

**TRAFICO ILICITO DE DROGAS:  
REPRESION, PODER JUDICIAL Y POLICIA (\*)**

César San Martín Castro

I *PRECISIONES CONCEPTUALES*

1. El punto de encuentro de una postura alternativa a la actual normatividad penal del Tráfico Ilícito de Drogas (TID), consiste en reconocer: a) el fracaso de un sistema represivo construido desde concepciones internacionalistas y de poder hegemónico que imponían a los países de América Latina, especialmente el eje Colombia-Bolivia-Perú, objetivos nacionales artificiales; b) los perversos efectos secundarios de un modelo de reacción penal simbólico y altamente represivo; y c) la destrucción masiva de sus sistemas legales, económicos e institucionales, evidenciada por el alto índice de corrupción e inseguridad ciudadana. (Cfr. *Narcotráfico: realidades y alternativas*, Lima, 1990, pp. 229-232)

2. El narcotráfico no es sólo un problema penal; es algo más que un simple delito: un problema social que involucra hondos desafíos y que exige soluciones de corte político y de desarrollo, antes que criminalización de conductas; implica, además, desarrollar una efectiva regulación administrativa y un aparato administrativo destinado a controlar la oferta y la demanda de droga, que llegado el caso apunte a establecer tipos penales (Cfr. Juan Busto Ramírez, *Coca Cocaína: entre el derecho y la guerra*, 1990, Barcelona, pág. 144). Por consiguiente, no puede pasarse por alto que una condición previa para una articulación represiva eficaz es referir los parámetros

---

(\*) El presente trabajo es la ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre Tráfico Ilícito de Drogas: Represión, Tratamiento y Regulación Alternativa. México, octubre de 1991.

políticos, los condicionantes sociales y la inserción de los países en la división mundial de transferencias de estupefacientes, así como implementar alternativas posibles al cultivo de coca.

3. Es menester ubicar en el Perú el *drogo-problema* y definir las características del sistema de reacción penal, las influencias de los convenios internacionales sobre estupefacientes, y el aspecto policial y judicial (institucional), situándolos en la perspectiva de un necesario reordenamiento que suponga tener en cuenta la Convención de Viena de 1988, el Convenio Perú-USA del año en curso y la perspectiva europea de creación de un espacio judicial regional que luche contra las formas más violentas y peligrosas del tráfico ilícito de drogas, respetando los principios democráticos del control penal y las reglas de un proceso justo con amplio respeto a los Derechos Humanos proclamados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

4. Es obvio que nuestra ponencia se centrará en las respuestas de los órganos del control penal formal, lo que presupone una instancia represiva ya acordada por la comunidad americana, así como el intento de sensibilizar a la opinión pública y a los gobiernos americanos para la adopción de convenios multilaterales que configuren institucionalmente un sistema uniforme y armónico de lucha eficaz contra el blanqueo de dinero producto del narcotráfico, las diversas formas de receptación, el control de armamentos y precursores, y la extradición de reos buscados por las diferentes justicias nacionales.

5. Sin embargo, no podemos dejar de anotar, como se sostuvo en la Declaración de Lima con motivo de la Conferencia Internacional "A un año de Cartagena", que el narcotráfico, de un lado, y las políticas oficiales para su represión, de otro, tienden a incentivar en algunos países andinos la expansión de la violencia, lo que propicia la violación de los derechos humanos; y que si bien es necesario descocalizar la agricultura y desnarcotizar la economía, ello pasa necesariamente por fortalecer las instituciones estatales y civiles como garantía de democracia, así como por concentrar los pocos y débiles recursos institucionales para implementar una coherente política de interdicción que adicionalmente atenúe los riesgos de abuso de poder y corrupción (puntos 19, 22 y 28) (Lima, abril de 1991).

## II LAS DROGAS PROHIBIDAS Y LA REACCION PENAL EN EL PERU

1. Las características generales del narcotráfico han sido definidas brillantemente por Víctor Prado. El Perú interviene en el tráfico mundial de drogas como agente productor de coca en bruto y derivados cocaínicos. En territorio peruano tienen lugar, concretamente, las etapas primarias del proceso de fabricación de cocaína: a) sembrado y cosecha de plantas de coca, principalmente de la especie novogratense; b) transformación de las hojas de coca en pasta básica de cocaína (PBC); y c) refinado intermedio de la PBC hasta convertirla en pasta básica lavada (PBC-L) (“Narcotráfico: análisis situacional y política penal”. *Anuario de Derecho Penal*, 1988, Lima, p. 47).

2. Si bien es cierto que lo sustancial de la producción de droga en el Perú se destina al exterior, principalmente al mercado norteamericano, a partir de la intermediación de los cárteles colombianos de la denominada “conexión latina”, cuyas ganancias para los importadores, distribuidores y expendedores de ese país alcanza a unos 79 mil millones de dólares, lo que ha generado una economía de la droga que ha tergiversado todo el proceso de desarrollo socio-económico nacional; también es verdad que esta capacidad productiva, inconteniblemente expansiva, ha generado un creciente consumo interno y la constitución de redes importantes de micro-comercialización que se van “socializando”, al punto que sus barreras de distribución van más allá de los típicos garitos y encuentros clandestinos, involucrando a personas que pertenecen indistintamente a cualquier nivel social o cultural de la población urbana (V. Prado, ob. cit., pp. 249-50).

Esto último es tan evidente que según el estudio de Delicia Ferrando, 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) (1987, p. 79).

3. La intervención policial contra el consumo y el tráfico ilícito de drogas ha venido aumentando sensiblemente en los últimos años; no obstante ello la sensación ciudadana es que la cifra negra es considerablemente alta. Las estadísticas son ilustrativas al respecto:

A) La Dirección de Investigación del Tráfico Ilícito de Drogas de la Poli-

- cía Técnica, que actúa en el medio urbano, entre 1985 y el primer semestre de 1990 detuvo a 12,949 personas, siendo el año 1987 el que registró el volumen más alto de detenidos con 4,285 frecuencias. De los detenidos en ese período 7,611 correspondían a personas implicadas en actos de consumo y 5,338 a implicados en tráfico ilícito. Operacionalmente esa institución policial realizó 8,480 intervenciones contra el TID con un promedio anual de 1,413.3.
- B) La Dirección de Policía de Drogas de la Policía General, que actúa en el medio rural, tiene un total de 11,078 intervenciones registradas entre 1985 y 1989, de las cuales 7,154 fueron realizadas en Lima. Los datos glosados revelan que la operatividad y eficacia policial en las zonas críticas del narcotráfico como el Alto Huallaga es muy limitada. Entre 1989 y el primer semestre de 1990 se detuvo a 1,684 personas, correspondiendo 845 detenciones a implicados en el tráfico ilícito y el resto a consumo indebido.
  - C) La Oficina Ejecutiva de Control de Drogas del Ministerio del Interior computó que el decomiso total de drogas entre 1987 y 1989 fue de 173,627 kilogramos de CC, 14'829,238 de PBC y 566,312 kilogramos de marihuana. No se registran incautaciones de opiados. De otro lado, de marzo de 1990 a abril de 1991 se incautaron sólo 45,272.50 dólares y de 1978 a abril de 1991 se decomisaron 522 inmuebles, 3,135 vehículos y 32 avionetas.
  - D) El Poder Judicial registró entre 1980 y 1987 47,857 sentencias condenatorias, de las cuales 9,744 correspondían a delitos de TID, ocupando el segundo lugar en el registro de frecuencias, luego de los delitos patrimoniales que tuvieron 10,714 sentencias condenatorias.
  - E) El Instituto Nacional Penitenciario registró en el año 1989 17,689 reclusos, de los cuales 4,424 se hallaban en prisión por drogas, representando el 25% de la población penal, de los cuales 3,184 eran procesados y 1,240 sentenciados. Por razón de sexo 3,658 eran varones y 756 mujeres, vinculados al TID.
  - F) No existen datos confiables en torno a la prevalencia del consumo de drogas entre los delincuentes. Sin embargo, investigaciones realizadas en el centro carcelario más numeroso del país revelan que en el año

1989 existían un 45% de presos que consumía drogas. Dicho CRAS contaba con 5,527 internos (Cfr. *Perú: Estadísticas de la Criminalidad*, años 1989-1990, Lima).

4. Frente a este preocupante panorama, que demuestra el fracaso del Estado para reducir a límites tolerables el narcotráfico, cabe ahora explicitar la política penal que se ha venido siguiendo y de este modo acercarnos a una cabal comprensión del drogo-problema. La política antidroga del Estado ha pasado por diversas etapas, siempre bajo presiones internacionales, que de modo general han importado un incremento permanente de las sanciones, ampliación de las barreras típicas a los actos preparatorios e improcedencia de beneficios procesales y penitenciarios. Esta actitud revela que la legislación peruana se desarrolló como un acto de subordinación a los enunciados supranacionales.

