

El principio de proporcionalidad en los procesos por Tráfico Ilícito de Drogas en el Perú



El principio de proporcionalidad en los procesos por Tráfico Ilícito de Drogas en el Perú

Jérôme Mangelinckx
Área de Políticas Legales y Seguridad Ciudadana
Centro de Investigación "Drogas y Derechos Humanos" - CIDDH

CEDD
Colectivo de Estudios Drogas y Derecho



Jérôme Mangelinckx (2012), El principio de proporcionalidad en los procesos por Tráfico Ilícito de Drogas en el Perú, 1ª edición, Lima: Centro de Investigación “Drogas y Derechos Humanos”

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional de Perú N° 2012-08876
Ley 26905, modificada por la Ley 28377 y Ley 29165
Reglamento D.S. 017-98-ED

Centro de Investigación “Drogas y Derechos Humanos”
Área de Políticas Legales y Seguridad Ciudadana
Av. República de Panamá 6598-A, Barranco
Lima, Perú
Telf: (0051-1) 444-1496
www.cidhdh.com

Impresión:
Editorial Imprenta Librería Select Graf S.R.L.
Manuel Bonilla 164, Miraflores
Lima, Perú
Telf: (0051-1) 446-3290 / 444-3414

Primera edición
Tiraje: 500 ejemplares

Esta publicación se realiza en el marco del proyecto “Reforma legal en materia de control de drogas en el Perú” que ejecuta el Centro de Investigación “Drogas y Derechos Humanos” (CIDDDH), con el apoyo financiero de la Fundación Instituto para Sociedades Abiertas.

La serie fotográfica corresponde a las líneas de acción del CIDDDH: empoderamiento de comunidades agropecuarias en zonas cocaleras, apoyo legal a mujeres en cárceles, empoderamiento de usuarios y tratamiento de base comunitaria en zonas de alto riesgo en Lima.

Sobre el CEDD

El Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD) reúne investigadores de 7 países Latinoamericanos con el propósito de analizar el impacto de la legislación penal y la práctica jurídica en materia de drogas ilícitas. El CEDD busca fomentar un debate sobre la efectividad de las políticas de drogas actuales y recomienda políticas alternativas más justas y efectivas.

El CEDD fue creado en el contexto de la creciente evidencia de que las políticas internacionales de control de drogas no han disminuido el consumo de drogas, frenado el cultivo de plantas destinadas a los mercados ilegales, ni reducido el tráfico de drogas. Las leyes sobre drogas recaen desproporcionadamente sobre las poblaciones más vulnerables y desprotegidas, además de tener la consecuencia indeseada de abrumar a los sistemas de administración de justicia penal.

La creación del colectivo fue impulsado por la Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA) y el Transnational Institute (TNI) tras la publicación de un estudio publicado en 2010 sobre el impacto de las leyes de drogas sobre los sistemas carcelarios de ocho países Latinoamericanos¹.

La nueva serie de estudios revisa críticamente si el principio de proporcionalidad es aplicado en la relación delitos de drogas y castigos. Los estudios encuentran que los castigos por delitos de drogas y el trato de los ofensores son desproporcionados, lo que genera en muchas ocasiones daños mayores a los beneficios pretendidos.

Miembros del CEDD

El CEDD incluye miembros de Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, México, Países Bajos y Perú.

- Argentina: Alejandro Corda, Intercambios Asociación Civil
- Brasil: Luciana Boiteux y Joao Pedro Padua, Grupo de Investigaciones Política de Drogas y Derechos Humanos de Universidad federal de Rio de Janeiro
- Bolivia: Rose Achá, Justicia Penal Juvenil en Defensa de Niñas y Niños (DNI)
- Colombia: Diana Guzmán y Rodrigo Uprimny, DeJusticia
- Ecuador: Jorge Paladines, Universidad Andina
- Estados Unidos: Coletta Youngers, Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA)
- México: Catalina Pérez Correa, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE)
- Países Bajos: Pien Metaal, Transnational Institute (TNI)
- Perú: Jérôme Mangelinckx y Ricardo Soberón, Centro de Investigación 'Drogas y Derechos Humanos' (CIDDH)

¹ TNI y WOLA (2010)

Sobre el CIDDH

El Centro de Investigación “Drogas y Derechos Humanos” (CIDDH²), es una Asociación Civil creada en la ciudad de Lima el día 13 de Abril del 2009, debidamente inscrita en los Registros Públicos de Lima y cuyo objetivo central es el de “plantear, debatir, discutir, proponer, incidir en políticas públicas de Reforma Legal en materia de Control de Drogas y Lucha contra el Tráfico de Drogas, en los países de América Latina, poniendo énfasis en los campos de la salud pública, el desarrollo integral de los Andes Amazónicos, la seguridad y el orden público, el fortalecimiento del Estado de Derecho, la Administración de Justicia, el Control Penal y el Sistema Penitenciario, bajo un enfoque de promoción y vigencia de los DD.HH.”

El CIDDH tiene amplia experiencia en la temática de las políticas de drogas y la situación de los Derechos Humanos en el Hemisferio y la Región Andina a través de su participación a los períodos de sesiones de la Comisión de Estupefacientes de la ONU, en la organización y ejecución de diversos “Diálogos Informales” -reuniones cerradas con autoridades y académicos realizados en diversos países de Europa como de América Latina-, así como en diversas conferencias internacionales y procesos internacionales de análisis, seguimiento y evaluación de las Políticas de Control de Drogas.

En el año 2010, el CIDDH ha implementado una Clínica Legal buscando así poner en práctica diversos instrumentos jurídicos, como un Consultorio Jurídico y una línea de atención (Línea Verde) con el fin de racionalizar el uso excesivo de la detención preventiva, resguardar la vigencia del principio del debido proceso, buscar alternativas a las medidas cautelares, y velar por los derechos fundamentales de sectores vulnerables de la sociedad.

Este trabajo de investigación no hubiera sido posible sin el apoyo de las siguientes personas: Ricardo Soberón, Luis Naldos, Catalina Pérez, Rodrigo Uprimny, Diana Guzmán, Vanessa Seminario, Juan Manuel Torres, Zoila Ponce de León, así como las abogadas del Consultorio Jurídico del CIDDH.

ÍNDICE

1. Introducción	8
2. El principio de proporcionalidad de las penas	9
2.1 Circunstancias genéricas para la determinación judicial de la pena	10
2.2 Aspectos que comprende el Principio de Proporcionalidad de las Penas	13
3. Legislación penal en materia de Tráfico Ilícito de Drogas	14
3.1 Evolución de la legislación en materia de drogas	15
3.2 Proporcionalidad en sentido abstracto y criminalización primaria	20
3.3 Proporcionalidad en sentido estricto y criminalización secundaria	22
4. Aplicación del principio de proporcionalidad de las penas a los delitos previstos en el Artículo 297 inciso 6 del Código Penal	27
5. Aplicación del principio de proporcionalidad en los procesos por Tráfico Ilícito de Drogas: un caso ilustrativo	30
5.1 El Caso de Carmen Rosa Romero Carreño: la justicia en los procesos por tráfico ilícito de drogas	30
5.1.1 Hechos	31
5.1.2 Aspectos relevantes de la investigación policial	31
5.1.3 Proceso judicial	32
5.1.4 Fundamentos y razonamiento de la sentencia y la Ejecutoria Suprema	33
5.2 Aplicación de las reglas sobre el Principio de Proporcionalidad de las Penas para el caso de Carmen Rosa Romero Carreño	34
6. Costos de la criminalización de los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas	38
7. Impacto de las políticas de lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas a nivel penitenciario	44
7.1 El Instituto Nacional Penitenciario (INPE) en algunas cifras	44
7.2 2011: año de todos los records	45
8. Conclusiones y recomendaciones	49
Bibliografía	51

1. Introducción

Hoy en día en el contexto peruano de la lucha contra las drogas cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿A más penas, mayor seguridad? En el Perú, las políticas de mano dura aparecen como la panacea frente al delito, acompañadas muchas veces de una (re)tipificación y (re)definición de los delitos. Así, es pertinente hablar de un expansionismo del derecho penal peruano (en general y en materia de drogas) que surge de forma esporádica, errática y poco coordinada sin, por lo tanto, tomar en cuenta criterios de idoneidad, proporcionalidad y exclusividad.

