

EL TIPO BÁSICO EN EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Dentro del esquema internacional de persecución cada vez más intensa del tráfico ilícito de drogas y de la ayuda internacional para su erradicación de nuestros países, es de gran importancia el estudio que realiza el autor del artículo que presentamos a continuación, respecto de la regulación nacional de este fenómeno en el ámbito penal.

Víctor Prado descubre y analiza los problemas de la tipificación que respecto del delito de narcotráfico realiza nuestra ley penal, a la luz de la legislación comparada y de los pactos y tratados internacionales que vienen a integrar los elementos descriptivos del tipo consagrado en el artículo 296° del Código Penal.

Víctor Prado Saldarriaga
 Presidente de la 12ª sala penal
 de la Corte Superior de Lima
 Catedrático de derecho penal en la PUCP

1. FUNCIÓN DEL TIPO BÁSICO

El artículo 296° del Código Penal está dedicado a la descripción del **tipo básico** del delito de tráfico ilícito de drogas. Esto es, constituye la norma penal matriz o genérica que define qué actos configuran dicho delito. En tal sentido, si se quiere, esta disposición representa las características mínimas de tipicidad y antijuricidad que demanda la ley para que un comportamiento pueda ser reprimido como tráfico ilícito de drogas. De allí que los demás artículos que pertenecen al capítulo III, sección segunda del título XII, del libro segundo del Código Penal, estén siempre referidos de modo directo o conexo al artículo 296°. Sea porque reproducen la conducta que él tipifica, añadiéndole una circunstancia agravante o atenuante (art. 297° y 298°), o porque resultan vinculados con alguno de sus componentes característicos, aunque, en su estructura específica, mantengan notoria independencia (art. 296°A, 296°B, 296°C, 296°D, 300°, 301° y 302°).

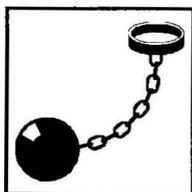
2. FUENTE LEGAL

El artículo 296° es de origen español. En realidad, con él se ha recibido al **artículo 344° del Código Penal español**, en la versión que fue introducida por la reforma parcial de 1983 (ley orgánica 8/1983 del 25 de junio de 1983). El artículo español describía el delito que analizamos en los siguientes términos: **“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, serán castigados con la pena de prisión y multa de 30 000 a 1 500 000 pesetas, si se tratare de sustancias que causaren grave daño a la salud, y de arresto mayor en los demás casos...”**

Sin embargo, además, en la elaboración del dispositivo que comentamos también se utilizaron otras fuentes de carácter complementario, como el **inciso a) del artículo 58° del decreto ley 22095**, en su versión original de 1978, y el **artículo 55°, inciso 2°**, introducido al citado decreto ley por el decreto legislativo 122 de 1981. Con la mixtura de estas disposiciones, el legislador redactó, por ejemplo, la hipótesis típica que aparece en el párrafo 3° del artículo 296°, y que se relaciona con la comercialización de materias primas o insumos.

3. SISTEMÁTICA

Internamente, en el numeral 296° podemos reconocer tres conductas delictivas, cada una con características propias. Es así que el primer párrafo de dicho dispositivo criminaliza la *promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas mediante actos de fabricación*



o tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Luego el segundo párrafo describe la posesión de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas con fines de trá-

fico ilícito. Y, finalmente, el párrafo tercero contempla como conducta punible la comercialización de materias primas o insumos destinados a la elaboración de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

4. EL OBJETO DE ACCIÓN DEL DELITO

El principal problema de dogmática y de política criminal que representa la actual redacción del artículo 296°, se relaciona con el **objeto de acción de los delitos previstos en él**. En lo esencial, las dificultades aparecen debido a la necesidad de definir los alcances de interpretación que corresponden a las expresiones *drogas tóxicas estupefacientes o sustancias psicotrópicas* y *materias primas o insumos*.

4.1. Drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas

En primer término hay que señalar que la utilización en el artículo 296° de la expresión *drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas* es consecuencia de la asimilación de la fuente española. En el derecho penal hispánico el objeto de acción en el delito de tráfico ilícito de drogas viene designándose con esa terminología desde mediados de los años 60 y se aprecia, incluso, en el nuevo Código Penal de 1995 (Cf. art. 368°).

