio de Viena; pero, además, como ya se mencionó, este segundo párrafo criminaliza al campesino cocalero que vende su coca para la elaboración de cocaína, ya que nadie puede discutir que la hoja de coca no sea materia prima de la cocaína.

3. Con relación al Artículo 299 sobre la impunidad de la posesión de drogas para consumo personal, hay que señalar, que al margen de su defectuosa redacción, es un dispositivo que, como el derogado Artículo 56 del Decreto Ley 22095, está demás. En efecto, dicha norma permisiva no cumple ninguna función dogmática, ya que en el Perú no es punible la posesión indebida de drogas como si lo es en Bolivia, Argentina o Colombia (¹⁷). Y esta actitud descriminalizadora de los actos vinculados con el consumo es correcta, pues la propia Constitución Peruana en su Artículo 17 in fine así lo establece, dado que obliga al Estado a reprimir únicamente el tráfico y no el consumo.

La posesión del Artículo 299 no es, pues, la posesión tipificada en el segundo párrafo del 296, ya que esta última tiene por fin el tráfico; es decir, se posee para comercializar o facilitar la comercialización ilegal de drogas. Y si no hay tipo no puede haber una causa de justificación. O, dicho de otro modo, si no hay una punibilidad genérica de la posesión indebida o para propio consumo, no puede establecerse una excepción por la cantidad de droga poseída.

En realidad esta norma es un rezago asistemático y negativo de la primera

¹⁶ Cfr. Enrique Bacigalupo. Problemas...Ob. cit., p. 102 y ss.

¹⁷ Cfr. Art. 14 de la Ley 23.737 Argentina del 11 de Octubre de 1989. Art. 49 de la Ley N° 1008 Boliviana del 19 de Julio de 1988 (Ley del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas); Art. 51 de la Ley N° 30 Colombiana del 31 de Enero de 1986 (Estatuto Nacional de Estupefacientes); Art. 194, IV párrafo del Código Penal Mexicano.

versión del Capítulo V del Decreto Ley 22095, donde el inciso "e" del Artículo 58 de modo expreso sancionaba como delito autónomo, distinto de la posesión para el tráfico, la posesión indebida de drogas, salvo en dosis personal para el propio e inmediato consumo (¹⁸). En el texto pues de 1978 sí había tipo penal y norma permisiva. Sin embargo, en el actual Código Penal, el Artículo 299 que exime de pena por un delito no tipificado al poseedor de drogas en cantidad equivalente a dosis personal para su propio e inmediato consumo, resulta siendo un absurdo y debe ser suprimido. Ya que puede resultar tan peligroso como el Artículo 56 que introdujo el Decreto Legislativo 122, que llevó a algunos jueces a "crear", interpretándolo contrario sensu, un delito de posesión indebida, si la cantidad de droga poseída -aún cuando no estuviera destinada al tráfico-, era mayor a una dosis personal (¹⁹), contrariando así abiertamente el principio de legalidad, y aplicando arbitrariamente una analogía en malan partem. Desafortunadamente algunos comentaristas del nuevo Código Penal, como LAMAS PUCCIO, vienen aceptando esta desafortunada e ilegal interpretación (²⁰).

4. En lo que atañe a circunstancias agravantes el Código del 91 mantiene los supuestos del derogado Artículo 55A, que son también los exigidos por la Convención de Viena. Ahora bien, subsisten los mismos problemas de indeterminación de las circunstancias atenuantes del Artículo 298, ya que ellas siguen basándose en un criterio cuantitativo de "pequeña cantidad", que la ley no define. Esto es, no se fija una cantidad tasada sino que el Juez debe precisar en cada caso concreto si el volumen de droga poseída o fabricada es asimilable al atenuante de "pequeña cantidad". En nuestro concepto hubiera sido preferible establecer dosis presuntas o legales, como se ha realizado en Colombia y México

¹⁸ Según dicha disposición se debía sancionar con "pena de prisión no menor de 02 años no mayor de 15 años: e) Al que posea drogas sin autorización, salvo en dosis para su propio consumo inmediato. La eximencia requiere peritaje médico legal..."

¹⁹ En España ha habido acuerdo en torno a que con la Reforma Parcial de 1983, el Artículo 344 hizo impune por atípica la tenencia de drogas para propio consumo e incluso la tenencia colectiva con igual propósito. Cfr. Luis F. Rey Huidobro. El delito de Tráfico de Estupefacientes en Estudios Penales sobre la Reforma Penal. Servicio de Publicaciones de la U. de Cordova, 1987, p. 132 y ss.

²⁰ Luis Lamas Puccio. El Tráfico Ilícito de Drogas en el Nuevo Código Penal. Cultural Cuzco. Lima, 1992. p. 47 y ss; en contra: César Paredes Vargas. Atipicidad objetiva de la Posesión de Drogas en Usuario Ocasional, en Debate Penal N° 7-8-9, 1989, p. 260 y ss.