Hasta 1920 el Estado adopta una política pasiva muy marcada; no hubo respuesta a los fenómenos de drogadicción. Luego de ese año, el 26 de noviembre de 1921 se promulgó la Ley Nº 4428, que instauró la denominada “etapa fiscalizadora”; se controló la producción, exportación, importación y comercio de droga, siguiéndose a ese efecto las directivas de los Convenios de la Haya de 1912 y de Ginebra de 1925 y 1931. Son importantes, como normas secundarias, el Reglamento de control de drogas tóxicas —Resolución Suprema de 25 de setiembre de 1925— y el Decreto Supremo de 5 de julio de 1941.

Con la promulgación de los Decretos Leyes 11005, de 28 de marzo de 1949, y 11047, de 1º de julio de 1949, y sus modificaciones adicionales producto de los Decretos Leyes 14605, de 25 de julio de 1963, 11327, de 14 de abril de 1950, y 19505, de 22 de agosto de 1972, se implementó la etapa represiva. Se criminalizó el problema de la droga al amparo del Convenio de Ginebra de 1936. Las metas de control se focalizan en la represión del TID. El enfoque institucional pasó del órgano sanitario al órgano de control penal, al punto de crearse un fuero aparte del Poder Judicial, el “Consejo Nacional Ejecutivo contra el Tráfico de Estupefacientes”. El sistema integral de reacción surgió con el D.L. 22095, de 21 de febrero de 1978; D.L. 22926, de marzo de 1980; D.L. 22927, de 4 de marzo de 1980; y Decreto Legislativo 122, de 12 de junio de 1981. En estas normas es notoria la influencia del Convenio de Nueva York de 1961, el Protocolo de Ginebra de 1972 y el Primer Protocolo Adicional del Acuerdo Sudamericano de Estupefacientes y

Psicotrópicos de 27 de abril de 1973, aprobado por el D.L. 22609, de 25 de julio de 1979.

5. El D.L. 22095, siguiendo las recomendaciones internacionales, intenta responder de modo integral al problema de las drogas incorporando normas de carácter orgánico, preventivo, penal y administrativo que permitan una eficaz: a) represión del tráfico ilícito de drogas que producen dependencia; b) prevención del uso indebido de drogas; c) rehabilitación biosicosocial del drogadicto; y d) reducción de los cultivos de la planta de la coca. El diseño y la coordinación política y administrativa de las estrategias necesarias para conseguir los objetivos antes puntualizados han sido encomendados a dos organismos estatales: el Comité Multisectorial de Control de Drogas (COMUCOD), compuesto por ministros de Estado, y la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas (OFECOD), que funciona como supervisor de los planes operativos que deben ejecutar los distintos ministerios. Estas instituciones, que evidenciaron notorias deficiencias funcionales, alto grado de discordancia intersectorial y consecuentemente una errática política preventiva, determinaron, al amparo de las exigencias norteamericanas con motivo de las tratativas de un convenio bilateral, la creación de la Autoridad Autónoma para el Desarrollo Alternativo (AADA) por el Decreto Supremo 158-90 PCM, de 5 de diciembre de 1990, como un organismo de rango ministerial y dependiente únicamente del Presidente de la República, con facultades estratégicas y operativas suficientes para procurar un trabajo armónico y eficiente en este nivel, para cuya actuación se supeditó a la dación de una norma con jerarquía de ley y a la celebración de sucesivos convenios anexos con USA. con USA.

6. Las conductas incorporadas por el D.L. 22095 y el Decreto Legislativo 122, como ya se dijo, seguían muy de cerca las disposiciones del Primer Protocolo Adicional del Acuerdo Sudamericano sobre Estupefacientes y Psicotrópicos de 1973. También se recibió la influencia del Derecho colombiano a través de la inclusión de la controvertida moción de “dosis personal”.

El tipo básico sanciona todo el circuito vinculado al tráfico desde la producción hasta el comercio, extendiendo en el segundo supuesto a la comercialización de la materia prima requerida para la elaboración de droga. Debemos acotar que más allá de lo peligroso que significa adelantar la punibilidad criminalizando los actos preparatorios, el objetivo de la ley es

“cubrir toda posibilidad con punibilidad” (Cfr. José Luis Francia Gómez, *La Represión del Tráfico Ilícito de Drogas en el Perú*, Lima, 1991, pág. 296).

El tipo privilegiado contiene fórmulas ambiguas e indeterminadas que han dado como consecuencia una jurisprudencia muy nebulosa y arbitraria. Son destacables los conceptos de “pequeña extensión”, “escasa cantidad” o “pequeña cantidad”. El art. 56 contiene una excusa legal para los casos de posesión de droga en “dosis personal” para el propio e inmediato consumo.

El tipo calificado comprendió todas las circunstancias agravantes reconocidas en los textos internacionales, sustentadas en razones de modalidad de comisión (crimen organizado), de claridad del agente (funcionarios del control penal, educadores y personal sanitario), y de lugar de comisión (establecimientos de enseñanza, centro asistencial de salud, recinto deportivo y lugar de detención y reclusión).

Se creó la figura legal de “asociación ilícita para el tráfico ilícito de drogas” (que es un acto preparatorio elevado a la categoría de punible), que pretende facilitar la labor de los órganos policiales ante las dificultades de prueba que presenta el crimen organizado en atención a actividades específicas de TID. Por último se diseñaron tipos penales especiales relativos al suministro ilícito de drogas por personal sanitario, constreñimiento al consumo de drogas e instigación al consumo de drogas, cuya aplicación es nula pues no se ha registrado ningún proceso bajo esos cargos. El art. 60 de ese decreto legislativo previó una modalidad de encubrimiento personal cuando el sujeto activo sea un funcionario o servidor público encargado de la investigación del delito o de la custodia del delincuente.

En su afán hiperrepresivo contempló penas de multa ad hoc y de inhabilitación posterior, sobrecriminalizó la complicitad secundaria equiparándola con la necesaria, estatuyó la expulsión de extranjeros condenados por TID y consignó expresas prohibiciones penales, procesales y penitenciarias (no cabe indultos, remisión de penas, libertad condicional, semi-libertad, salvo los supuestos de carácter privilegiado del art. 55B).

7. El Decreto Ley 22095 también contiene disposiciones para el tratamiento penal del traficante-consumidor de drogas (art. 29) bajo una solución absurdamente doppiobinarista, de suerte que luego de un tratamiento o terapia deshabituadora el reo debe ser puesto a disposición del tribunal para

imponerle la pena que le corresponde como autor del delito. Igualmente, para los supuestos de consumidores de droga o drogadictos no incurso en investigación penal por TID se impone compulsivamente una medida de seguridad de internamiento en un centro de rehabilitación para fármaco-dependientes bajo competencia del juez civil (arts. 24, 27).

8. Esta norma ordinaria prevé disposiciones procesales que aluden a la detención e investigación policial (arts. 71 a 74), al decomiso e incautación de bienes (arts. 66 a 70) y a la libertad incondicional (art. 74) y libertad provisional (art. 64). Las características de estas normas son las siguientes:

### *8.1 En el plano policial*

- a) Sancionan que el delito de TID es de persecución oficial y, a nivel especializado, encarga la investigación preliminar a la Policía Técnica;
- b) Confieren a la policía la posibilidad de detener preventivamente a los sospechosos de TID hasta por 15 días naturales. Esta medida no existía en la legislación y práctica policiales anteriores, las cuales solo permitían un tiempo de detención no superior a las 24 horas;
- c) Permiten allanar locales y efectuar registro en los mismos, sin limitación alguna y sin recabar previa orden judicial;
- d) Facultan a inspeccionar laboratorios, farmacias y boticas;
- e) Conceden la potestad de restringir o impedir el ingreso, tránsito o salida del país a personas dedicadas al TID o de quienes se sospeche que lo hagan;
- f) Autorizan el traslado de detenidos a otros lugares con fines de investigación, con la sola puesta en conocimiento de la autoridad judicial;
- g) Prohíben la interposición y procedencia del habeas corpus con motivo del ejercicio de estas medidas o de otros actos relacionados con la investigación;
- h) Regulan la posibilidad de que a pedido de la policía el juez dicte medidas cautelares sobre los bienes muebles o inmuebles del investigado durante el período de la investigación policial.