A modo de ejemplo, la política criminal del Estado previó para el año 2011 la dación de 29 dispositivos que modifican 125 artículos del Código Penal, 13 en materia procesal, y 4 en materia de ejecución penal (Defensoría del Pueblo, 2011). Estos cambios legislativos tienen un impacto profundo en el incremento de las penas, la creación de nuevas figuras o agravantes, así como la limitación de beneficios penitenciarios (17 delitos tienen prohibidos beneficios penitenciarios, entre los cuales las figuras agravantes del tipo base del Tráfico Ilícito de Drogas) (Defensoría del Pueblo, 2011).

Pero, ¿es conveniente hablar de una sobre penalización del delito en nombre de la seguridad? Y, ¿cuál ha sido el impacto del expansionismo del derecho penal tanto a nivel prejudicial como judicial y penitenciario? Esta inflación responde generalmente a medidas excepcionales que se implementan después de un incidente o desastre³ y generan resultados diversos en los tres niveles de aplicación de la ley.

En vista de lo anterior, el presente trabajo de investigación pretende analizar los aspectos que comprende el principio de proporcionalidad desde diversos ángulos. La primera parte del presente trabajo analizará el principio de proporcionalidad de las penas tanto en sentido estricto como abstracto. Como lo veremos más en detalle, la determinación de la pena en abstracto está a cargo del legislador quien determina el mínimo y el máximo de la pena para un delito de acuerdo a la *dañosidad* de un hecho. La determinación de la pena en concreto, está a cargo del juzgador quien define el *quantum* de una pena para un caso particular.

En la segunda parte, se llevará a cabo un análisis de la legislación penal en materia de Tráfico Ilícito de Drogas a fin de identificar las incongruencias de ésta en términos de proporcionalidad en sentido abstracto y criminalización primaria así como de proporcionalidad en sentido estricto y criminalización secundaria. Este parte del estudio es importante para definir el impacto de la criminalización de los delitos de drogas en cada uno de los eslabones de la cadena del Tráfico Ilícito de Drogas respecto de su grado de participación en el delito. Esto nos permitirá, en la tercera parte, analizar en detalle los criterios para la aplicación del principio de proporcionalidad de las penas a los delitos previstos en el Artículo 297 inciso 6 del Código Penal peruano de 1991.

En la cuarta parte, se analizará, a partir de un caso concreto, el significado y alcance del principio de proporcionalidad en la aplicación de las leyes que regulan la penalidad de las formas agravadas de Tráfico Ilícito de Drogas (Artículo 297 del Código Penal), con la finalidad de determinar en qué medida la aplicación de la pena privativa de libertad por los jueces de un tribunal de Lima, corresponde efectivamente al grado de participación y las circunstancias personales del agente, para efectos de la graduación de la pena dentro del marco del respeto al principio de proporcionalidad consagrado en la Constitución y las leyes.

En cuanto a la base empírica del estudio del caso, éste se basa en la experiencia reciente del Consultorio Jurídico del Centro de Investigación Drogas y Derechos Humanos (CIDDH), la cual acredita que este tipo de casos representa el 13% del total de casos atendidos (31) en el

3.- Por ejemplo, tras lo ocurrido en el Establecimiento Penal de Challapalca en febrero del 2012 cuando fugaron 17 internos con la ayuda del personal penitenciario y la dación de un decreto de urgencia para mejorar el sistema penitenciario (El Peruano, Decreto de Urgencia N° 007-2012 "Declaran en Emergencia el Sistema Penitenciario y Dictan Medidas Excepcionales y Urgentes en Materia Económica y Financiera", 22 de febrero de 2012).

último año (2011-2012). El Consultorio Jurídico del CIDDH brinda apoyo legal a mujeres procesadas o sentenciadas por Tráfico Ilícito de Drogas en sus diversas modalidades en los Establecimientos Penitenciarios Mujeres De Chorrillos y Anexo De Mujeres Chorrillos – ambos ubicados en la capital. El caso seleccionado corresponde a una interna del E.P. Mujeres de Chorrillos condenada por sentencia firme por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas en una de las formas agravadas previstas en el Artículo 297 del Código Penal, con una pena privativa de libertad alta y un mínimo grado de participación.

La quinta parte pretende analizar la proporcionalidad desde un punto de vista utilitario, es decir en la relación costo-beneficio de las políticas de lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas que justificaría su implementación. Dicho análisis se enfocará en los costos económicos de la lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas en lo que a control de la oferta se refiere.

En la sexta parte, se analizará en base a datos estadísticos la realidad del sistema penitenciario peruano a fin de determinar el impacto de la aplicación de políticas de mano dura sobre la disuasión del delito y la reincidencia.

Finalmente, se brindará algunas conclusiones y recomendaciones a fin de reorientar mejor los recursos disponibles en un contexto de Seguridad Ciudadana, Derechos Humanos y respeto del Estado de Derecho.

2. El principio de proporcionalidad de las penas

La proporcionalidad, como un principio rector de la actuación del *ius puniendi* del Estado, limita la extensión de su potestad sancionadora en base al establecimiento de un equilibrio entre el Poder Estatal que pretende imponer sus sanciones frente a la comisión de delitos, la sociedad, como corresponsable y afectada por el delito; y, por último, el propio imputado, quien es objeto de la represión estatal en base a la asunción de las consecuencias por sus actos. Así lo establece el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal⁴ que consagra el *principio de proporcionalidad* de las penas, por el cual se prohíbe que la pena sobrepase la responsabilidad derivada del hecho cometido (Mir, 2004: 136)⁵. Ese equilibrio se sustenta en que el Estado está facultado a imponer sólo una sanción proporcionalmente equilibrada a la infracción de la norma penal, en relación directa con la afectación del bien jurídico protegido por el Derecho penal.

La proporcionalidad, como un principio rector de la actuación del *ius puniendi* del Estado, limita la extensión de su potestad sancionadora en base al establecimiento de un equilibrio entre el Poder Estatal que pretende imponer sus sanciones frente a la comisión de delitos, la sociedad, como corresponsable y afectada por el delito; y, por último, el propio imputado, quien es objeto de la represión estatal en base a la asunción de las consecuencias por sus actos. Así lo establece el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal que consagra el principio de proporcionalidad de las penas, por el cual se prohíbe que la pena sobrepase la responsabilidad derivada del hecho cometido (Mir, 2004: 136). Ese equilibrio se sustenta en que el Estado está facultado a imponer sólo una sanción proporcionalmente equilibrada a la infracción de la norma penal, en relación directa con la afectación del bien jurídico protegido por el Derecho penal.

El Derecho Penal tiene un ámbito delimitado de actuación por cuanto su aplicación tiene mayor incidencia o puede causar mayor aflicción en las personas y en la sociedad, en razón de la naturaleza de sus sanciones y el proceso que se desarrolla para hacer cumplir dicha sanción. Por ello, se delimita previamente cuáles son las conductas prohibidas –principio de

4.- "Artículo VIII.- Proporcionalidad de las sanciones.- La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes."