Según la doctrina ibérica dicha denominación se adoptó como consecuencia del alineamiento de la legislación española a los convenios internacionales de fiscalización. Esto es, a la *convención única sobre estupefacientes* de 1961 y al *convenio sobre sustancias psicotrópicas* de 1971 (Cf. Antonio Beristain. *Las drogas y su legislación en España*, en: "Anuario de derecho penal y ciencias penales", 1973, p. 53 y ss.).

En consecuencia, pues, todo apunta a señalar que la designación del objeto de acción del delito en el artículo 296° del Código Penal peruano, se hace, en principio, sobre la base de la clasificación farmacológica de las sustancias fiscalizadas y de los efectos clínicos que provoca en el consumidor.

No obstante, cabe advertir que en los convenios internacionales se suelen incluir también como drogas estupefacientes a otras sustancias que no producen los efectos estimulantes de la cocaína sino que, por el contrario, suscitan en el usuario sueño o aletargamiento –tal como ocurre con las drogas derivadas del opio (morfina, heroína)–, o que generan en el consumidor alteraciones sensoriales de carácter visual, táctil, etc., llegando en ciertos casos a motivar alucinaciones –caso específico de ciertos derivados cannábicos (marihuana, hachís)–. Esta mezcla de sustancias adictivas bajo una denominación general se observa claramente en las listas I y II de la *convención sobre estupefacientes* de 1961.

Ahora bien, en España subsiste aún una polémica hermenéutica sobre la precisión del concepto que corresponde a las sustancias objeto del delito especificado en el artículo 344° del Código Penal derogado. Dos son las posiciones más relevantes al respecto. En primer lugar, **Antonio Beristain** viene sosteniendo que el artículo 344° es un tipo legal en blanco, puesto que al referirse a las sustancias objeto del delito no las determina, dejando esa tarea a la normatividad extrapenal, nacional e internacional. De allí que este autor proponga que se consideren como objeto del delito las sustancias que precisan las listas anexas a las convenciones ONU de 1961 y de 1971, con las consideraciones complementarias que contienen la ley 17/1967 sobre estupefacientes y el real decreto 2829/1977 sobre sustancias y preparados psicotrópicos (Cf. Antonio Beristain. *La droga: aspectos penales y criminológicos*. Temis. Bogotá, 1986, pp. 27 y 28).

Luego, **Francisco Muñoz Conde** plantea una interpretación más teleológica del objeto de acción del delito. En efecto, dicho jurista parte de considerar que el delito de tráfico ilícito de drogas es un atentado a la salud pública, por lo que, con independencia de su clasificación

farmacológica o de sus efectos clínicos, lo fundamental es que las sustancias objeto de criminalización sean peligrosas. De allí que el recurrir a las listas de los convenios internacionales para decidir sobre el objeto del delito, cumple un rol meramente indicativo o referencial, pues algunas de las sustancias que contienen dichos listados no son peligrosas para la salud o, en todo caso, lo son menos que otras sustan-

cias de uso legal como el alcohol o el tabaco. Por tanto, concluye el citado autor, el juez deberá verificar en el caso concreto si la sustancia es peligrosa para la salud pública y, luego, si la misma se puede calificar como estupefaciente o psicotrópico. Para esto último, obviamente, el juez podrá recurrir al apoyo de los especialistas (Cf. Francisco Muñoz Conde. *Derecho penal. Parte especial*. 8a. Edición Tirant lo Blanch. Valencia, 1990, p. 491 y ss.).