### *8.2 En el plano del decomiso e incautación*

- a) El decomiso comprende las drogas, insumos, fábricas, laborato-



rios, alambiques, implementos y enseres empleados en la producción y fabricación ilícita de drogas;

b) Cuando se trata de cultivos, éstos se destruyen inmediatamente con presencia del juez; supuesto en el que la incautación se extenderá a los equipos de trabajo y otros bienes de uso directo que hubieran sido hallados para el cultivo y explotación ilícita de la coca;

c) Los terrenos son incautados y afectados al Ministerio de Agricultura para su adjudicación a campesinos sin tierra. De igual manera se decomisan los inmuebles utilizados como fábricas, lugares o depósitos de expendio, los vehículos utilizados como medio de distribución o de transporte, en la medida que pertenezcan a los autores o partícipes, así como a terceros concedores del delito y que hubieran omitido denunciarlo;

d) El dinero empleado u obtenido en la comisión del delito de TID, objeto de la investigación, se incauta y deposita en el Banco de la Nación. Sucesivas leyes de presupuesto, a partir de 1988 han venido disponiendo que una parte de todo lo recibido como consecuencia de la lucha antinarcóticos le corresponde al Ministerio Público;

e) Las drogas decomisadas se depositan en un local especial, bajo responsabilidad de la OFECOD, para su posterior destrucción pública en un acto especial;

f) Se concede a la OFECOD la responsabilidad de administrar todos los bienes incautados, a la par que su asignación a dependencias públicas. Los Decretos Supremos 041-81-JUS, de 15 de diciembre de 1981, 051-8-JUS de 31 de agosto de 1982, 046-88-IN, de 1 de diciembre de 1988, 185-91-EF y 456-84-EF, han regulado operativamente los márgenes de esa facultad especial; y

g) Expedida sentencia firme, los bienes incautados o decomisados son adjudicados al Estado para que continúen en uso de las dependencias públicas antes indicadas. Si los bienes no sirven para ese fin serán rematados y su producto depositado en el Banco de la Nación para su ingreso al Tesoro público.

### 8.3. *En el plano judicial*

a) Todas las figuras penales relacionadas con el TID están conminadas con mandato de detención sin advertir que pueda tratarse de un tipo legal atenuado (Leyes 23612 y 24388, que modificaron el art. 79 del C.P.P. de 1940);

b) Si se dicta libertad inmediata, el auto es apelable tanto por el fiscal como por el procurador público, en cuyo caso se suspende la excarcelación;

c) La libertad provisional está restringida a los supuestos del tipo legal privilegiado, pero la excarcelación no se produce hasta que el tribunal no apruebe la consulta (art. 64, modificado por la Ley 24388, de 15 de diciembre de 1985);

d) Contra el auto de sobreseimiento y la sentencia absolutoria, por imperio de la Ley 17357, procede el recurso de apelación o la nulidad de oficio;

e) El procedimiento es de carácter ordinario. Sin embargo, en determinadas circunstancias el procedimiento no es así, como fue el caso del operativo denominado “Verde Mar”, ejecutado al amparo del Decreto Ley 22927, de 4 de marzo de 1980, por el cual se declaró en estado de emergencia los departamentos de Huánuco, Loreto y San Martín, y se concibió un procedimiento especial. Es así que se designaron jueces especiales, se instauraron investigaciones sumarísimas que no durarían más de 30 días y juzgamiento por igual término. Este esquema no fue exitoso y es por eso que las sucesivas operaciones “Condor” I al VI, que permitieron la detención de 1,295 personas, la incautación de 98,783 kilos de PBC y 832,821 kilos de hojas de coca, el descubrimiento de 173 aeropuertos clandestinos, el decomiso de 224,492 kilos de insumos, etc., se realizaron sin alterar las reglas del enjuiciamiento penal (V. Prado., ob. cit., p. 63).

#### 8.4 *En el plano administrativo*

a) La empresa estatal ENACO realizará monopólicamente la comercialización de la hoja de coca;

b) Los importadores y fabricantes de insumos sujetos a fiscalización se someten a controles policiales extraordinarios. A este efecto se creó un sistema muy puntual de seguimiento administrativo, que ha venido sufriendo múltiples modificaciones. Así tenemos: el D.S. 059-82-EF, de 17 de febrero de 1982, el D.S. 011-82-ITI/IND, de 19 de febrero de 1982, la Resolución Suprema 016-83-EFC, de 4 de marzo de 1983, la Resolución Directoral 210-84-MA/DGC-PE, de 28 de mayo de 1984, el D.S. 456-84-EFC, de 22 de octubre de 1984, el D.S. 005-90-EF, de 9 de enero de 1990 y el D.S. 185-91-EF, de 13 de agosto de 1991. Sin embargo, el continuo incremento del narcotráfico trasunta objetivamente la poca efectividad de este modelo de

control administrativo, tanto más si el número de intervenciones policiales relativas a precursores es ínfimo o muy poco significativo, cuya explicación también reside en la casi nula cooperación internacional, especialmente de los países desarrollados, para impedir el flujo incontenible de importaciones de insumos químicos;

c) El expendio de drogas sintéticas y el otorgamiento de recetas que prescriban un medicamento que contenga alguna droga controlada, se someten a severos requisitos, instituyéndose las correspondientes sanciones administrativas.

9. Los rasgos negativos del tratamiento jurídico-penal del narcotráfico, que definen una política de emergencia y excepcionalidad marcadamente sobrecriminalizadora, se han visto incentivados con lo dispuesto por el art. 17 de la Constitución de 1979 al obligar al Estado a combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas, postulado que no existe en otras constituciones (V. Prado., *La Política de Drogas en el Perú*, Lima, 1989, p. 395), lo que dificulta una opción descriminalizadora y controlada de las drogas, no obstante lo cual puede y debe dársele una lectura que permita reorientar la función penal respetando criterios mínimos y garantistas compatibles con una sociedad pluralista y democrática que, como es obvio, también plantea nuestra Constitución.

El art. 2.20-G de la Constitución, siguiendo el modelo del D.L. 22095, permite la detención preventiva policial de las personas hasta 15 días naturales tratándose de TID. Sin embargo, como esa misma norma ordena la instauración de controles jurídicos excepcionales y el art. 295 constitucional no permite excepciones al ejercicio del hábeas corpus, la Ley de Garantías Constitucionales, N° 23506, de 7 de enero de 1982, y el nuevo C.P.P. (Decreto Legislativo 638, de 25 de abril de 1991), arbitraron requisitos adicionales, tales como:

a) La policía, si bien puede detener preventivamente por no más de 15 días, requiere contar con pruebas razonables que avalen la restricción de la libertad;

b) El juez debe tener conocimiento, al igual que el Ministerio Público, de esa detención, dentro del término de las 24 horas;

c) El detenido debe ser consignado en un centro oficial de detención a cargo de la Policía Nacional;

d) El juez puede constituirse al lugar de la detención para averiguar los motivos de ésta y conocer el avance de las investigaciones, así como el estado sicofísico del detenido;

e) El juez está facultado para apartar del dominio policial a los detenidos cuando advierte que la detención es ilegal, que la investigación es irregular o que se afectó irrazonablemente el derecho de defensa; así como quejarse al fiscal por omitir controlar la labor policial;

f) El juez está autorizado a disponer el inmediato reconocimiento médico del detenido y ordenar que un médico particular, sin traba alguna, pueda examinarlo a simple pedido de sus familiares; y

g) El juez, si estima razonable y adecuada la solicitud del fiscal, puede autorizar el traslado del detenido de un lugar a otro de la República con la finalidad de garantizar el éxito de la investigación o la seguridad del detenido (art. 109).

El art. 250 de la Constitución, estableciendo una tónica de control a la instancia policial, a la que reconoce un espacio concreto de actuación en el art. 277 (prevenir y combatir la delincuencia), impone al Ministerio Público la atribución de vigilancia e intervención en la investigación del delito desde la etapa policial, a la vez que promover la acción penal de oficio o a petición de parte (inc. 5º). En tal virtud, no puede concebirse una policía con un marco autónomo de funcionamiento para la investigación de delitos y menos con una discrecionalidad tan generosa como la prevista en el D.L. 22095. Asumiendo la doctrina garantista de la Constitución, el nuevo C.P.P. ha estipulado que es el fiscal quien asume la investigación, que la policía obedece las órdenes que en el plano jurídico y probatorio le curse el Ministerio Público, y que la policía tiene un campo de actuación residual circunscrita a determinadas diligencias de carácter urgente tendente a asegurar al presunto culpable y las pruebas correspondientes (arts. 66, 104-10 C.P.P.).

El art. 2º incisos 7, 8, 9 y 14, garantiza las libertades domiciliaria, de inviolabilidad y secreto de papeles privados, de tránsito y de propiedad; y, salvo los supuestos de flagrancia o peligro inminente de perpetración delictual, la policía debe contar con mandato judicial para poder afectar esos derechos con fines de investigación penal. Existen pautas muy claras que refuerzan los derechos individuales y para ello el nuevo C.P.P. ha regulado prolijamente —a diferencia del C.P.P. anterior— los supuestos de impedimento de salida del país; secuestro, apertura de correspondencia de los documentos privados; secuestro, incautación y exhibición forzosa de cosas, allanamiento, clausura o vigilancia de locales e inmovilización; y embargo (arts. 146 al 181 del C.P.P.). El procedimiento es el ordinario para todos los delitos y no prevé mecanismo excepcional alguno para casos de TID. No obstante ello, autoriza al juez a dictar medidas coercitivas antes de la inicia-

ción formal del proceso, tales como detenciones, allanamientos, secuestros, etc., con lo cual articula suficientes resortes jurídicos para una rápida y efectiva actuación de la policía, cuyos integrantes deben trabajar coordinadamente con la Fiscalía, que es la autoridad que tiene personería para apersonarse al juez y solicitarle las medidas cautelares que el caso requiere.