5.- El autor manifiesta que no sólo es preciso que pueda "culpase" al autor de aquello que motiva la pena, sino también que la gravedad de ésta resulte proporcionada a la del hecho cometido. Criterio que sirve de base a la graduación de las penalidades en nuestro derecho.

legalidad- y las sanciones aplicables a un caso concreto, con la finalidad de preservar este equilibrio y, además, brindar seguridad jurídica a quienes se encuentren sometidos a una persecución penal así como al conjunto de la sociedad. Precisamente, esa delimitación o determinación de las penas aplicables se orienta fundamentalmente por el principio de proporcionalidad que opera desde la determinación legal de la pena, pasando por la determinación judicial o individualización de la pena, hasta la determinación administrativa o penitenciaria de la pena⁶.

La determinación de la pena en abstracto está a cargo del legislador. Es éste quien fija el mínimo y el máximo de la pena para un delito determinado, con base en criterios de afectación social o dañosidad social del hecho que se traducen en criterios de proporcionalidad al momento de definir la conducta prohibida y la sanción aplicable. En ese sentido, la pena se basa en parámetros establecidos en las normas penales que imponen al juez un marco delimitado para trabajar el posible quantum a imponer cuando se determina una responsabilidad penal imputable a la conducta de un sujeto determinado.

Por otro lado, la determinación de la pena en concreto se construye sobre la base de la pena establecida por el legislador, pero teniendo en cuenta una serie de criterios normativos y valorativos que servirán de orientación en el establecimiento de la pena al caso concreto, labor que corresponde al juzgador. Esta fase es también denominada como de individualización de la pena, pues de lo que se trata es de delimitar el quantum de una pena a un caso particular. Por ello, es en esta etapa en la que se hace más notable la importancia de la aplicación del principio de proporcionalidad para delimitar la pena en concreto.

La proporcionalidad como eje rector de la determinación de la pena en abstracto y en concreto se evidencia como un criterio limitador de la pretensión punitiva del Estado frente a la concurrencia del delito. Entonces, en primer término, el legislador gradúa la proporcionalidad de la pena aplicable al hecho delictivo en base a una prognosis de merecimiento de pena teniendo en cuenta el daño causado al bien jurídico protegido por el derecho penal. En segundo término, la determinación judicial o individualización de la pena resulta ser la fase de mayor transcendencia, pues lo que se decide aquí es sobre la limitación de un bien tanpreciado como es la libertad – en los casos de pena privativa de libertad–. Por tanto, esta última fase queda encomendada al juzgador quien debe tomar en cuenta criterios normativos y valorativos que son concomitantes al hecho delictivo y que se encuentran debidamente regulados en las normas positivas, lo que implica un marco de discrecionalidad delimitado, no por consideraciones subjetivas del juzgador, sino por parámetros objetivos, que permitirán una idónea graduación de la pena a aplicar.

2.1 Circunstancias genéricas para la determinación judicial de la pena

Antes de entrar en un análisis exhaustivo de los aspectos y criterios que comprende el Principio de Proporcionalidad de las Penas, hemos considerado necesario hacer referencia a cada una de las circunstancias genéricas reguladas en el Artículo 46 del Código Penal⁷, ya que forman parte de los criterios que debe tener en cuenta el juzgador para delimitar una pena adecuada al grado de vulneración del bien jurídico y del impacto social que ocasiona el delito,

6.- STC 010-2002-AI/TC, Fundamento 196 y ss.

7.- Artículo 46o.- Individualización de la pena Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente:

- 1.- La naturaleza de la acción;
- 2.- Los medios empleados;
- 3.- La importancia de los deberes infringidos;
- 4.- La extensión del daño o peligro causados;
- 5.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión;
- 6.- Los móviles y fines;
- 7.- La unidad o pluralidad de los agentes;
- 8.- La edad, educación, situación económica y medio social;
- 9.- La reparación espontánea que hubiere hecho del daño;
- 10.- La confesión sincera antes de haber sido descubierto; y,
- 11.- Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.
- 12.- La habitualidad del agente al delito.
- 13.- la reincidencia.

El Juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima.

a partir de lo cual se sientan las bases para imponer una pena proporcional al hecho cometido. Sin embargo, observamos que para los delitos de drogas, la determinación de la pena por el juzgador dentro de las circunstancias fijadas por la ley resulta particularmente difícil.

La primera circunstancia está referida a la naturaleza de la acción entendida como la verificación del tipo de delito cometido en relación al bien jurídico lesionado y el impacto psíquico y social que produce el hecho. En este caso, la vulneración de una norma penal y, en consecuencia, la afectación de un bien jurídico, delimitarán la pena a aplicar, de manera que puede ser una agravante o atenuante según sea el caso. En los casos de Tráfico Ilícito de Drogas, tal como lo sentenció el Tribunal Constitucional, *“en los procesos penales por tráfico ilícito de drogas y lavado de activos el Estado es considerado como agraviado”*. De lo contrario, estos delitos quedarían impunes⁸.

Los medios empleados entendido como agravante, puede estar contenida en un tipo penal específico o en las circunstancias genéricas, que se manifiesta principalmente en la peligrosidad del agente en base a los mecanismos o formas usualmente empleadas para cometer el delito. Así, por ejemplo, la participación en el envío de grandes cantidades de droga, es mucho más relevante a nivel de involucramiento en la cadena del Tráfico Ilícito de Drogas que la participación en el cultivo de la materia prima.

La importancia de los deberes infringidos se basa en la verificación de la posición social del agente al momento de cometer el delito. Puede ser entendida como agravante genérica o específica. Se trata de la importancia de los deberes que tiene una persona frente a determinadas situaciones, lo que implica que su no observancia llevará a agravar la situación del sujeto frente a su responsabilidad por la lesión producida al bien jurídico. No obstante, también puede ser entendida como atenuante en caso no se verifique algún deber especial del agente delictivo en relación al bien jurídico vulnerado. Es el caso, por ejemplo, del maestro, del médico o del farmacéutico que interviene en alguna parte de la cadena ilícita.

La extensión del daño o peligro causado comprende tanto los daños causados al momento de cometer el hecho, el cual le será imputable al infractor, como también puede agravar de forma genérica los daños que se presentan posteriores al delito sin que fundamente su responsabilidad penal. En esa línea, el Tribunal Constitucional indicó en una sentencia del 2006, que *“el tráfico ilícito de drogas es un delito que atenta contra la salud pública, y el proceso de fabricación produce daño al medio ambiente. Asimismo, el dinero obtenido en esta actividad ilícita es introducido en el mercado a través del lavado de dinero, lo que genera graves distorsiones en la economía nacional”*⁹. En otras palabras, el Tribunal Constitucional considera que el delito de Tráfico Ilícito de Drogas es un delito pluriofensivo. Este punto debe ser seriamente cuestionado en la medida en que no sabemos si nos referimos a los impactos del Tráfico Ilícito de Drogas sobre la salud, el medio ambiente o la pobreza rural o los efectos de las prácticas antidrogas que priorizan la política criminal.

Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, estas, sin duda, son aquellas que definen el modo de preparación del delito y las circunstancias en que éste se ejecuta.