(²¹). Al respecto debemos mencionar que consideramos pertinente que el Artículo 298 incluya un párrafo final donde se precise que, para efectos de la atenuación, se considerará como cantidad mínima hasta 30 gramos de derivados caanábicos, hasta 15 gramos de derivados cocaínicos, y hasta 5 gramos de derivados opiáceos.

5. En cuanto a tipos especiales, el Nuevo Código ha conservado los mismos que existían en el Capítulo V del D.L. 22095, lógicamente considerando como objeto de acción las drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicas (²²). Lo cual en el caso del Artículo 300 puede ofrecer problemas, porque en el presente todos los medicamentos tienen componentes que se podrían asimilar a esa noción tan amplia que el Nuevo Código da a las sustancias fiscalizadas. Aquí, para evitar arbitrariedades deberá atenderse al móvil del profesional (promover el consumo indebido) y a las Listas I y II A del D. L. 22095.
6. Con relación al reciente Decreto Ley 25428 que criminaliza el encubrimiento financiero o lavado de dinero, a través del artículo 296 A y del Artículo 296B, consideramos que los tipos legales están deficientemente redactados (²³). Ellos suscitan serias dudas de interpretación a la vez que abren muchas puertas a la represión indiscriminada y al abuso. Si bien es cierto que una clara omisión del Código Penal de 1991 fue la no tipificación del lavado de dinero, no es menos

²¹ Cfr. Art. 33 de la Ley 30 Colombiana de 1986. Art. 194 del Código Penal mexicano; sobre el debate en torno a la dosis mínima véase: Antonio Veher Noguera. Calificación Jurídica de la tenencia o posesión de drogas o estupefacientes en Cuadernos de Política Criminal N° 21, 1983, p. 762 y ss.

²² Dado que no ha habido una variación importante en las circunstancias atenuantes y agravantes (Arts. 297 y 298), así como en tipos especiales definidos por los artículos 300 (Abuso profesional sanitario), 301 (Coacción y Consumo Involuntario de Drogas), 302 (Instigación al consumo de drogas) del Nuevo Código Penal, en relación a los supuestos previstos por el Capítulo V del Decreto Ley 22095, son todavía útiles nuestros comentarios anteriormente publicados. Cfr. Víctor Prado Saldarriaga. Política Criminal Peruana. Cultural Cuzco. Lima. 1985, p. 174 y ss; véase también: Luis Lamas Puccio. Ob. cit., p. 49 y ss.

²³ El Decreto Ley 25428 fue promulgado el 09 de abril de 1992. No obstante, en noviembre de 1991 el Gobierno había promulgado el mismo texto normativo como Decreto Legislativo N° 736, pero fue, luego, derogado por la ley 25404 del 25 de febrero de 1992 que absurdamente asimilaba el encubrimiento financiero a una receptación patrimonial agravada(Art. 195 del Código Penal). Cfr. Luis Lamas Puccio. Tráfico de Drogas y Lavado de Dinero. S.E. Lima, 1992, p. 135 y ss.

cierto que dicha omisión es mejor que las defectuosas fórmulas como las que establece el Decreto Ley mencionado y que no diferencian con claridad las conductas típicas. Por ejemplo, entre los actos típicos se menciona de modo genérico la pignoración; o se alude a la suficiencia de un dolo eventual en el agente que recibe o posee ganancias del tráfico ilícito de drogas ("o lo hubiera sospechado").

El legislador señala, pues, que para la tipicidad bastará que el autor "hubiera sospechado su origen". Aquí, por ejemplo, cabría preguntarse si sería punible el abogado que defiende a un imputado por Tráfico Ilícito de Drogas y que "sospeche" que sus honorarios son pagados con dinero proveniente del narcotráfico, o cuan comprometida quedaría la situación del Estado al cobrar las multas penales o reparaciones civiles a los narcotraficantes, que podrían también ser pagadas con dinero sucio. Claro está que en estos casos se estaría realizando un acto permitido por la ley, pero ello no enerva lo impreciso de la tipificación. Desafortunadamente, la fórmula peruana parece seguir las omnicomprensivas y peligrosas propuestas típicas de la CICAD.

Por otro lado, las limitaciones del Decreto Ley 25428 no permiten tampoco reconocer cuál es el alcance y función del Artículo 296 B, que se vislumbra como repetitivo del 296 A. Al parecer dicho dispositivo estaría destinado a la criminalización específica del lavado de dinero vía el sistema financiero nacional e internacional, así como a la agravación de la pena en los casos en que el agente actúe con dolo directo ("a sabiendas de la procedencia ilícita del dinero"). Ahora bien, al margen de la desproporcionada severidad de las penas, que es compartida tanto por el Artículo 296 A como por el 296 B, preocupa hondamente la agravación punitiva que propone el legislador en el párrafo segundo de este último artículo. Y ello porque al señalarse que la pena aplicable sería "el máximo de ley como mínimo", y entendiendo que el máximo de ley, ahora convertido en mínimo, es de 25 años de privación de libertad, la pregunta que surge es ¿Cuál será entonces el máximo de la pena en el supuesto agravado que describe el párrafo segundo del Artículo 296 B?