Respecto al denominado “secreto bancario”, el Decreto Legislativo 637, de fecha 24 de abril de 1991, en el Cap. II del Título IX prevé bajo el nomen juris de “Reserva Bancaria” una serie de disposiciones que prohíben a las empresas conformantes del sistema financiero suministrar cualquier información sobre las operaciones que conciernan a sus clientes, impidiendo que se extiendan al propio órgano de control del sistema financiero: Superintendencia de Banca y Seguros (art. 155 de la Constitución). Sin embargo, la reserva no opera en dos supuestos: a) cuando medien pedidos formulados por jueces y tribunales con referencia a un proceso determinado en el que esté involucrado un cliente del banco; y b) cuando la información concierna a transacciones financieras y operaciones bancarias ejecutadas por personas implicadas en TID, o que se hallen bajo sospecha de efectuarlo, favorecerlo u ocultarlo y, por conducto de la Superintendencia, aquélla sea requerida por el gobierno de un país con el que se tenga suscrito convenios para combatir, reprimir y sancionar esa actividad delictuosa.

El art. 6° del Decreto Legislativo 52, de fecha 16 de marzo de 1981, reconoce la potestad del fiscal de la nación, máxima autoridad del Ministerio Público, de solicitar a los órganos públicos autónomos, v. gr., Superintendencia de Banca y Seguros, las informaciones y documentos que fuera menestar, requerimiento que es obligatorio para dichas entidades. Como se aprecia de lo consignado líneas arriba, nuestro mecanismo de reserva bancaria es bastante abierto pues permite que tengan acceso a las informaciones de naturaleza bancaria y financiera en general no sólo los jueces sino también el Ministerio Público y gobiernos extranjeros, a mérito de la previa suscripción de un convenio de cooperación, siempre que se trate de delitos de TID.

10. El Código Penal de 1991 (Decreto Legislativo 635, de 3 de abril de 1991), no obstante que introdujo trascendentales cambios en el control penal, mantiene en gran medida la morfología típica del D. L. 22095, aunque redefine el tipo básico y prevé un sistema de penas más racional y proporcional que aquél. El tipo básico proviene del modelo español de 1983, que si

bien no criminaliza los actos de tenencia o posesión de droga para consumo, en cambio inútilmente se gana un problema al no definir el objeto material de la acriminación por no precisar cuáles son las drogas ilegales; igualmente, no sanciona el cultivo pero, apartándose del modelo hispano, penaliza los actos preparatorios vinculados a las materias primas o insumos destinados a la elaboración de drogas, sin destacar suficientemente el elemento subjetivo. Los demás tipos penales: privilegiado, calificado y especiales, constituyen reproducciones del Decreto Legislativo 122, significando que el actual Código Penal en secciones independientes reprime las fórmulas de encubrimiento personal y asociación ilícita, agravándolas cuando se trata de TID (arts. 404, 2° párrafo, y 317, 2° párrafo).

Una gran omisión del Código Penal, pese a que contó con la fuente española, estriba en que no reprime el denominado delito de recepción impropia de carácter sustitutiva, vinculada al aprovechamiento de los bienes, efectos y ganancias del narcotráfico, figura penal destinada a luchar contra el blanqueo de dinero y toda la red financiera de este fenómeno criminal (Cfr. Francisco Muñoz Conde, "El Delito de Tráfico de Drogas en la Ley Orgánica del 24 de marzo de 1988", *Drogas: problemática actual en España y América*, Bogotá, 1989, pp. 222-223). De igual manera, no se contempló en la Parte General las posibilidades de ampliar el comiso comprendiendo las ganancias y productos del crimen, aunque —de otro lado— se previó un sistema limitado sobre las medidas de seguridad a drogodependientes optando por un definido sistema vicarial superador del art. 29 del D.L. 22095 (art. 77 CP), pero sin asumir en su integridad la problemática del farmacodependiente a efectos de medidas sustitutivas penales.

11. El Código de Procedimientos Penales, salvo los supuestos de detención preventiva policial impuestos por la Constitución, no reconoce medida excepcional alguna al delito de TID. Las medidas coercitivas y las contracautelares o excarcelaciones tienen un tratamiento común en función a las pruebas aportadas, a la penalidad de la infracción perpetrada y a la peligrosidad procesal del imputado. La limitación radica, entonces, en la escala de sanciones impuestas por el C.P., cuyas penas —salvo el tipo privilegiado— inducen al juez a mantener detenido al procesado sin posibilidad de excarcelación. No obstante ello, no se han incorporado impedimentos procesales específicos para esta clase de delitos. De igual manera, un grave riesgo del sistema normativo radica en que no ha tomado en cuenta los numerosos casos de delitos vinculados a las drogas, no sólo TID, al punto de omi-'

contemplar como atenuante específico el caso del drogodependiente que microcomercializa con droga para subvenir a su drogadicción, así como tampoco prevé instituciones alternativas a la personalización del toxicómano, a la detención y a la suspensión del proceso, cuando el imputado se someta a un tratamiento de deshabitación.

12. Ahora bien, como el listado de normas jurídico-penales que se han glosado en los puntos anteriores refleja una parte del comportamiento del Estado y su clase política, es necesario enfocar sumariamente la discusión político-criminal surgida a propósito de la nueva administración del presidente Fujimori, que es la esfera que ha tratado más orgánicamente.

El Perú, ante la sobreproducción cocalera y el nivel de distorsión social y económica del sistema productivo e institucional, ha dado paso a diversas líneas de investigación y de discusión de alternativas, entre las cuales se encuentran los siguientes temas centrales:

- A) La ampliación permanente de los cultivos ilegales de coca, que resienten la agricultura y el equilibrio ecológico de la Amazonía;
- B) Los desequilibrios financieros y económicos que distorsionan los precios y el mercado, como consecuencia del ingreso masivo de “coca-dólares”;
- C) La desaparición del Estado de las zonas cocaleras y la presencia política del PCP-SL y MRTA, que han establecido, como indica Juan Fernández Carrasquilla, una alianza no estratégica sino operacional y provisoria con los narcotraficantes locales y extranjeros (“Hacia una alternativa para la política de las drogas en América Latina”, *Drogas: problemática*, ob. cit., p. 197); y
- D) La efectividad de los programas de sustitución de cultivos y de sus vías de financiamiento como alternativas económicas a la producción cocalera ilegal.

13. La política peruana de control de drogas gira en torno a dos propuestas políticas: la denominada “Doctrina Fujimori” y el Convenio Bilateral PERU-USA sobre el control de drogas y el desarrollo alternativo, de 27 de octubre de 1990 y 15 de mayo de 1991, respectivamente. La “Doctrina Fujimori” contempla: a) la necesidad de formalizar la posesión de los pre-

dios dedicados al cultivo ilegal de coca, como paso necesario para iniciar un programa de sustitución de cultivos según las conveniencias y decisiones del propio campesinado; b) la promoción de medidas económicas y sociales que permitan en el corto plazo un reencuentro entre el Estado y los cocaleros; y c) la concertación de programas de desarrollo a partir del propio interés y con la activa participación de los campesinos involucrados en la producción ilegal de coca, lo que permitirá al Estado un mejor control y acción represiva sobre los narcotraficantes. Esta doctrina aplica con sólidas ventajas los resultados de la Cumbre Presidencial de Cartagena, cuando en el punto B.5 se reconoce que “para erradicar los cultivos ilícitos es deseable la participación de los propios agricultores y la adopción de medidas que los ayuden a obtener ingresos lícitos”.

El Convenio Bilateral PERU-USA, aprobado por Decreto Supremo 100-91-PCM, de fecha 14 de mayo de 1991, considera políticas de fortalecimiento institucional, ajuste estructural y desarrollo alternativo, seguridad, interdicción, prevención, acciones contra la corrupción, ecología y medio ambiente, acceso a mercados internacionales, operaciones de deuda externa y apoyo de las instituciones financieras internacionales. Se dispone la puesta en funcionamiento del AADA, organismo encargado de dirigir toda la política y ejecución antidrogas del Perú, así como la institucionalización de una política de Desarrollo Alternativo que asume lo fundamental de la “Doctrina Fujimori”, al punto de reconocer a los agricultores cocaleros y a sus organizaciones la condición de voceros legales y representativos con quienes se pactará progresivamente programas de erradicación y de sustitución de cultivos con un apoyo crediticio sustancial. En el campo de la interdicción lo más relevante es que los cocaleros dejan de ser considerados como delinquentes y los traficantes serán afectados con diversas medidas que apuntan a la eliminación concertada de los cultivos de coca, control del movimiento de insumos químicos, mejoramiento de las normas penales y potenciación de las fuerzas de seguridad. Las medidas previstas en el plano represivo guardan mucha similitud con las de la Convención de Viena, por lo que corresponde estudiar sus posibilidades de aplicación y plantear algunas alternativas coherentes y posibles en nuestro espacio americano.