Los móviles y fines pueden ser comprendidos como atenuantes o agravantes, según el caso, pues de ello dependerá la formulación del reproche. En ese sentido, es importante diferenciar entre una mujer desempleada o un usuario que sufre de una adicción utilizado para el transporte internacional de droga respecto del administrador de una organización compleja. Estos móviles o fines tienen que tener una corroboración objetiva para que puedan ser criterios ponderables para la atenuación o agravación de la pena. Citando una Ejecutoria Suprema del 2003: *“Que el procesado fue intervenido en flagrante delito al haberse encontrado en posición directa del vehículo que transportaba drogas, sin que pueda justificar de modo razonable y coherente tal cargamento, resultando responsable del hecho que se le imputa; que la causa justificante que aduce en el sentido que lo contrataron para transportar*

8.- STC, 15-09-2010, EXP. N.º 03170-2010-PHC/TC, Fundamento 4.

9.- STC, 28-07-2006, EXP. N.º 7624-2005-PHC/TC, Fundamento 11.

contrabando al no tener trabajo y encontrarse en precaria situación económica, resulta irrelevante, si tenemos en consideración que... los Registros Públicos informaron que el citado procesado registra a su nombre una propiedad vehicular[...]¹⁰ (Castillo, 2006: 435).

La unidad y pluralidad de los agentes, esta agravante se tiene en cuenta en correlación a la posición que ocupa la víctima al momento de cometer el hecho. Mientras más sean los que se involucran en la lesión de un bien jurídico, más alta será la pena. El Tráfico Ilícito de Drogas en el Perú se caracteriza por una serie de organizaciones cuyas actividades se encuentran muy fragmentadas y en las que se especializan grupos llamados “firmas” encargados de proveer la droga para su exportación a mercados manejados por organizaciones transnacionales bastante más complejas.

La edad, educación, situación económica y medio social, está referida específicamente a la posibilidad del imputado para actuar de acuerdo a las normas o para interiorizar el mandato penal. Asimismo, se encuentra en paralelo con lo establecido en el Artículo 45 del Código Penal, el cual toma en cuenta para la determinación de la pena las carencias sociales, cultura y costumbre del autor de un delito. Constituye, por regla general, una atenuante, ya que no se tomará en cuenta como agravante de la pena en caso que el sujeto infractor se encuentre en una situación económica elevada o medio social por encima del estándar. No olvidemos que, en general, los últimos eslabones de la cadena de Tráfico Ilícito de Drogas se encuentran en situaciones de gran vulnerabilidad.

En lo que se refiere a la *reparación espontánea del daño*, ésta constituye siempre una atenuante, porque se entiende como un acto, previo a la sentencia, que lleva a la menor reprochabilidad por el delito, ya que el autor pretende resarcir el daño ocasionado, siempre que sea por obra propio del autor y de forma voluntaria. Esto tiene relación directa con los intereses de la víctima en todo conflicto social. Una vez más, resulta difícil el proceso de identificación de la víctima¹¹ en los procesos de Tráfico Ilícito de Drogas por las razones arriba mencionadas.

La confesión sincera antes de haber sido descubierto significa una atenuante, de manera que se manifiesta como un acto de arrepentimiento después de la comisión del delito. No obstante, que esta confesión debe ser dada de forma espontánea y libre sin que concurra ninguna presión estatal. Esta circunstancia tiene efectos tanto a nivel de la determinación judicial de la pena como a nivel procesal. Incluso se puede disminuir la pena por debajo del mínimo legal: *“procede a disminuir el monto de la pena por debajo del mínimo legal teniendo en cuenta la finalidad resocializadora de la pena, así como la confesión sincera de los inculcados [...]¹²”* (Academia de la Magistratura, 2000: 316).

Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente, puede ser entendida como atenuante o agravante, puesto que significa la averiguación de la personalidad del agente, pero al límite con el derecho penal de autor. En la misma línea, una sentencia establece que *“para los efectos de la graduación de la pena debe tomarse en consideración las condiciones personales del agente, quien evidencia notorias carencias sociales lo cual relativiza sus posibilidades reales de internalizar los valores y mandatos normativos con igual aptitud que una persona que haya podido acceder a patrones básicos de cultura, de lo que resulta procedente, rebajar la pena por debajo del mínimo legal [...]¹³”* (Rojas, 2000: 276).

La reincidencia y habitualidad son circunstancias que agravan la punición del delito. El agente reincide en un hecho cuando después de haber cumplido en todo o en parte una condena

10.- Ejecutoria Suprema, EXP, N° 2438-2003-Piura.

11.- El Estado, el conjunto de la sociedad, el usuario, la comunidad internacional, etc.

12.- Cita contenida en la Sentencia de la Segunda Sala Especializada en lo Penal de la Corte Suprema de Justicia del Cono Norte de Lima de 10-08-1999, EXP. N° 250-99.

13.- Cita contenida en la Sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Callao de 10-12-1999, EXP. N° 422-99,.

privativa de libertad incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede los cinco años. Cuando ello concurre, el juzgador puede extender la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito. Siguiendo al Tribunal Constitucional: *“La reincidencia consiste en una circunstancia en la cual se constata la existencia de antecedentes delictivos en la persona que está siendo juzgada, para efectos de agravar la pena que se le pretende imponer como consecuencia de haber cometido un delito. Se trata, pues, de la comprobación desde la criminología de la forma de vida delictiva del procesado, que posibilita la imposición de una mayor punición a una persona [...]”*¹⁴. La habitualidad, como figura normativa, se manifiesta cuando el agente comete por los menos tres hechos punibles, de forma dolosa, que se hayan perpetrados en un lapso que no excede los cinco años; en cuyo caso, el juzgador podrá extender la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal establecido en el tipo penal específico. Por tanto, estas circunstancias pueden agravar la pena incluso por encima del máximo legal establecido para el delito en cuestión.

Cada uno de estos criterios establecidos en el Código Penal sirve de marco para determinar la penal en concreto. Empero, su aplicación no se efectiviza de manera mecánica, porque al ser la determinación de la pena un proceso valorativo, posterior a la atribución de responsabilidad penal, tiene necesariamente que extender cada uno de los criterios a un nivel interpretativo adecuado, según concurren en el caso y sustentado en una debida motivación sobre la graduación de la pena.

En síntesis, la determinación de la pena, tomando en cuenta la extensión de cada uno de los criterios previstos en el Código Penal, significa un proceso en el que deben ser calificados y ponderados distintos tipos de información acerca del hecho y del autor, a fin de lograr la respuesta más equilibrada posible frente al hecho del autor – proporcionalidad – y acorde con sistemas jurídicos que no admiten el castigo retributivo como respuesta adecuada al delito (Ziffer, 1996: 23-24).

2.2 Aspectos que comprende el Principio de Proporcionalidad de las Penas

Cuando el Estado reprime una conducta usando como mecanismo al derecho penal, lo que hace es ponderar intereses y bienes jurídicos mediante la afectación o restricción de los derechos del imputado. Por tanto, el respeto por la proporcionalidad de la pena se relaciona directamente con el respeto por los derechos fundamentales de las personas. En última instancia, al imponer una sanción penal se están afectando derechos fundamentales del infractor (por ejemplo, la libertad). En tal sentido, una eventual desproporción de la sanción penal constituiría un sacrificio innecesario de los derechos fundamentales del infractor, lo cual exige entonces que la determinación de la pena dentro del marco del principio de proporcionalidad abarque distintos aspectos que deben ser compulsados al momento de imponer una sanción¹⁵. Sin embargo, de acuerdo a la experiencia de litigio del Consultorio Jurídico del CIDDH, este procedimiento se encuentra muy descuidado cuando no ausente.