Otros autores españoles como **José María Lorenzo Salgado** o **Luis Arroyo Zapatero**, mencionan los riesgos de seguridad jurídica que entraña lo genérico de las expresiones empleadas para identificar al objeto de acción del delito. En tal sentido y con el fin de adscribir mejor la tipificación del artículo 344° a las exigencias del principio de legalidad, estos juristas sostienen la necesidad de establecer catálogos cerrados de las sustancias fiscalizadas que pueden constituirse en objeto potencial del tráfico ilícito de drogas (Cf. José María Lorenzo Salgado. *Reforma de 1983 y tráfico de drogas, en la problemática de la droga en España*. EDERSA. Madrid, 1986, p. 32 y ss.; Luis Alberto Arroyo Zapatero. *Aspectos penales del tráfico de drogas*, en Poder Judicial N° 11, 1984, p. 22 y 23). Se trata, pues, de una solución jurídica práctica y que, curiosamente, preexistía en el Perú en el artículo 55° del texto derogado del capítulo V del

el delito de tráfico ilícito de drogas es un atentado a la salud pública, por lo que, con independencia de su clasificación farmacológica o de sus efectos clínicos, lo fundamental es que las sustancias objeto de criminalización sean peligrosas

*el término drogas tóxicas
no tiene un significado distinto
o alterno al de estupefaciente*

decreto ley 22095, luego de la modificación que introdujo el decreto legislativo 122 (Cf. Víctor R. Prado Saldaña. Política criminal peruana. Cultural Cuzco. Lima, 1985, p. 172).

Ahora bien, el único problema dogmático que no ha sido tratado satisfactoriamente por la doctrina española es lo referente al significado de la expresión *drogas tóxicas*. En principio no hay convenio internacional que se refiera expresamente a ellas, ni norma interna que las defina. De allí que los juristas hispanos han preferido adoptar como posición dominante al respecto, la interpretación dada a dicho término por el desaparecido jurista **José María Rodríguez Devesa**. Según él, por *drogas tóxicas* deben comprenderse a los venenos (Derecho penal español. Parte especial, 9ª Edición, Artes gráficas Carasa. Madrid, 1983, p. 1020). Es decir, sustancias que, administradas al organismo, pueden tener efectos letales. Sin embargo, nos permitimos discrepar de dicha línea hermenéutica, que, al parecer, no toma en cuenta el desarrollo histórico de la legislación española de la materia. En efecto, si nosotros nos remontamos a la primera ley española sobre control de drogas, es decir, al real decreto del 31 de julio de 1918 encontraremos que el mismo está referido al "*Reglamento para el comercio y dispensación de sustancias tóxicas y, en especial, de las que ejercen acción narcótica, antitérmica o anestésica*". Esta ley, equivalente en su función y contenidos a la ley peruana 4428 de 1921, consideraba, pues, como sustancias tóxicas a todas aquellas que tenían efectos narcóticos (opio y derivados) o estupefacientes (coca y derivados).

En consecuencia, de lo expuesto podemos concluir que el término *drogas tóxicas* no tiene un significado distinto o alterno al de estupefaciente y que su presencia en el artículo 344º del Código Penal español es, en realidad, el efecto de una constante histórica de la redacción de la figura del tráfico ilícito de drogas en la legislación hispánica. De otro lado, el asumir que *drogas tóxicas* equivale a veneno no resulta congruente con la función político-criminal que el derecho penal español asigna a la criminalización del narcotráfico, cual es de preservar la salud pública. El tener como objeto de delito a sustancias que, como el veneno, no afectan la salud pública sino la vida de las personas deviene en incoherente (en ese sentido: Juan Bustos Ramírez. Manual de derecho penal. Parte especial. Editorial Ariel. Barcelona, 1986, p. 280). Asimismo, si apreciamos las características que se asignan a las sustancias calificables como drogas (dependencia psíquica, dependencia física, etc.), es fácil advertir que los venenos no se encontrarían entre ellas.