### III *PROPUESTAS DE ORDEN NORMATIVO*

1. El delito de tráfico ilícito de drogas es considerado como un deli-



to internacional. El profesor Cherif Bassiouni apunta al respecto que para que una conducta sea calificada como crimen internacional se requiere, a nivel empírico, que el Derecho Penal Internacional convencional o consuetudinario declare o establezca explícita o implícitamente que determinadas conductas forman parte del Derecho Penal Internacional, y, a nivel sustancial, que contenga o bien un elemento internacional o uno transnacional (*Las reformas penales en el mundo de hoy*, Madrid, 1984, p. 159).

La Convención de Viena de 1988 reúne estas exigencias de modo cabal, esto es, reconocimiento de la conducta prohibida como “crimen internacional”, deber de incriminar la conducta, deber de perseguir o extraditar, deber de castigar, deber de auxilio judicial, y referencia y criterios competenciales. El avance del Derecho Internacional Público no ha llegado a la propuesta de creación de un Tribunal Penal Internacional, pese a que últimamente fue solicitada por el Presidente de Colombia.

2. La referencia a la Convención de Viena es ineludible para afirmar o negar su disposición al combate contra el tráfico ilícito de drogas, donde la normatividad internacional alcanza ribetes mundiales y forma parte de una última estrategia de corte *geopolítico* estructural. La Convención, a diferencia de las anteriores, regula únicamente medidas punitivas en los planos sustantivo y adjetivo (V. Prado, 1991, Lima, p.3 mimeo). No obstante ello, es del caso puntualizar, como anota José Aparicio Calvo Rubio, que el art. 3º de la Convención (undécimo párrafo) contiene una reserva que en línea de principios no significa otra cosa que la discrecionalidad de cada Estado para la específica y concreta tipificación de las conductas incluidas como delictivas en ese artículo, aunque algunos párrafos del mismo precepto contienen una obligación de tipificación (*Cuadernos de Política Criminal*, Nº 42, Madrid, 1990, p. 645).

Lo último es muy significativo por cuanto pese a que el párrafo 1.a del citado art. 3º tipifica como delito el cultivo del arbusto de coca, el Código Penal peruano de 1991, en su artículo 296, no lo considera punible, medida que inclusive cuenta con la comprensión del gobierno USA a propósito del convenio antidroga firmado con nuestro país en este año. Asimismo, la República Federal Alemana y Suiza, grandes productores de insumos químicos, no han tipificado como delito la conducta prevista por el párrafo 1.a iv de dicho artículo. Estos ejemplos ya citados significan, a nuestro juicio, que los países acomodan la Convención a sus específicos intereses, que ésta no es un quid definitivo y que fundamentalmente la labor de tipificación debe

reconocer la especificación de la inserción de los países andinos, en especial, y de América Latina, en general, en el mercado mundial de las drogas prohibidas.

3. No nos corresponde, por razones temáticas, abordar propuestas de Derecho Penal material, aunque cabe enfatizar que la política penal de América Latina debe respetar los principios democráticos mínimos y garantistas del control punitivo: básicamente los de mínima intervención, proporcionalidad, lesividad y humanidad. Resulta conveniente postular un tratamiento legislativo normalizado frente a las drogas ilícitas, al igual que potenciar la política preventiva de los gobiernos no sólo en el plano sanitario general sino también en la superación de la marginalidad y la promoción del progreso social y cultural de sus pueblos, lo que presupone la plasmación de un nuevo orden internacional justo y equitativo. Concurrentemente es necesario destruir la criminalidad organizada, pero con pleno respeto de los derechos humanos, articulando políticas represivas de corte selectivo y censurando las políticas intervencionistas que propicien la participación de las Fuerzas Armadas y la utilización de las medidas de emergencia o estados de sitio propugnadores de una peligrosa política penal de la emergencia.

4. Estructurar una política alternativa implica quebrar la ideología legitimante de la intervención internacional contra el problema de la droga y reconocer que la línea sobrecriminalizadora actual no ha rendido frutos remarcables. Por consiguiente, aceptando lo absolutamente imprescindible que significa el enfoque y combate común y solidario contra el crimen organizado vinculado a las drogas ilegales, es necesario articular un plan consensual de América Latina que, incorporando lo central de los principios y directivas mínimas indicadas en el párrafo anterior, introduzca variables razonables y efectivas contra este fenómeno mundial.

Las propuestas en el plano operativo y de actuación de los órganos de control penal formal tienen que partir de afirmar, negar o redefinir las instituciones diseñadas por la Convención de Viena, dado que ésta constituye un instrumento internacional que pretende encauzar unitariamente la lucha anti-drogas.

5. El marco general en la lucha contra las drogas, desde las agencias de seguridad y jurídicas, consiste en potenciar la asistencia judicial recíproca a que hace referencia el artículo 7° de la Convención de Viena,

ciéndola no sólo a la clásica, esto es, al mero apoyo desde un Estado de las investigaciones que desarrollan en otro Estado distinto, sino extendiéndola a la inclusión de la extradición, la remisión de procedimientos penales o la ejecución de sentencias y resoluciones judiciales.

Esto requiere:

- A) Creación de un espacio judicial regional, con una definida intervención de la DEA, que signifique —siguiendo el modelo europeo— la celebración de convenios sobre extradición, sobre asistencia judicial en materia penal, sobre transmisión de procedimientos penales, sobre traslado de personas condenadas, sobre ejecución de sentencias penales, y sobre blanqueo. Véase al respecto los convenios europeos de 13 de diciembre de 1957, 20 de abril de 1959, 15 de mayo de 1972, 21 de marzo de 1983, 28 de mayo de 1970 y 8 de noviembre de 1990;
- B) Perfeccionamiento de la Convención Interamericana sobre Extradición, de 25 de febrero de 1981, considerando de modo específico: i) el principio de extraterritorialidad sobre la base más amplia del domicilio del delincuente; ii) el principio de nacionalidad por extensión tratándose de naves y aeronaves en el sentido del artículo 4º 1.a ii de la Convención; iii) la obligación de juzgar a quienes por ser nacionales o porque la ley no lo permita no pueda concederse la extradición (es interesante a este nivel el Convenio Europeo de Extradición, artículo 6º); y iv) la firme exclusión del tráfico ilícito de drogas de ser calificado de delito político;
- C) Elaboración de un esquema integral para combatir la delincuencia relacionada con el crimen organizado, que constituye un reto para los gobiernos y para la sociedad en general. Sabemos que una de las principales características de sus actividades ilegales es la cantidad de medios financieros que manejan y la inversión de las ganancias ilegales en ulteriores actividades criminales. Entonces es sustancial diseñar un conjunto de medidas que apunte a comisos efectivos, bajo inspiración de la ley británica de 1986 sobre tráfico ilícito de drogas y la Ley de Justicia Criminal de 1988, así como un mecanismo regional que sancione el blanqueo de dinero y establezca la mutua cooperación regional similar al Convenio Europeo de 1990 (Bárbara Nuber, “El Comiso de las Ganancias en el Derecho Penal”, *Revista Actualidad Penal*, Nº 17, abril de 1990, Madrid);

- D) Delimitación de determinados supuestos de “agente provocador”, siendo básicas a estos efectos las concepciones del profesor Reyes Echeandía (*La Tipicidad*, Bogotá, 1981) y las líneas jurisprudenciales españolas (Véase: Gabriel Garcías Planas: consideraciones en torno al agente provocador, in *CPC*, N° 17, 1982, pp. 377-384). Paralelamente, incorporación —controlada judicialmente— del principio de oportunidad para colaboradores con la justicia criminal, bajo las premisas del modelo de la legislación alemana (art. 31 de la Ley de Estupeficientes) o de la federal estadounidense;
- E) Instauración de un mecanismo específico para los delincuentes drogadictos. Las líneas normativas serían las siguientes:
- i) Considerar como causal específica de inimputabilidad o falta de capacidad penal la comisión de un delito como consecuencia de la dependencia del consumo de estupeficientes o sustancias psicotrópicas, siempre que se halle el agente en un estado carencial profundo que anule la capacidad volitiva y que dicha situación no haya sido buscada de propósito para delinquir;
  - ii) Reconocer como causal de atenuación específica para delitos de tráfico ilícito de drogas el que el tráfico sea realizado por el sujeto con la finalidad exclusiva o primordial de subvenir a las necesidades derivadas de su drogodependencia. Este tipo privilegiado se aplicará sin perjuicio de los supuestos arriba indicados;
  - iii) Instaurar como una causal especial para conceder una medida sustitutiva, v.gr., la condena condicional, cuando se trata de cualquier conducta, inclusive de mediana gravedad, si el imputado delinquirió por razón de su dependencia alcohólica, de estupeficientes o de sustancias psicotrópicas, o en otra circunstancia psicosocial de análoga significación, y siempre que en el momento del fallo el reo se halle rehabilitado o en proceso de rehabilitación y que se considere que el cumplimiento de la condena podría perjudicar gravemente dicho proceso;
  - iv) Imponer un sustitutivo a la detención preventiva tratándose de dependientes al alcohol, estupeficientes o sustancias psicotrópicas, cuando el imputado se somete a un tratamiento efectivo y controlado de deshabituación que conlleve intención, tiempo que será de abono a la pena efectiva a imponerse; y
  - v) Posibilitar la interrupción del proceso penal, en los mismos supuestos arriba indicados, cuando se trata de delitos menores y el imputado se somete a un tratamiento de deshabituación controlado judicial-

mente (Cfr. José Luis Dier Ripollés, *Alternativas a la actual legislación sobre drogas*, mimeo, 1991).