La determinación de los límites del poder del Estado para restringir derechos fundamentales ha sido desarrollada en el ámbito del derecho constitucional a través del denominado *test de proporcionalidad*. Bajo este concepto se analizan los presupuestos que permiten la restricción de los derechos fundamentales en un caso concreto, de acuerdo a tres criterios que permitirán tomar la medida más adecuada para resolver un conflicto en el cual esta restricción resulta necesaria. En ese sentido, no cabe duda que la imposición de una pena como consecuencia de un delito tiene una muy importante incidencia sobre los derechos fundamentales de las personas. De ahí que el *test de proporcionalidad* resulte perfectamente aplicable al momento

14.- STC 09-08-2006, EXP. N° 003-2005-PI-TC, Fundamentos 44 y 45.

15.- “Para determinar la pena conforme al artículo cuarenta y seis del Código penal se tiene presente la naturaleza dolosa y consumada, la pluriofensividad de bienes jurídicos por el delito, condiciones personales del agente, circunstancias en que ocurrió el hecho punible, ya que todos estos indicadores constituyen los presupuestos del injusto y la culpabilidad para establecer la pena dentro del principio de proporcionalidad...”, Sala Penal R.N.N° 648-2000-Amazonas.

de determinar el quantum la pena en concreto sin perjuicio de lo establecido en las leyes penales.

Este denominado *test de proporcionalidad* abarca tres principios: necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

- 1) En cuanto al principio de idoneidad hay que constatar qué pena será la adecuada para la consecución de un objetivo constitucionalmente legítimo (Aguado, 2010: 272); de manera que, sólo será idónea una pena graduada en base a la lesión causada al bien jurídico protegido y con base en los fines preventivos que se pretenda alcanzar con su imposición.
- 2) El *principio de necesidad* se sustenta en que al imponer una pena esta sea la última alternativa a la solución del conflicto; esto es, de existir otros medios que en igual forma alcanzan el fin buscado por el establecimiento de una pena (Aguado, 2010: 275), ésta debe quedar relegada. En otros términos, la pena es necesaria allí donde los otros medios han fracasado. Se pretende con ello establecer en la graduación de la pena un *quantum* que no sea excesivamente gravoso para el infractor, pero que sea eficaz para los fines planteados con su imposición, ya que de existir otra alternativa que lleve al mismo objetivo incluso la imposición de la pena sería inútil. A modo de ejemplo, podríamos identificar los casos de personas que sufren de adicciones a sustancias ilícitas y se dedican a la microcomercialización de drogas. En ese sentido, la pena privativa de libertad no cumple con el objetivo de resocialización del penado en la sociedad por la disponibilidad de drogas y la falta de programas de rehabilitación de personas con adicciones en los penales (DEVIDA, 2011a).
- 3) Por último, por *proporcionalidad en sentido estricto* se entiende a nivel constitucional como la exigencia, tanto en abstracto como en concreto, de delimitar la imposición de la pena; teniendo en cuenta la gravedad del injusto graduándolo con la gravedad de la pena que se va a imponer (Aguado, 2010: 277). La aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto tiene un papel fundamental a partir del margen de libertad que el legislador brinda al juzgador para definir la cantidad de pena a aplicar, pero que le exige tener en cuenta criterios objetivos, reglas, circunstancias personales o aquellas circunstancias que rodearon la comisión del hecho y, aunado a ello, las necesidades preventivas generales o especiales.
Finalmente, y a modo de primera observación, la experiencia del Consultorio Jurídico del CIDDH en la defensa de aproximadamente 31 casos parece indicar que en la mayoría de los procesos penales por Tráfico Ilícito de Drogas no se cumple con varios de los criterios anteriormente expuestos, dejándonos con vulneraciones del debido proceso y, por consiguiente, una situación carcelaria absolutamente distorsionada como lo veremos en capítulos posteriores.

3. Legislación penal en materia de Tráfico Ilícito de Drogas

La problemática del tráfico de drogas en el Perú es sumamente compleja. La respuesta a esta problemática no puede hallarse tomando acciones de mano dura ni siguiendo el paradigma actual. En ese sentido, los gobiernos de los últimos 30 años han elaborado e implementado políticas de reducción de la oferta y demanda de drogas basadas en una fiscalización cada vez más severa del fenómeno de las drogas en el Perú. Dicha fiscalización se ha enfocado en gran medida en herramientas como la interdicción¹⁶ y la erradicación para solucionar el problema del Tráfico Ilícito de Drogas. Sin embargo, no se ha logrado contener el tráfico de drogas en el país. Es más, éste sigue evolucionando a través de nuevas dinámicas y manifestaciones en el campo de la producción, transformación y transporte a pesar de medidas drásticas como la sobrepenalización de los delitos de drogas.

16.- Las estrategias de interdicción apuntan hacia acciones de bajo impacto como la detención de los eslabones más débiles de la cadena del Tráfico Ilícito de Drogas, es decir los microcomercializadores, burriers, etc.

A continuación pasaremos a analizar la evolución de la legislación penal en materia de drogas, la cual ha sido objeto de numerosos cambios a lo largo de los años. Dichos cambios han sido vistos por los legisladores como la respuesta idónea para contener el fenómeno del Tráfico Ilícito de Drogas en el Perú y se caracterizan sobre todo por la tipificación de ciertas conductas: la promoción o el favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, la comercialización y el cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva, el tráfico ilícito de insumos químicos o la micro comercialización o la micro producción de drogas ilegales. Las consecuencias que trae consigo la administración de la justicia son múltiples y resultan en distintas incongruencias en términos de criminalización primaria y secundaria como, por ejemplo, la negación de beneficios penitenciarios en el caso de la figura agravante, la aplicación de la detención preventiva de hasta quince días para los delitos relacionados con drogas, así como el excesivo número de detenciones policiales arbitrarias de potenciales consumidores¹⁷

3.1 Evolución de la legislación en materia de drogas

La primera ley orgánica y estructurada en materia de drogas, conocida como “Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas” (Decreto ley N° 22095), se promulgó en el año 1978 durante el gobierno de Morales Bermúdez a fin de contener el fenómeno creciente del Tráfico Ilícito de Drogas. En efecto, se considera que la producción, el consumo y la comercialización ilícita de drogas se sancionarán con penas de privación de libertad no menores de 2 años ni mayores de 15 años.

En 1981, durante el gobierno de Fernando Belaúnde, se promulgó el Decreto legislativo N° 122, el cual otorga facultades legislativas al Poder Ejecutivo y refleja el inicio de una mala costumbre en la que el Congreso no legisla. Decreto legislativo N° 122 modifica el Decreto ley de 1978 a fin de mejorarlo en términos de derecho penal y procesal penal. Cabe resaltar que dicho Decreto legislativo previó en su Artículo 56 una disposición referente a la posesión no punible de drogas, estipulando que “no es reprimible el que, sin contar con autorización médica, posea droga en dosis personal para su propio e inmediato consumo”.

Durante el gobierno de Alberto Fijimori, se promulgaron varios Decretos Leyes. En 1991, se promulgó el Nuevo Código Penal a través del Decreto Legislativo N° 635, el cual introdujo algunas modificaciones a los artículos 296 a 303 (Delitos contra la Salud Pública. En ese sentido, se tipificaron ciertas conductas como, por ejemplo, la promoción o el favorecimiento del Tráfico Ilícito de Drogas, sancionados con penas privativas de libertad no menores de ocho años ni mayores de quince años, o la comercialización de materias primas o insumos destinados a la elaboración ilegal de drogas, sancionada con penas privativas de libertad no menores de cinco años ni mayor de diez años. Asimismo se incluyó la figura de la cadena perpetua como pena máxima cuando “el agente actúa como cabecilla o dirigente de una organización destinada al tráfico ilícito de drogas de nivel nacional o internacional”, “el agente se vale del narcotráfico para financiar actividades de grupos terroristas” o “el que mediante amenaza o violencia y con fines ilícitos obligue a otro a la siembra de coca o amapola o a su procesamiento”.