En atención, pues, a los problemas detectados somos de opinión que el artículo 296º del Código Penal, en cuanto al objeto de acción del delito, debe interpretarse teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

- Las sustancias contenidas en las listas I y IIA, anexas al decreto ley 22095, que reúnen, alternativamente, drogas estupefacientes y psicotrópicas.
- El hecho de que tales listas no fueron suprimidas por el Código Penal de 1991, puesto que ellas no sólo servían para la aplicación de las normas penales del derogado capítulo V del decreto ley 22095, sino que también se les empleaba para dar operatividad a las normas sobre fiscalización que contienen los capítulos II y IV del citado decreto ley y que, a la fecha, no han sido derogadas.
- Que en cuanto se trate de sustancias no contempladas en las listas I y IIA del decreto ley 22095, el juzgador

deberá valorar, en el caso concreto, y con auxilio de peritos, si la sustancia decomisada produce efectos estupefacientes o psicotrópicos y si es peligrosa para la salud pública en razón de su proclividad a producir dependencia psicológica, dependencia física, tolerancia o síndrome de abstinencia. Esta opción hermenéutica que alude a los efectos y nocividad de la sustancia, permitiría considerar como objeto del delito a otras sustancias, como los cementos plásticos o a algunos alucinógenos naturales como la planta denominada *San Pedro*.

- De lege ferende* cabría plantear que una reforma del artículo 296º debe precisar que constituyen objeto del delito las sustancias adictivas mencionadas en las listas I y IIA del decreto ley 22095. Lamentablemente el proyecto de nueva ley general de drogas de 1993, mantiene el uso de los términos "drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas", limitándose, únicamente, a señalar, en la primera de sus disposiciones finales y transitorias, que la determinación específica de tales sustancias correspondería hacerla al Ejecutivo, decisión normativa que, entendemos, no deja de contradecir las exigencias del principio de legalidad.

4.2 Materias primas o insumos

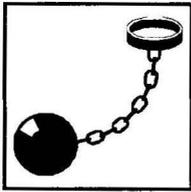
En cuanto a los alcances del término *materias primas o insumos* que aparece en el tercer párrafo del artículo 296º, debemos señalar que alude a todas aquellas sustancias o compuestos, de origen natural o sintético, que son empleadas para poder producir una droga fiscalizada.

Materia prima es aquella que se considera principalmente necesaria para iniciar las labores de una industria o fabricación. En tal sentido, pues, la hoja de coca, el fruto de la adormidera o la planta de la cannabis están consideradas como materia prima.

Por insumos debemos identificar a todo aquello que permite, en combinación con las materias primas, activar una industria o fabricación. Por tanto, podemos calificar como tales a las sustancias que aparecen inscritas en los cuadros I y II, que van anexos a la *convención de la Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas* de 1988, y a las cuales también se les denomina "precursores". Entre estos insumos tenemos el ácido sulfúrico, la acetona, el éter etílico, el carbonato de sodio, etc. (Cf. secretaría general de la INTERPOL. El desvío de productos químicos y la fabricación clandestina de drogas, en Revista internacional de policía criminal N° 417, 1989, p. 19).

5. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL COMPLEMENTARIA

Cabe señalar que los convenios internacionales de 1961, 1971 y de 1988 son parte de nuestro derecho interno, por lo que sus disposiciones pueden ser utilizadas para una mejor interpretación de las normas nacionales sobre represión del tráfico ilícito de drogas. En efecto, la *convención única de estupefacientes* fue aprobada por resolución legislativa 150013, la *convención sobre sustancias psicotrópicas* lo fue a través del decreto ley 22736 y la



convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas mediante la resolución legislativa 25352.

6. TIPICIDAD

Como hemos mencionado, las conductas típicas previstas en el artículo 296^o son tres, y cada una de ellas posee estructura y características diferentes. En tal sentido, el supuesto sobre actos de *promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas* es una hipótesis de peligro concreto.

Por su parte, los actos de *posesión de drogas con fines de tráfico ilícito* configuran una hipótesis de peligro abstracto. Y por último, la *comercialización de materias primas o insumos destinados a la elaboración de drogas tóxicas estupefacientes o sustancias psicotrópicas* aparece como la criminalización autónoma de actos preparatorios.

De allí que el análisis de estas hipótesis debemos hacerlo separadamente, puesto que la consumación en cada ilícito es también distinta.

Por lo demás, el tipo subjetivo de cada uno de los supuestos mencionados también presenta algunas características particulares. Es así que para determinados casos es suficiente el dolo eventual, mientras que en otros se exige necesariamente el dolo directo.