#### IV NIVELES INSTITUCIONALES DE LAS AGENCIAS DE CONTROL

1. Si reconocemos que el Derecho Penal debe utilizarse excepcionalmente, lo que es una consecuencia del principio de intervención mínima, y que las agencias del control penal deben respetar los derechos humanos, en especial la garantía de un proceso justo e imparcial, es obvio que el norte de la actuación de la policía, fiscalía y tribunales debe circunscribirse a diseñar y ejecutar estrategias y tácticas que guarden coherencia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El desarrollo de lo anteriormente expuesto obliga a lo siguiente:

- A) Negar la posibilidad de intervención de las Fuerzas Armadas en el control del narcotráfico y proscribir para dichos fines la utilización de los estados de emergencia. Consecuentemente, inhabilitar la denominada “guerra contra las drogas”, que se sustenta en una doctrina de seguridad nacional, autoritaria y de cuño imperial, sinónimo de represiones masivas y no selectivas;
- B) Configurar internamente un Poder Judicial y una Fiscalía independientes, con suficiente poder para controlar y dirigir jurídicamente el desempeño de la policía y demás órganos de seguridad en la interdicción contra el narcotráfico. Es indispensable ordenar una judicatura con arreglo a los principios básicos relativos a la independencia de la judicatura (aprobada por el 7º Congreso de NN.UU. sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de 26 de agosto al 6 de setiembre de 1985 y A/Res. / 40 / 32 del 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de NN.UU.); y una Fiscalía con arreglo a la directiva sobre la función de los fiscales (aprobada por el 8º Congreso de NN.UU. sobre Prevención y Tratamiento del Delincuente del 27 de agosto al 7 de setiembre de 1990);
- C) Sancionar que las operaciones realizadas por la policía tienen que contar con autorización y, en determinados casos, participación o por lo

menos, conocimiento del Ministerio Público, con quien mantendrá estrecho contacto y se sujetarán a sus directivas. Debe incorporarse plenamente a la legislación interna y garantizarse el cumplimiento del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (aprobado por A/ Res. 34/169 de la Asamblea de las Naciones Unidas del 17 de diciembre de 1979);

- D) Afirmar que la labor de interdicción debe concentrarse en la criminalidad organizada, en el blanqueo de las ganancias de esas organizaciones, en el control de los precursores y en todos los procesos delincuenciales vinculados a la exportación ilegal de droga. Aunque no debe perderse de vista que la política social, de desarrollo y de cultivos alternativos o sustitutivos tiene la máxima prioridad, al igual que las campañas preventivas y asistenciales.

2. El fortalecimiento de las agencias jurídicas supone potenciar sus niveles organizativos, logísticos y de personal, al igual que reconocerles el poder que deben tener en un Estado de Derecho. Por ellas pasa el diseño de las estrategias de investigación y del control jurídico del delito. Su liderazgo debe sustentarse, de un lado, en su capacidad de operar con rectitud, prontitud y firmeza, y de otro lado, en el respeto y obediencia a sus órdenes y directivas. Esto significa, amén de atenerse a los postulados de un Estado de Derecho, que el poder político y el poder militar, que en América Latina goza de tanta independencia, admitan el rol que desempeña la judicatura y la Fiscalía, y que ejecuten prácticas políticas concordantes con este principio, destinen los fondos económicos suficientes y desarrollen normas compatibles con lo ya expuesto. Concepto que esta aceptación y puesta en práctica es la única forma de garantizar una política represiva coherente y de evitar los cotidianos atentados contra los Derechos Humanos por parte de la Policía y la Milicia. La promoción de los derechos humanos y la vigencia de la democracia requieren el fortalecimiento institucional y político del Poder Judicial y del Ministerio Público.

3. Debe garantizarse el acceso de juristas a esas agencias bajo los principios de integridad moral e idoneidad profesional. En la selección de sus miembros no debe hacerse discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición. Asimismo, debe propenderse a una formación y capacitación adecuadas, así como a un sistema de ascensos

basados en factores objetivos: idoneidad, capacidad, probidad y experiencia. Las decisiones deben provenir de organismos idóneos y con solvencia técnica, al amparo de un procedimiento equitativo e imparcial.

La grosera interferencia política en el nombramiento del personal judicial y fiscal conspira con un sistema de administración de justicia penal eficiente que merezca la aprobación y reconocimiento de la ciudadanía. Consecuentemente, el vuelco institucional que debe darse en América Latina es indispensable para un control penal eficaz sustentado en parámetros democráticos. Si lo expuesto en los párrafos precedentes no se cumple, la ejecución de una política penal realmente seria y comprometida con los valores democráticos está condenada al fracaso.

4. El desarrollo de un juicio justo e imparcial, exigencia reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, importa responder puntualmente sobre los siguientes supuestos: a) poderes policiales, b) tribunales especiales, c) procedimientos sumarios y restricciones de derechos procesales, e) inversiones de la carga de la prueba, y f) agentes provocadores y premios a la delación.

El presupuesto básico para que se lleve a cabo un tratamiento normalizado de las denominadas drogas ilícitas, es el cumplimiento irrestricto de los artículos 7° y 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por consiguiente, resulta incompatible a la ley internacional restringir esos derechos alegando motivos de seguridad nacional o grave alteración del orden público. Tampoco es lícito utilizar la legislación de emergencia para combatir fenómenos de criminalidad común, instaurar procedimientos que afecten irracionalmente el derecho de defensa de las personas o que las sometan a restricciones intolerables que limiten irrazonablemente el ejercicio de sus derechos inderogables (véase "Principios de Siracusa - Derogaciones en Situaciones Excepcionales", Diego García-Sayán: *Hábeas Corpus y Estados de Emergencia*, Lima, 1988, pp. 109-116).

5. Poderes policiales. La amplitud de las facultades policiales es una lógica consecuencia de esta exacerbación represiva. La Constitución peruana permite una detención hasta por 15 días naturales. La Ley 22095 autoriza a la policía a efectuar incontroladamente allanamientos, decomisos y traslados de sospechosos, al igual que impedir o restringir el libre tránsito de

quienes se sospeche se dedican al tráfico ilícito de drogas (art. 71). Pese a esta red amplísima de poderes coercitivos, es común escuchar reclamos policiales buscando conseguir se les permita inspeccionar sin mayores exigencias las instituciones bancarias, financieras y de seguros.

Aun cuando para delitos graves que afecten seriamente bienes jurídicos trascendentales, desde el punto de vista social convenga potenciar la operatividad de los órganos policiales, tales facultades no pueden tener una extensión exorbitante ni lesionar arbitrariamente los derechos fundamentales. El control jurídico es imprescindible, pues un proceso penal garantista reconoce que toda limitación de los derechos fundamentales debe provenir de fuente judicial bajo supuestos legalmente reconocidos y con respeto al principio de presunción de inocencia.

El órgano llamado a controlar a la policía y mantener un contacto permanente con el juez, a la par que encargado de velar por el imperio de la ley, es el Ministerio Público. Cuando la policía actúa lo hace en su función de policía judicial, como auxiliar de la administración de justicia y para asegurar —en lo inmediato— al delincuente y las pruebas; consecuentemente, su amplia operatividad debe respetar la jerarquía del Ministerio Público y las normas constitucionales.

Lo precedentemente expuesto obliga a demandar una mayor ingerencia de la Fiscalía en la investigación preliminar policial y negar la instauración o extensión desproporcionada de los poderes policiales respecto a las afectaciones a la libertad personal, domiciliaria, de tránsito y de propiedad, salvo los casos de flagrancia o peligro inmediato de su perpetración. Por ningún motivo cabe aceptar que se impida la competencia judicial para analizar la corrección de un arresto policial o la legalidad de una investigación preliminar; empero lo anterior no significa negar un reordenamiento procesal que busque mayor fluidez en las órdenes judiciales respecto a las exigencias probatorias de la labor policial, aunque bajo la necesaria intermediación y dirección de la Fiscalía, al amparo de un procedimiento breve, sencillo y garantista, dotado de exigencias legales estrictas que permita mandatos judiciales efectivos que impidan la impunidad.