En 1994, se promulgó la Ley N° 26320 a fin de definir las cantidades en la figura de microcomercialización, considerándose pequeña cantidad de droga hasta cien gramos de pasta básica de cocaína y derivados ilícitos, veinticinco gramos de clorhidrato de cocaína, doscientos gramos de marihuana y veinte gramos de derivados de marihuana. Asimismo, dicha ley estipula que, tratándose de la primera condena a pena privativa de libertad, “los sentenciados por delito de tráfico ilícito de drogas previsto en los artículos 296, 298, 300, 301 y 302 del Código Penal podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional”. Sin embargo, dicha

17.- De agosto de 2011 a mayo de 2012, el CIDDH, a través de su línea de atención (Línea Verde) ha atendido 29 casos de detenciones arbitrarias e ilegales de usuarios de marihuana en Lima, logrando así sacar a 47 personas de la detención preventiva.

cláusula no se aplica para los delitos contemplados en los artículos 296-A, 296-B, 296-C y 297 del Código Penal.

Ese mismo año, se promulgó la Ley N° 26332 que incorpora en el Código Penal la penalización de la comercialización y cultivo de plantaciones de adormidera cuyo cultivo es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años. En esa misma línea, se promulgó dos años después la Ley N° 27024¹⁸ que excluye a los agentes que hayan incurrido en delitos de tráfico ilícito de drogas no podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena.

En el año 2002, durante el gobierno de Alejandro Toledo, se promulgó la Ley N° 27817 que regula la penalidad de las formas agravadas de la microcomercialización de drogas con penas privativas de libertad no menores de seis años y no mayores de doce años. Asimismo, se revisó la definición de pequeña cantidad de droga: hasta cincuenta gramos de pasta básica de cocaína y derivados ilícitos, veinticinco gramos de clorhidrato de cocaína, cinco gramos de opio o un gramo de sus derivados; ochenta gramos de marihuana o diez gramos de sus derivados.

En junio del 2003, se promulgó la Ley N° 28002 que modifica el Código Penal en sus artículos 296 (promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas - pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años), 297 (formas agravadas - pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años), 298 (microcomercialización o microproducción – pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de siete años) y 299 (posesión no punible de droga para el propio e inmediato consumo) estableciendo penas mínimas y máximas y eliminando la cadena perpetua para la siembra compulsiva o cuando el agente actúa como cabecilla de una organización dedicada al Tráfico Ilícito de Drogas o para financiar actividades terroristas.

En el 2007, durante el segundo mandato de Alan García, se promulgó la Ley N° 29037 que incorpora el artículo 296-B al Código Penal relativo al tráfico ilícito de insumos químicos y productos reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. Además se le encarga al Ministerio del Interior, a través de las Unidades Antidrogas Especializadas de la Policía Nacional del Perú, la fiscalización de un total de 27 insumos químicos y productos. Ese mismo año, se promulgó el Decreto Legislativo N° 982 que modifica los artículos 296 a 299 del Código Penal fijando penas más altas, sobre todo en el caso del favorecimiento del delito. Y, en un intento de hacer frente a la demanda creciente de drogas sintéticas, se incluyó el éxtasis en el Código Penal – tanto en la figura de tráfico ilícito de drogas como en microcomercialización o microproducción (dos gramos), e incluso en posesión no punible (hasta doscientos cincuenta miligramos).

Por último, cabe mencionar que en cuanto a sustancias fiscalizadas se refiere, éstas se han definido bajo criterios poco homogéneos sin base empírica o científica (en el caso de la marihuana y la amapola, por ejemplo).

18.- Ley que modifica el artículo 22 del Código Penal.

Cuadro 1: Evolución de la legislación en materia de drogas (1978-2007)

AUMENTO/DISMINUCIÓN DE PENAS TID										
LEGISLACION	Decreto Ley N° 22095 21/02/78	Decreto Legislativo N°122 12/06/81	Decreto Legislativo N° 635 03/04/91	Ley N° 26332 23/06/94	Ley N° 27817 18/07/02 ¹⁹	Ley N° 28002 17/06/03 ²⁰	Ley N° 29037 01/06/07	Decreto Legislativo N° 982 22/07/07 ²¹	Sistematización y corte actualizado de la vigencia de Leyes sobre TID en el Perú.	VARIACION (entre primera y última columna)
Micro Comercialización										
PENA MINIMA	2 años/ penitenciaria no menor de 10 años (en colegios)	2 años	1 año / 2 años (Agv.)		1 año / 2 años (posesión y/o fabricación para tráfico) / 6 (Agv.)	3 años/ 6 años (Agv.)		3 años/ 6 años (Agv.)	3 años/ 6 años (Agv.)	Aumenta en 1 el mínimo/ Agv. aumenta en 4
PENA MAXIMA	15 años/ penitenciaria no menor de 10 años (en colegios)	10 años	4 años/ 8 años (Agv.)		4 años /8 años (posesión y/o fabricación para tráfico) /12 años (Agv.)	7 años/ 10 años (Agv.)		7 años/ 10 años (Agv.)	7 años/ 10 años (Agv.)	Disminuye en 3 el máximo/ Agv. permanece en 10
Tipo básico										
PENA MINIMA	Internamiento/ penitenciaria no menor de 15 años (organizaciones locales, funcionario público que apoya en fuga, financista)	10 años	8 años/ 6 años (posesión para tráfico) /8 años (provisión m. primas e insumos) /5 años conspiración TID			8 años/ 6 años (posesión para tráfico) / 5 años (comercio materias primas)	5 años (materias primas)	8 años	8 años	Hay una adecuada reducción del mínimo en 2
PENA MAXIMA	Internamiento/ penitenciaria no menor de 15 años (organizaciones locales, funcionario público que apoya en fuga, financista)	15 años	15 años /12 años (posesión para tráfico) /15 años (provisión m. primas e insumos) /10 años conspiración TID			15 años /12 años (posesión para tráfico) / 10 años (comercio materias primas)	10 años (materias primas)	15 años	15 años	Sin embargo, permanece un tope muy alto usualmente utilizado por jueces
AGRAVANTES (función, profesión, lugar) y Circunstancias específicas										
PENA MINIMA	Penitenciaria no menor de 10 años /4 años de prisión para profesionales de salud que suministran indebidamente	Penitenciaria no menor de 15 años	Pena Privativa no menor de 25 años			15 años	8 años (asociación para tráfico insumos)	15 años	15 años	Permanece igual y es usualmente usado por jueces con criterios muy subjetivos
PENA MAXIMA	Penitenciaria no menor de 10 años /15 años de prisión, para profesionales de salud que suministran indebidamente	Internamiento	No menor de 25 años /35 años (jefe o financiamiento terrorismo)			25 años	15 años (asociación para tráfico insumos)	25 años	25 años	Se redujo el internamiento a 25 años

19.- Establece cantidades para micro comercialización: 50 gr de PBC, 25 gr de clorhidrato de cocaína, 5 gr de opio o derivados, 80 gr de marihuana.

20.- Establece 25 gr de clorhidrato de cocaína, 5 gr de opio, 100 gr de marihuana.