Sobre el particular caben dos interpretaciones: En primer lugar, que el máximo de la pena es indeterminado. Ello significaría que de modo subrepticio e indirecto se ha reintroducido en nuestro sistema punitivo la pena de internamiento que existía en el Código derogado de 1924 ⁽²⁴⁾. Con lo cual, la proporcionalidad garantista de las sanciones sería soslayada una vez más por

²⁴ Cfr. Art. 11 del Código Penal de 1924. En efecto, la suprimida pena de internamiento también tenía como límite mínimo 25 años de privación de libertad y carecía de límite máximo.

la arbitrariedad y el simbolismo de la política sobrecriminalizadora del Estado. Y la segunda interpretación posible sería que estamos ante una pena fija de 25 años, lo cual sería coherente con el principio de legalidad. En fin, creemos que si se quería tipificar el delito de lavado de dinero hubiera sido preferible seguir las pautas que se vienen dando al respecto en Europa, a través del Convenio Europeo sobre blanqueo de dinero de 1990 o del informe del Grupo Francés de Acción Financiera (GAFI) sobre el blanqueo de capitales ⁽²⁵⁾, que, incluso, consideran que el encubrimiento financiero no debe criminalizarse únicamente cuando se relaciona con el narcotráfico, sino que debe ser sancionado en todos los casos en que se relacione con una actividad ilegal (tráfico de armas, trata de blancas, etc.).

7. En lo que atañe al Decreto Ley 25429, también recientemente promulgado ⁽²⁶⁾, el legislador ha optado por reprimir más severamente el encubrimiento personal de implicados en actos de tráfico ilícito de drogas. En efecto, no solamente se incrementa la pena que corresponde al delito tipificado en el Artículo 404 del Código Penal, sino, que, además, en un segundo párrafo, se contempla una agravación específica para el caso de narcotráfico. Sin embargo esta última decisión normativa resulta más cercana al principio de proporcionalidad, ya que en su versión original la agravante alcanzaba a todos los delitos contra la Seguridad Pública, incluyendo aquellos que como el descrito en el Artículo 274 (conducción de vehículos en estado de ebriedad o drogadicción) establecían sanciones mucho menores que las previstas para los actos de encubrimiento personal. Con su nueva redacción, pues, la agravante del párrafo segundo del Artículo 404 sólo se aplicará en casos de encubrimiento personal de los delitos contenidos por la Sección II, del Capítulo III del Título XII (Delitos Contra la Seguridad Pública) del Código Penal. Esto es, cuando el agente que atente contra la administración judicial sustraiga a un narcotraficante a la persecución penal o a la ejecución de una pena.

²⁵ Cfr. Conseil de L'Europe. Convention Relative au Blanchiment, au Dépistage, à la saisie et à la Confiscation des Produits du crime. en Serie des Traités européens N° 141, Strasbourg, 1990, p. 2 y ss; James Laughton. En enfoque financiero de las investigaciones contra los traficantes de droga internacionales. en Revista Internacional de Policia Criminal N° 404, 1986, p. 19 y ss.

²⁶ Cabe señalar que también este Decreto Ley se intentó promulgar con anterioridad, vía Decreto Legislativo N° 747 del 08 de noviembre de 1991.

IV. CONCLUSIONES FINALES

Resumiendo lo analizado en las páginas que anteceden, podemos sostener:

En primer lugar, que la política penal peruana en materia de control de drogas no es y no ha sido otra cosa que una aceptación directa y acrítica de los objetivos y estrategias propuestos por los Convenios Internacionales Antidroga.

En segundo lugar, que a partir de la Convención de Viena, la política penal antidroga de los países se ha flexibilizado, y ahora los Estados no se alinean a las ofertas internacionales, si ello entra en contradicción o pone en riesgo intereses o políticas económicas nacionales. Y que, por ende, la legitimación del uso del control penal como estrategia para enfrentar el problema de la droga parece tener los años contados.

En tercer lugar, que el tratamiento dado por el Código Penal al tráfico ilícito y al consumo indebido de drogas ofrece importantes ventajas, pero, igualmente, produce lamentables violaciones al principio de legalidad. Entre lo positivo destaca la descriminalización total del consumo y de los actos dirigidos al propio consumo. Y entre lo negativo resalta la ambigüedad en la determinación de objeto de acción del delito, y la innecesaria incorporación de una norma permisiva para una conducta no prohibida en el Artículo 299.

Finalmente, las recientes normas de tipificación del encubrimiento financiero adolecen de imprecisión, y no constituyen una alternativa útil para la efectividad del control penal sobre los capitales y activos de la organización del narcotráfico, toda vez que el país carece de un modelo criminalístico adecuado para detectar e interceptar esas formas de criminalidad. En tal sentido, los decretos leyes promulgados cumplen, en definitiva, una función meramente simbólica.