6. Tribunales especiales. La lógica del tratamiento excepcional del fenómeno del narcotráfico, desencadena la exigencia internacional de conformar órganos jurisdiccionales ad hoc para tratar estos delitos, ya sea con ju-



risdicción concentrada o distribuida territorialmente, similar o específica en relación a los demás órganos jurisdiccionales. Los criterios de eficacia y mayor capacidad de protección sirven de fundamento a este planteamiento.

La dificultad reside en determinar si el órgano judicial así concebido reúne los requisitos de competencia, independencia e imparcialidad. Pasaría la prueba de legitimidad si la elección de sus miembros no es —en lo institucional— diferente a la de los restantes jueces, y si se reconoce no sólo su pertenencia al orden judicial y a su estructura institucional sino también las garantías comunes que posibiliten su independencia y autonomía. De ser así, la ley de creación convertiría a ese órgano jurisdiccional en un tribunal especializado.

El gran obstáculo que se percibe radica en el sesgo autoritario que pueda dársele, desde que ese órgano formaría parte de una “contrarreforma” institucional y legal, de suerte que eventualmente podría poner en tela de juicio la objetividad e imparcialidad de sus miembros, amén de que su conformación podría orientarse a asumir concepciones jurídicas retribucionistas o de Derecho Penal de autor, no necesariamente compatibles con un Derecho Penal social y democrático.

Estimamos que la eficacia de un órgano judicial no está en función a una excepcionalidad procesal, sino a otros factores estructurales relativos a la capacidad orgánica y fortaleza del propio Poder Judicial. Por ende, el argumento en mención carece de contundencia. En cambio lo relativo a la seguridad sí merecería un análisis más amplio y comprensivo, pero consideramos que en todo caso bastaría designar internamente los jueces y tribunales que se encargarían de esa labor para concentrar en ellos mecanismos adicionales de seguridad y de operatividad privilegiada.

7. Procedimientos sumarios y restricciones procesales. La complejidad del narcotráfico, especialmente en los supuestos de blanqueo o recepción impropia, torna ineficaz un procedimiento sumario o breve.

La rapidez concebida para esos ilícitos forzosamente conspira contra la justicia, desde que es implícita a dicha propuesta la extensión desmesurada del poder policial, esto es, la administrativización del proceso penal, y una configuración del ordenamiento procesal que toma en consideración unilateralmente los intereses de la pretensión punitiva desconociendo la protección

que merecen los derechos fundamentales, signo básico y relevante de un sistema garantista. Limitar normativamente el tiempo en el proceso significa invertir los valores de una justicia cumplida. La celeridad, en todo caso, será una realidad cuando mejor organizada y más eficiente pueda ser la investigación policial y fiscal. La pobreza institucional de la judicatura y su deficiente organización, unida a una legislación procesal que tiene como base la escrituralidad, es la fuente del retraso judicial, por lo que la solución a la demora judicial no descansa en concebir procedimientos sumarios, sino en superar esos viejos males.

Los procedimientos sumarios, por lo general, limitan el derecho de defensa, son generosos para permitir incomunicaciones, facilitar el secreto de las pruebas y restringir la interposición de solicitudes probatorias y la intervención de la defensa en las actuaciones judiciales. Según la doctrina, los procedimientos sumarios se justifican siempre que se impidan incomunicaciones y el secreto probatorio, en casos de delitos leves, confesión del imputado o comisión flagrante, pero nunca para delitos especialmente graves o de especial complejidad.

De otro lado, bajo el exceso retributivo y de prevención general se propone un procedimiento que haga de la detención preventiva la regla y no la excepción, que relativice las severas exigencias para dictarla, que impida las excarcelaciones o que imponga requisitos adicionales para su concesión, que flexibilice los requisitos o presupuestos para afectar la libertad de tránsito, domicilio doméstico, papeles privados o comunicaciones, y de propiedad, así como que impida beneficios penitenciarios.

Consideramos que las líneas programáticas esbozadas en el párrafo anterior constituyen un grave error de cuño antidemocrático, puesto que, en principio, la garantía de la libertad —protegida constitucionalmente— no puede ser limitada irrazonablemente por el legislador ordinario. No hay motivo para alterar los presupuestos generales de las medidas coercitivas personales y reales: las exigencias de principio de prueba y *periculum in mora* no deben alterarse en modo alguno. Si bien por lo específico del fenómeno del narcotráfico, es menester crear instituciones ad hoc o redefinir las existentes, la óptica reformista no debe ser restrictiva, sino ampliamente comprensiva del imputado y sus propias circunstancias. Es urgente, como ya se dijo, mejorar las causales del comiso y del secuestro de bienes, efectos y ganancias procedentes del narcotráfico, así como facilitar el acceso a las instituciones

bancarias y financieras, siempre bajo disposición judicial y concurrentemente con el órgano fiscalizador y especializado de la actividad bancaria y financiera.

8. Inversión de la carga de la prueba. El párrafo 7 del art. 5 de la Convención de Viena prevé la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso. Asimismo y en esta singular perspectiva, el art. 361-A del Código Penal peruano de 1924, incorporado por el Decreto Legislativo 121, de 12 de junio de 1981, que tipifica el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios o servidores públicos, estableció que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento patrimonial del agente en función a sus declaraciones juradas fuere notoriamente superior al que normalmente hubiere podido tener por causa lícita.

Nuestro sistema procesal continental, según lo dispuesto por el art. 8.2 1<sup>er</sup> párrafo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra la presunción de inocencia, en cuya virtud corresponde al acusador público probar la culpabilidad del imputado. Esta directiva supranacional exige tanto que el comiso y la condena por enriquecimiento ilícito obedezcan a fundadas razones de orden probatorio como que el legislador ordinario regule en favor del afectado oportunidades específicas para desvirtuar la imputación, puesto que es al imputado a quien corresponde el interés de evitar que el hecho quede sin pruebas que le favorezcan y el riesgo que ello conlleva: la decisión desfavorable (Cfr. Edgar Saavedra, *La Convención de Viena y el Narcotráfico*, Bogotá, 1991, p. 69).

No obstante esas atingencias y la consideración teórica de que la regla sobre la carga de la prueba tiene cierta aplicación a cargo del procesado porque él sufre las consecuencias adversas de la falta de esas pruebas si el delito y su autoría se encuentran plenamente demostrados, la cláusula convencional comentada no puede aceptarse sin las debidas correcciones para evitar que tal presunción objetivamente colinde con esa norma internacional, indudablemente de mayor jerarquía. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dictaminado que no afecta ese principio la utilización de las pruebas circunstanciales o indiciarias; sostiene que “La figura de la evidencia circunstancial, hace desaparecer la presunción de inocencia y produce la inversión de la prueba por la abundante y coincidente presencia de indicios contra una persona sindicada en una acción”. Según este criterio, cuando

existen esas evidencias circunstanciales el sindicado se reputa presuntamente culpable.

Por lo demás, siempre debe exigirse en esos casos pruebas indirectas abundantes, lo cual no exime al tribunal de valorar las pruebas de descargo ofrecidas por el acusado. (Véase Daniel O'Donnell, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Lima, 1988, p. 171). El artículo 246 del C. P.P., en armonía con esa interpretación, reconoce y norma la prueba indiciaria, estableciendo criterios estrictos para su valoración, validez y eficacia, con la finalidad de no afectar la presunción de inocencia y ayudar a la justicia en la determinación de los hechos probados para poder evitar flagrantes impunidades que cuestionen la función preventiva general del Derecho Penal (Cfr. Florencio Mixán Mass, *La prueba en el procedimiento penal*, Lima, 1991, pp. 225-229).

9. Agente provocador y delación. El art. 11 de la Convención de Viena introduce el mecanismo de la entrega vigilada, consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas de contener sustancias prohibidas salgan, atraviesen o entren en el territorio de uno o más países con el conocimiento de sus autoridades, y que tiene la finalidad de identificar a las personas involucradas en la operación delictiva.

Si bien en nuestro sistema de Derecho Civil o común la abstención policial supone en principio la violación de determinados deberes de la policía, considero que “si razones de eficacia lo aconsejasen y siempre que se exige autorización judicial para ello, no debiera haber obstáculos legales insalvables para su introducción en nuestro ordenamiento” (Cfr.: José Luis Diez Ripolles, “Principios inspiradores de una nueva política sobre drogas”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Nº. 42, Medellín, 1988, pág. 475).

La figura del “agente provocador”, en cuya virtud agentes policiales se infiltran en las organizaciones de narcotraficantes para poder agenciarse de elementos probatorios tendientes a la destrucción del crimen organizado, se ha constituido en esencial para combatir eficazmente el delito. Resulta necesario, ante la ausencia en nuestras legislaciones de normas específicas, concederle un determinado status jurídico. Se sancionará al provocado si no actuó bajo la presión o ascendiente del agente infiltrado o cuando se tenga la evidencia de que el provocado ya está predeterminado a cometer el hecho punible. Al respecto es ilustrativa la “Doctrina Of Entrapment” norteameri-

cana, elaborada por su jurisprudencia, y las construcciones dogmáticas del Tribunal Supremo español. Siendo así, no cabe repudiar como ilegítima y atentatoria contra la teoría de los derechos humanos la utilización de esta metodología policial, aun cuando debiera estructurarse un conjunto de limitaciones y principios fundantes de su cabal utilización.