21.- Establece cantidades mayores a 20 gr de PBC, 10 gr de clorhidrato de cocaína, 5 gr de opio, 100 gr de marihuana y 15 gr de éxtasis (p a r a diferenciar micro comercialización de tráfico agravado)

Organización, banda, colaborador - Cabecilla - Financiamiento de Terrorismo										
PENA MINIMA	Pena no menor de 15 años penitenciaria	Internamiento no menor de 15 años (Agv.) / figura base: 10 años de penitenciaria	Cadena ²² perpetua			25 años		25 años	25 años	Por la gravedad, altísimo mínimo, se mantiene igual
PENA MAXIMA	Pena no menor de 15 años penitenciaria	Internamiento no menor de 15 años (Agv.) / figura base: 15 años de penitenciaria	Cadena perpetua			35 años		35 años	35 años	Se eliminó la cadena perpetua
Insumos Químicos Fiscalizados										
PENA MINIMA			5 años			5 años	5 años		5 años	Aunque debiera ser el eje de la interdicción permanece igual
PENA MAXIMA			10 años			10 años	10 años		10 años	Aunque debiera ser el eje de la interdicción permanece igual
Siembra										
PENA MINIMA	2 años (coccaleros no registrados)	5 años (pequeña cantidad) / 10 años (mayor cantidad)	2 años (pequeña cantidad) / 8 años (agravado por cantidad o por ser adormidera)	2 años pequeña cantidad / 8 años mayor cantidad		2 años pequeña cantidad / 8 años mayor cantidad		2 pequeña cantidad / 8 años mayor cantidad / 6 (impedir erradicación)	2 pequeña cantidad / 8 años mayor cantidad	Permanece igual para pequeña cantidad / Disminuye en 2 años para mayor cantidad
PENA MAXIMA	5 años (coccaleros no registrados)	10 años (pequeña cantidad) / 15 años (mayor cantidad)	6 años (pequeña cantidad) / 15 años (agravado por cantidad o por ser adormidera)	8 años pequeña cantidad / 15 años (mayor cantidad)		6 años (pequeña cantidad) / 15 años (mayor cantidad)		6 años pequeña cantidad/ 15 años (mayor cantidad) (12, impedir erradicación)	6 años pequeña cantidad/ 15 años (mayor cantidad)	Menos 4 años por pequeña cantidad/ Aumenta el máximo por mayor cantidad hasta 5 años
Siembra Compulsiva										
PENA MINIMA			No menor de 25 años/ (se repite como Agv.) entre 1991 y 2003 cadena perpetua			25 años		25 años	25 años	Permanece igual
PENA MAXIMA			No mayor de 35 años/ (se repite como Agv.) entre 1991 y 2003, cadena perpetua			35 años		35 años	30 años	Se redujo de cadena perpetua a 30 años, pero permanece topes muy altos
Transferencia de Semillas										
PENA MINIMA			8 años			5 años		5 años	5 años	Menos 3 años
PENA MAXIMA			10 años			10 años		10 años	10 años	Menos 5 años

22.- Ley 26223 de 1993 (financiamiento de terrorismo) y Ley 26619 de 1996 (3 o más personas, organización dedicada a TID)

Coacción/Instigación al Consumo										
PENA MINIMA	2 años/ Penitenciaria no menor de 10 años (a menores)		5 años (coacción) / 2 años (instigación)							
PENA MAXIMA	15 años/ Penitenciaria no menor de 10 años (a menores)		8 años (coacción) / 5 años (instigación)							
Apología del Delito de TID										
PENA MINIMA								1 año		Se mantiene y puede ser una figura peligrosa para los objetores de las políticas de drogas
PENA MAXIMA								4 años		Se mantiene y puede ser una figura peligrosa para los objetores de las políticas de drogas
Receptación ²³ /Lavado de Activos ²⁴										
PENA MINIMA			8 años pena privativa de libertad					Cadena perpetua	8 años / 10 años (por decreto legislativo 986). Cuando es TID no menor de 25 años	No guarda correspondencia con la gravedad de la actividad en el ciclo del narcotráfico
PENA MINIMA			8 años pena privativa de libertad					Cadena perpetua	8 años / 10 años (por decreto legislativo 986). Cuando es TID no menor de 25 años	No guarda correspondencia con la gravedad de la actividad en el ciclo del narcotráfico
Encubrimiento Personal/Real (para TID)										
PENA MINIMA								7 años		Se mantiene
PENA MAXIMA								10 años		Se mantiene

Como podemos observar en el cuadro anterior, el sistema de penas en el Perú ha ido evolucionando desde el Código Penal de 1924 estableciendo penas como la prisión, la penitenciaría y el internamiento. Con posterioridad a éste, encontramos el Código Penal de 1991 estableciendo penas privativas de libertad con límites específicos. En él se establecen rangos mínimos y máximos que orientan la determinación de la pena por el juzgador. Sin embargo, esta evolución derivó rápidamente en un desorden jurisdiccional, por lo menos en lo que a casos de Tráfico Ilícito de Drogas se refiere donde es difícil identificar precedentes²⁵. Este problema se acentúa aún más si consideramos aquellos casos donde se diferencia una u otra figura de Tráfico Ilícito de Drogas por el tipo y/o la cantidad de droga incautada, la extensión de materia prima cultivada, etc.

23.- Decreto Legislativo 736 de 1991, Ley 25399 de 1992, Decreto Ley 25428 de 1992 y Ley 27765 del 2002

24.- Ley 27765 del 2002 establece penas de 8 a 15 años en cualquiera de las modalidades de lavado y en su forma agravada 10 a 20 años de pena privativa.

25.- En el año 2003, se reintroduce el internamiento bajo el nombre de cadena perpetua (para casos de lavado de activos) y, en el 2007, para otras figuras.

Asimismo, en el caso de Tráfico Ilícito de Drogas hemos podido observar un desorden jurisdiccional que obedece a los avatares del Congreso así como a la dación de decretos de emergencia otorgando facultades legislativas al Ejecutivo. La falta de precisión y proporcionalidad en la definición de los tipos penales, así como en la repetición de figuras se refleja en el sistema de penas que se agrava con la convergencia, por ejemplo, de delitos como el Tráfico Ilícito de Drogas y el terrorismo²⁶

En resumen, podemos afirmar que las penas en lo que a Tráfico Ilícito de Drogas se refiere han ido evolucionando de forma errática a lo largo de los años respondiendo a medidas de emergencia orientadas a luchar contra el Tráfico Ilícito de Drogas. Si bien podemos observar una disminución en el *quantum* de las penas. Lo anterior tiene una implicancia directa en dos niveles que nos permitirán analizar el principio de proporcionalidad tanto en sentido abstracto como estricto: la criminalización primaria y la criminalización secundaria. En efecto, en la práctica hemos podido observar varias incongruencias a nivel legislativo así como en la aplicación de las penas por los juzgadores. De la misma manera, hemos podido observar incongruencias en la aplicación de la ley a nivel judicial y prejudicial.

A continuación, hemos considerado conveniente llevar a cabo un ejercicio que ilustre de forma concreta la evolución errática de legislación en materia de drogas, la cual se constituye en modelo de emergencia de carácter expansivo y prevé penas severas y, en algunos casos, sin acceso a beneficios penitenciarios.

3.2 Proporcionalidad en sentido abstracto y criminalización primaria

En términos de criminalización primaria por delitos de drogas en el Perú, los cambios poco armoniosos en la legislación durante el periodo 1978-2007, han dado lugar a numerosos desajustes que se tradujeron en casos de abusos, detenciones arbitrarias y vulneraciones de derechos a nivel prejudicial y judicial. Hemos identificado incongruencias tanto a nivel constitucional como penal. Éstas son: 1) el uso excesivo de la detención policial y la detención preventiva; 2) incongruencias en la interpretación y aplicación de los artículos 296 a 298 del Código Penal que definen el tipo base de Tráfico Ilícito de Drogas, los agravantes y la microcomercialización y microproducción respectivamente; y 3) la negación de beneficios penitenciarios en el caso de la figura agravante (Artículo 297 del Código Penal).