Veamos pues, seguidamente, cada uno de los supuestos típicos mencionados.

6.1.

Promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas mediante actos de fabricación o tráfico (art. 296. 1º pf.)

El legislador criminaliza conductas que posibilitan el consumo de drogas de terceros. Sin embargo, precisa de modo concreto que debe tratarse de *actos de fabricación o tráfico* de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Según **Rodríguez Devesa**, el sujeto activo debe, pues, ejecutar actos de fabricación o tráfico y, con ellos, promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas a potenciales usuarios (José María Rodríguez Devesa. Op. cit., p.1023).

Ahora bien, en la doctrina española no hay acuerdo en torno a la función dogmática que debe concederse a la *promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas*. Por ejemplo, algunos autores, como **Rey Huidobro** y el antes citado **Rodríguez Devesa**, sostienen que se trata de *elementos subjetivos especiales distintos del dolo* (Cf. Luis Fernando Rey Huidobro. *El delito de tráfico de estupefacientes*, en: Estudios jurídicos sobre la reforma penal. Universidad de Córdoba. Córdoba, 1987, p. 134). Sin embargo, para **Bacigalupo** se trata más bien del *resultado consecuencia de los actos de fabricación o*

tráfico (Enrique Bacigalupo. *Problemas dogmáticos de la droga en España*. Op. cit., p. 93). La adopción de cualquiera de esos criterios es relevante y lleva a consecuencias distintas en torno a la naturaleza de la infracción, ya que, si se acepta la primera posición, el delito que comentamos sería una conducta de **peligro abstracto**. Pero si se adopta el segundo planteamiento se deberá sostener que nos encontramos ante un delito de **peligro concreto**.

Sin embargo, *evaluando* argumentos resulta más garantista y razonada la opción de Enrique Bacigalupo, quien afirma además que *"parece no haber duda alguna que el tipo de favorecimiento requiere para su consumación un favorecimiento real del consumo ilegal. Si el legislador hubiera querido conformarse con un peligro abstracto para el bien jurídico, hubiera agotado la descripción en las acciones de cultivo, fabricación o tráfico que pueden considerarse, en sí mismas, como peligrosas en relación al bien jurídico. Pero, si ha vinculado estas acciones con ciertos resultados (promoción, favorecimiento, etc., del consumo ilegal), es porque ha querido incidir en un momento que está más allá del peligro general (abstracto)*

de la acción y, por tanto, en una zona más cercana a la lesión del bien jurídico. Esa zona más cercana no puede ser sino aquella en la que el peligro representado por la acción se concreta respecto del bien jurídico. Parece claro que entre la acción de cultivar, la de fabricar, la de traficar y la promoción, el favorecimiento hay una distancia diversa respecto de la le-

sión efectiva del bien jurídico y que tal diferencia refleja la diversidad que caracteriza el peligro abstracto frente al concreto" (*Problemas dogmáticos del delito de tráfico ilegal de drogas*. Op.cit., p. 93). **Bustos Ramírez** conviene también en que se trata de un delito de peligro concreto (*Manual de derecho penal. Parte especial*. Op.cit., p. 281). Entre nosotros, **Bramont-Arias Torres** al tratar de la consumación del ilícito, da a entender que se trata de un supuesto de peligro abstracto que no admite tentativa (Luis A. Bramont-Arias T. *Manual de derecho penal. Parte especial*. Editorial San Marcos. Lima, 1994, p. 347). Por nuestro lado, sostenemos la tesis del peligro concreto y asumiendo la posibilidad de la configuración de la tentativa (Víctor Prado Saldarriaga. *Comentarios al Código Penal de 1991*. Editorial Alternativas. Lima, 1993, p. 144).