Se cuestiona que las fórmulas premiales, caso del confesante y del delator, importan una inversión del principio acusatorio, rompen el modelo triangular del proceso, transforman el interrogatorio en medio inquisitorial y de adquisición de pruebas y eliminan el contradictorio. Bajo modelos procesales inspirados, no en una filosofía utilitaria como la sajona, sino en una especulativa, con fuerte predominio del principio de legalidad y oficialidad (Julio B.J. Maier, *Derecho Procesal Penal Argentino*, Volumen Ib, Buenos Aires, 1989, pág. 557), la admisión de la confesión y de las modalidades de aceptación de cargos y beneficios penales consiguientes, así como de las negociaciones e inmunidades para que quien se acoja a ellas sirva como testigo en una causa contra un elemento superior de la organización criminal, deviene particularmente problemática. Sin embargo, una primera respuesta en favor de estas instituciones es que se utilizan ampliamente en los modelos acusatorios, por lo que no puede reputárseles, sin más, de ilegítimos o contrarios a los derechos humanos. De otro lado, si el esquema acusatorio reconoce al fiscal y al imputado poderes de difusión relativos a la cuestión de hecho y —en menor grado— a la de derecho, si la voluntariedad de la declaración se somete al control judicial y si se desarrollan reglas muy claras sobre los límites y requisitos para la confesión, beneficios penales e inclusive inmunidades, todos sujetos al órgano judicial, no hay reparo alguno en su incorporación: no se produce violación al derecho de defensa, a la protección judicial efectiva y a la presunción de inocencia (Cfr. Alejandro D. Carrió, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Buenos Aires, 1990, pp. 76-79). En estos casos se reconoce que existen tanto intereses estatales propios, así como un mayor énfasis en perseguir a criminales que dirigen organizaciones delictivas, utilizando para este efecto a delincuentes con menor grado de involucramiento en las actividades ilegales de dicha asociación, los mismos que en casos puntuales se opondrían al generalizado y abstracto de persecución penal. La admisión controlada de estas instituciones requiere la presencia de una Fiscalía independiente, estatus orgánicos que propendan a decisiones razonables sobre esta modalidad ad hoc de estrategia de lucha contra el delito y un control judicial que garantice un debido proceso respecto a las pautas de discrecionalidad y voluntariedad de la confesión.

Otorgar al delator un trato punitivo más benigno, que en casos sustanciales puede llegar a la impunidad, no significa que su exclusivo testimonio constituya prueba suficiente para condenar a quien involucre en el delito. Lo definitorio será no sólo establecer la objetividad y seriedad de sus afirmaciones, sino en mayor medida que proporcione informaciones que contribuyan decisivamente a descubrir la evidencia necesaria para destruir la presunción de inocencia del procesado. El argumento probatorio se encuentra, pues, no tanto en su versión inculpativa sino básicamente en las pruebas que puedan obtenerse a partir de su versión.

10. Paralela a una efectiva e inteligente estrategia represiva de carácter selectivo contra los cárteles de la droga y diversos grupos mafiosos, que como ya se dijo proscriba los operativos policiales que desarrollen rastrijos e incursiones violentas en áreas geográficas conflictivas —cuya ineffectividad está por demás demostrada en los numerosos ejemplos peruano, boliviano y colombiano—, urge arbitrar un sistema normativo e infraestructural destinado a la protección de testigos y peritos, de arrepentidos, y fiscales, jueces y policías —especialmente los infiltrados en las organizaciones criminales—, y que sea capaz de propiciar la destrucción de las organizaciones criminales, fortalecer la confianza ciudadana en el sistema judicial y evitar cualquier consecuencia lesiva para la vida e integridad física de todos los que cooperan con esta tarea represiva.

A este efecto deben destinarse los fondos suficientes y tenerse presente los estudios de Naciones Unidas sobre el particular y los modelos norteamericanos y europeos sobre la materia. La importancia y gravedad del fenómeno que tenemos frente a nosotros obliga a destinar los recursos financieros necesarios, pudiendo contar además con la ayuda económica de Naciones Unidas como de los países desarrollados más afectados por el tráfico ilícito de drogas.

11. La instancia policial, a propósito del narcotráfico, que desde la Convención de Viena ha llegado a configurarse como un atentado al orden socio-económico y la seguridad estatal, debe merecer una especial atención. Los constantes y probados casos de abuso de poder y corrupción obligan a considerar de extrema necesidad un cambio institucional y una política reformista en el seno de la policía.

Sabemos que la policía tiene un amplio poder de decisión en el campo

de la criminalización y determina quiénes son sospechosos, quién y qué va contra el orden. La criminalidad aumentará o variará según las pautas que delinea, más allá de los niveles normativos fijados por la ley. En tal virtud, y como la policía está vinculada al poder político, es necesario estipular determinadas bases que hagan compatible su actividad con un sistema democrático.

Es imperativo, siguiendo las propuestas del profesor Bustos Ramírez, conseguir: a) la máxima transparencia en la actividad policial, con el objeto de conseguir que los ciudadanos y sus representantes puedan ejercer una revisión crítica de sus actos; b) la incorporación de la policía a la vida ciudadana en forma activa, transformando su organización y formación, con el objeto de eliminar en lo posible los procesos de criminalización, que en definitiva atentan contra el principio de igualdad; y c) la revisión constante, desde una perspectiva crítica, del concepto de ORDEN, que es el que da origen a la función policial (*Pensamiento Criminológico*, Tomo II, Bogotá, 1983, p. 72).

Los procesos de reorganización orgánica de la policía y demás fuerzas de seguridad deben apuntar a desmilitarizar la institución y, sobre todo, descentralizarla, pues se ha visto que una policía centralizada y de dimensiones nacionales es imposible de controlar democráticamente y desarrolla ámbitos de poder desmesurados, con serio peligro para las libertades públicas. Las reformas policiales ineludiblemente deben concebirse como una tarea nacional con la intervención responsable de todos los sectores sociales y profesionales. El objetivo de su democratización se verá cumplido en la medida que podamos vincularla a la ciudadanía y que la Fiscalía logre un grado tal de integración con ella que evite prácticas antidemocráticas y disfuncionales en relación al combate contra el crimen organizado.

12. La corrupción al interior de los órganos de control se ha extendido de modo considerable a nivel mundial como consecuencia del inmenso poder económico del crimen organizado vinculado a las drogas. En América Latina esta lacra adquiere proporciones gigantescas desde que nuestros países presentan una marcada debilidad institucional, el sistema estatal tiene una configuración burocrática y autoritaria, y la impunidad es bastante ostensible, al punto de tornar precarias las bases mismas de la prevención general que constituye el norte de la función del Derecho Penal.

Muchos esquemas se han ensayado infructuosamente para controlar esa corrupción; sin embargo, es de destacarse el modelo de Hong Kong, cuyos brillantes resultados deben merecer la atención de América Latina. El combate contra la corrupción implica no sólo una decidida voluntad política de enfrentar el problema y la constitución de un organismo ad hoc con amplios poderes para diseñar un sistema integral anticorrupción, sino también elaborar procedimientos de investigación de los delitos vinculados al crimen organizado, que dificulten en grado sumo las prácticas delictivas de los operadores del control penal.

A nivel judicial, como propone José Antonio Martín Pallín, no existen fórmulas magistrales para erradicar la corrupción, aunque debe actuarse sectorialmente sobre los diversos factores que propician las prácticas irregulares, si se quiere llegar a resultados satisfactorios. Existen cuatro puntos de actuación:

- A) Los movimientos asociativos de jueces y fiscales y los sindicatos de funcionarios tienen el compromiso moral y la responsabilidad social de analizar las causas y denunciar los defectos orgánicos o estructurales que propician la perpetuación de este tipo de males.
- B) El Poder Legislativo debe reformar los procedimientos para evitar que su excesiva complejidad y la proliferación de formalidades escritas atribuyan demasiado poder a los encargados de redactar las reiteradas comparecencias a las oficinas judiciales.
- C) Los poderes públicos deben optar por el procedimiento oral, basado en la publicidad, intermediación y contradicción, pues elimina formulismos inútiles, aleja las posibilidades de interferencia en la marcha de los procedimientos y las tentaciones de solicitar dádivas o promesas para retrasar, acelerar o influir en el curso de las actuaciones.
- D) Los órganos de control interno y las máximas autoridades del Poder Judicial y del Ministerio Público deben realizar frecuentes inspecciones y preocuparse constantemente por las necesidades de jueces y fiscales inferiores (*Perú: la independencia del Poder Judicial*, Lima, 1989, pp. 40-41).