Como bien anota **Carbonell Mateu** el dispositivo que analizamos, criminaliza, en base a las conductas de fabricación o tráfico, todo el ciclo de la droga que facilita el consumo de terceros. Entendiendo que se *promueve* el consumo, cuando éste no se ha iniciado; que se *favorece* el mismo cuando se permite su expansión, y que se *facilita* cuando se proporciona la droga a quien ya está iniciado en el consumo. De otro lado, el mismo autor destaca que la alusión a *consumo ilegal* equivale a consumo ajeno (Juan Carlos Carbonell Mateu. *Considera-*

los actos de posesión de drogas con fines de tráfico ilícito configuran una hipótesis de peligro abstracto. Y por último, la comercialización de materias primas o insumos destinados a la elaboración de drogas tóxicas estupefacientes o sustancias psicotrópicas aparece como la criminalización autónoma de actos preparatorios

ciones en torno al delito de tráfico de drogas, en: La problemática de droga en España. Op.cit., p. 344 y 345). esto es, al consumo de un tercero ajeno al autor del acto de fabricación o tráfico. esta distinción es relevante ya que nos permite sostener que los actos de fabricación o tráfico para promover, favorecer o facilitar el consumo propio carecen de trascendencia penal.

El tipo penal que comentamos presenta varias opciones para la materialización de la conducta punible. Pero para la tipicidad será suficiente con que el sujeto activo realice, cuando menos, uno de aquellos comportamientos que constituyen actos de fabricación o tráfico, es decir, que conforme al artículo 89° del decreto ley 22095 el agente puede “preparar, elaborar, manufacturar, componer, convertir o procesar cualquier sustancia fiscalizada ya sea por extracción de sustancias de origen natural o mediante síntesis química” (inc. 15°); o, también, puede “depositar, retener, ofrecer, expender, vender, distribuir, despachar, transportar, importar, exportar o expedir en tránsito” sustancias adictivas (inc. 6°).

En relación al tipo subjetivo, este delito requiere de dolo. Y en ese sentido, **Muñoz Conde** señala que el dolo del agente debe comprender: “junto a la consciencia del carácter nocivo para la salud de la sustancia (es suficiente con una valoración paralela en la esfera de los profano) es preciso que se quiera promover, favorecer o facilitar el consumo “ilegal” de terceros personas” (Op.cit., p. 496). Es de exigir, también, que la acción del agente esté orientada por una motivación lucrativa.

Un problema que se ha presentado en la doctrina y jurisprudencia españolas radica en la consideración que deben merecer ciertos comportamientos que, si bien no son actos de fabricación ni de tráfico, pueden, igualmente, promover, facilitar o favorecer el consumo ilegal. Nos referimos concretamente a la donación de drogas, a la facilitación de dinero para que un tercero adquiriera drogas para su consumo, o a la inducción al consumo colectivo. Al respecto las posiciones son encontradas. Para algunos tales actos están considerados como formas de tráfico. Para otros, en cambio, dichas conductas carecen de tipicidad (Cf. Luis Fernando Rey Huidobro. Op.cit., p. 132). Nos inclinamos por aceptar la segunda opción, atendiendo a la necesidad de una finalidad lucrativa que guíe el comportamiento del agente. Ahora bien, según los casos, tales conductas podrían subsumirse en la hipótesis del artículo 302° (instigación al consumo indebido de drogas).

El error sobre la condición aditiva de la sustancia que se fabrica o comercializa hace atípica la conducta. Es el caso de aquél que considera no nociva la sustancia que produce o vende. Por su parte, el error sobre la ilicitud de la fabricación o comercio de la sustancia afecta la culpabilidad, en los términos que reconoce el artículo 14° del Código Penal.

6.2. Posesión de drogas con fines de tráfico ilícito (art. 296, 2° pf.)

En lo que concierne a esta hipótesis típica, la doctrina española es coherente en precisar que de ella están excluidos los actos de posesión de drogas para propio consumo o de posesión de drogas con finalidad diferente del tráfico o comercio ilegal. De allí que carece de relevancia penal la droga fiscalizada que se posee con afán de colección, de instrucción o para ser donada, o que se tiene en custodia (Cf. Luis F. Rey Huidobro. El delito de tráfico de estupefacientes: el Tribunal Supremo ante los actos de dudosa tipicidad, en “Actualidad penal” N° 34, 1994, p. 631 y ss.).

los actos de fabricación o tráfico para promover, favorecer o facilitar el consumo propio carecen de trascendencia penal

Barbero Santos, magistrado del Tribunal Supremo español, destaca, además, que la fórmula prevista en el artículo 344° del código ibérico y, por ende, también la que contempla el artículo 296° del Código Penal peruano hacen atípica, no sólo la posesión de droga en cantidad equivalente a una dosis personal, sino también, la posesión de droga en cantidades ingentes, siempre, claro está, que aquella no esté destinada al tráfico ilícito (Marino Barbero Santos. La droga en España, problemática social, jurídica y jurisprudencial, en “Actualidad penal” N° 38, 1988, p. 1976). Ello demuestra lo absurdo e innecesario de la previsión del artículo 299° del texto legal nacional (Cf. Víctor Prado Saldarriaga. Comentarios... Op.cit., p. 146 y ss), y a la cual, lamentablemente, suele referirse la jurisprudencia (Ver: ejecutoria suprema del 31 de marzo de 1995 recaída en la consulta N° 1120-94 de la sala penal de la corte suprema. Procede de Lima).

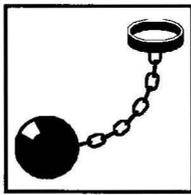
El supuesto delictivo que comentamos es una estructura de **peligro abstracto**. Es decir, para su consumación sólo se requiere que el agente materialice, de cualquier modo, la tenencia o posesión de la droga fiscalizada. El tipo de sustancia o la cantidad de droga poseída no afectan la tipicidad. Sin embargo, si esta última fuese “escasa” o “pequeña” se configuraría una circunstancia atenuante, en la medida en que se cumplan los requisitos cuantitativos y cualitativos que precisa el artículo 298° del Código Penal (En ese sentido la ejecutoria suprema del 17 de agosto de 1992 recaída en la causa N° 659-91-A de la sala penal de la Corte Suprema. Procede del Callao).

Ahora bien, en un plano subjetivo la tenencia o posesión de la droga debe estar orientada hacia un acto posterior de tráfico. es decir, de comercialización en cualquiera de las manifestaciones que precisa el inciso 7° del artículo 89° del decreto ley 22095. Esto es, la tipicidad nos exige la presencia de un elemento subjetivo especial distinto del dolo de aquellos a los que la doctrina califica como de *tendencia interna transcendente*.

Para que se dé el delito en la modalidad del párrafo segundo del artículo 296° debe, pues, existir dolo y, además, el agente debe subjetivamente proponerse un fin ulterior a la posesión. Dicha finalidad debe ser la de destinar la droga poseída al tráfico ilegal (sobre el particular véase la ejecutoria suprema del 23 de diciembre de 1992 recaída en la consulta N° 1937-92-A de la sala penal de la Corte Suprema. Procede del Callao).

Pero para la tipicidad no se requiere que aquel objetivo se concrete. Basta que él haya estado presente al momento de poseer la sustancia aditiva.

Como sostuvo por mucho tiempo la jurisprudencia española: “lo que determina el carácter delictivo de la tenencia es su preordenación para el tráfico. De esta manera la diferencia entre el comportamiento delictivo y el no punible se sitúa en el tipo subjetivo. Sin embargo, la comprobación de la finalidad del tráfico depende de la objetivación de la voluntad, y ello ha requerido establecer que elementos del hecho facilitan el conocimiento de la finalidad de la tenencia”.



PENAL

Y la verificación objetiva de esa finalidad puede apreciarse a partir de la prueba indiciaria. Es decir, cotejando aspectos objetivos que nos indiquen la razón y propósito de la posesión. Como, por

ejemplo, la cantidad de la droga poseída, la condición de consumidor ocasional o habitual del poseedor, la oportunidad y el lugar de la detención, la naturaleza de las demás especies que fueren incautadas al agente (dinero, cigarrillos, balanzas de precisión, etc.).

6.3. Comercialización de materias primas o insumos (art. 296, 3° pf.)

Como se puede apreciar de la lectura del tipo penal que contiene el párrafo final del artículo 296°, el legislador está tipificando con carácter autónomo y específico un acto anterior a la fabricación o al tráfico de drogas. se trata, pues, de actos preparatorios que, por razones de prevención general, son criminalizados de modo independiente.

El dispositivo que comentamos considera punibles conductas vinculadas al suministro y expendio de materias primas o insumos que se emplean en la elaboración de drogas fiscalizadas.

El legislador sólo se ha referido a la comercialización de materias primas o insumos. La cesión, pues, de dichos objetos por el sujeto activo debe pactarse, necesariamente, en términos lucrativos, es decir, debe reportarle un beneficio económico. Por tanto, la mera donación o comodato sólo serían punibles, según las circunstancias, como formas de complicidad de la hipótesis del primer párrafo del artículo 296°. La comercialización de materias primas o insumos puede manifestarse en cualquiera de las distintas formas que enuncia el ya mencionado inciso 7° del artículo 89° del decreto ley 22095. Ahora bien, la posesión de materias primas o insumos con fines de comercialización puede ser considerada, según los casos, como una tentativa del delito que analizamos.

A efecto de deslindar la antijuricidad de los actos de comercialización, resulta pertinente recurrir a las disposiciones sobre control de insumos contenidas en el decreto ley 25623.

La cantidad de los insumos o de la materia prima que se comercializa no afecta la tipicidad. Sin embargo, su menor volumen permitiría que se pueda aplicar el efecto atenuante que contempla el artículo 298° del Código Penal.

El tipo subjetivo exige la concurrencia del dolo directo. El legislador ha señalado que el agente debe actuar a sabiendas de que los insumos o materias primas serán empleados en la elaboración de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. De allí que el dolo eventual no es suficiente para tipicidad, como cuando las materias primas o insumos se comercializan bajo mera sospecha de un posible destino ilegal.

El error, la ignorancia o la acción negligente también harán atípica la acción que ejecute el agente.

7. PENALIDAD

Los diferentes delitos que contempla el artículo 296° del Código Penal poseen una penalidad común. El legislador, pues, demostrando una vez más su escaso respeto por

el principio de proporcionalidad, reprime de igual manera la venta de drogas y la comercialización de materias primas para la elaboración de tales sustancias adictivas. En ambos casos, como en el de posesión con fines de comercialización, la pena aplicable es homogénea en lo cualitativo como en lo cuantitativo. Y tampoco se toma en cuenta la mayor o menor nocividad de las sustancias objeto del delito.

Para los ilícitos mencionados, la ley establece penas conjuntas de privación de libertad (no menor de ocho ni mayor de quince años), de multa (no menor de 180 ni mayor de 365 días-multa), y de inhabilitación (conforme a los incisos 1°, 2° y 4° del artículo 36° del Código Penal). Dado que la ley no establece respecto de esta última sanción ni el mínimo ni el máximo aplicables, es de considerar aquellos que contempla el numeral 38° del Código Penal.

8. OPCIONES DE LEGE FERENDA

En lo esencial, frente a la actual estructura del tipo básico del delito de tráfico ilícito de drogas, consideramos pertinente formular dos planteamientos de reforma. El primero es de orden sistemático, y atiende a la necesidad de desagregar en tipos penales autónomos los tres comportamientos punibles que se encuentran incluidos en el artículo 296°. Las características y funciones de cada uno de ellos hace indispensable una ubicación sistemática diferenciada.

Y, el segundo, es de orden político-criminal. Al respecto resulta imperativo, de cara a las exigencias del principio de proporcionalidad, que la pena conminada se adecue a la naturaleza y desvalor específicos que corresponden a las tres hipótesis delictivas que hemos analizado. De manera que la criminalización de un acto preparatorio no sea sancionada con igual penalidad que la prevista para un delito consumado.

Por lo demás, el anteproyecto nacional de 1993 ya ha contemplado, en parte, las reformas que estamos sugiriendo (Cf. art. 1°, 5° y 8°), por lo que su implementación debe materializarse en el futuro más próximo. **D&S**

La cantidad de los insumos o de la materia prima que se comercializa no afecta la tipicidad