En lo referente al excesivo número de detenciones policiales de potenciales consumidores, si bien en teoría el Artículo 299 del Código Penal estipula que no es punible la posesión de droga para el propio e inmediato consumo en cantidades establecidas en la misma ley, en la práctica, se sigue interviniendo y deteniendo a consumidores alegando la detención preventiva de hasta quince días prevista en el artículo 2.24.f de la Constitución Política del Perú para casos de Tráfico Ilícito de Drogas – el plazo para otros delitos es de 24 horas.

El uso excesivo de la detención preventiva es consecuencia de un uso indebido de criterios discrecionales en su aplicación. Hoy en día, alrededor del 60% de la población penitenciaria sigue en espera de juicio (INPE, Diciembre 2011). Si bien son varios los criterios que se usan para justificar la detención preventiva, la experiencia del Consultorio Jurídico del CIDDH indica que el dictado de mandatos de detención se basa en gran medida en el arraigo domiciliario y laboral. Sin embargo, en el caso del arraigo domiciliario, muchos internos procesados no actualizaron su documento nacional de identidad y, por ende, no cuentan con una dirección que acredite el arraigo por lo que se supone que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga). En el caso del arraigo laboral, cabe señalar que muchos viven de la economía informal²⁷ y, por tanto, carecen de un contrato de trabajo. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta los siguientes criterios que justifiquen la motivación de la

26.- El llamado "narco terrorismo"

27.- Según el Marco macroeconómico multianual 2012/2014 (25 de Mayo del 2011), elaborado por el Ministerio de Economía y Finanzas, "los niveles de informalidad laboral se encuentran entre el 40% y 60%. Estos niveles se agudizan para las mujeres, los jóvenes, las zonas rurales, menores niveles de educación y pequeñas firmas."

detención judicial preventiva como medida excepcional, subsidiaria y proporcional: tiene que ser *suficiente y razonada*²⁸ y debe ser motivada respecto a cada uno de los requisitos concurrentes, como son el de prueba suficiente, pena probable y peligro procesal²⁹

Por otro lado, existe incongruencia en el Artículo 297 que establece las agravantes para el artículo 296. A modo de ejemplo, el Artículo 296-A³⁰ establece en su cuarto párrafo una pena privativa de libertad no menor de 25 ni mayor de 35. Mientras que la agravante establece una pena: no menor de 15 ni mayor de 25. Es decir, la agravante establece una pena menor a la del tipo base de Tráfico Ilícito de Drogas. En otras palabras, aquel que obliga a otro a la siembra de coca mediante amenaza o violencia será reprimido con una pena mayor que la del traficante de drogas más importante del país. Finalmente, el Artículo 298 del Código Penal (microcomercialización y microproducción) prevé penas específicas no menores de seis años ni mayores de diez años para las circunstancias previstas en los incisos 2 a 6 del Artículo 297 del Código Penal (Agravantes). Sin embargo, en la práctica, observamos que los juzgadores aplican las penas previstas en el Artículo 297 – no menores de quince ni mayores de veinticinco años –, por más que se trate de casos de casos de microcomercialización o microproducción.

Por último, numerosos son los casos de personas detenidas de conformidad con la figura agravante del delito de Tráfico Ilícito de Drogas (Artículo 297); esta falta de distinción entre las modalidades resulta más sencilla tanto para la autoridad policial que levanta el acta de los hechos, así como para el fiscal que conduce la investigación y realiza la acusación. Además de cumplir penas privativas de libertad altas – de 15 a 25 años –, estas personas no pueden acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional como es el caso de las personas sentenciadas de conformidad a los artículos 296 y 298 del Código Penal³¹. O sea que estas personas no tienen acceso real a las medidas de resocialización previstas por el Artículo 139 de la Constitución Política del Perú, el cual estipula que “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad” (inciso 22).

Estas incongruencias son una muestra de la falta de coordinación institucional para la persecución de los delitos contra la salud pública en sus diferentes modalidades de tráfico de sustancias estupefacientes. Asimismo, identificamos una pobre definición y sistematización de la legislación peruana en materia de drogas, la cual ha desembocado en severas incongruencias que tienen un alto costo a nivel económico y social.

En nuestro análisis de la proporcionalidad abstracta y de la criminalización primaria en las prácticas antidrogas en el Perú, hemos considerado conveniente llevar a cabo un análisis comparativo de las penas privativas de libertad para los delitos con mayor ocurrencia a nivel nacional en función del daño causado y de la trascendencia del bien jurídico lesionado.

Cuadro 2: Análisis comparativo entre penas privativas de libertad para los delitos de mayor ocurrencia³²

Delito	Penas mínimas/Penas máximas	Número de internos
Robo Agravado	12	15,411
	20	
Tráfico Ilícito de Drogas	8/Agv.15	13,058
	15/Agv.25	

28.- STC EXP. N.º 1084-2005-PHC, Fundamento 17.

29.- Resolución Administrativa 111-20023- CE-PJ del 25 de septiembre de 2003.

30.- Comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva.

31.- Tal como lo estipula el artículo 4 de la Ley N° 26320 publicada el 2 de junio de 1994 en el Diario Oficial El Peruano.

32.- Pérez (2012) - Elaboración propia.

Violación Sexual	6	5.249
	8	
Homicidio Simple	6	1,399
	20	
Tenencia Ilegal de Armas	6	1,259
	15	
Microcomercialización o Microproducción	3/Agv.6	1,146
	7/Agv.10	
Secuestro	20/Agv.30	753
	30/Agv.35	
Terrorismo	30	618
	35	
Extorsión	10/Agv.30	468
	15/Agv.35	

En el cuadro arriba detallado, si bien no nos ha sido posible determinar el promedio en años de las penas aplicadas por cada delito, observamos un desbalance claro entre el delito de Tráfico Ilícito de Drogas y robo agravado respecto de otros delitos como la violación sexual, el homicidio simple, el secuestro y la extorsión. Sin embargo, como ya lo mencionamos anteriormente, la determinación del *quantum* de la pena en concreto se lleva a cabo mediante el denominado *test de proporcionalidad*. En esa línea, hemos podido observar que, para numerosos casos de Tráfico Ilícito de Drogas, el Juez no gradúa la pena con base en principios jurídicamente vinculantes: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto – lo cual explica, en parte, el número más alto de internos por Tráfico Ilícito de Drogas en los penales peruanos.

Sin embargo, la graduación de la pena no abarca sólo las bases normativas, técnicas y valorativas, sino también aquellos principios que se derivan de la necesidad de razonabilidad al momento de la graduación y que tiene como principal ordenador al *principio de proporcionalidad* (Jescheck, 1981: 1191-1192) que pasaremos a detallar en la siguiente parte. Aunque es imposible descartar absolutamente los prejuicios o aspectos subjetivos del juzgador, éstos no deben prevalecer, antes bien de lo que se trata es de fijar algunos elementos objetivos que permitan verificar la motivación llevada a cabo para graduar la pena concreta.

En ese orden de ideas, el juez al administrar justicia debe emitir una sentencia que se oriente bajo el *principio de proporcionalidad* basado en la prohibición de exceso; esto es, que sólo una pena es proporcional allí donde su adopción es ponderable en igual grado al daño causado y a la trascendencia del bien jurídico lesionado – lo cual no es moneda corriente en los casos de Tráfico Ilícito de Drogas.

3.3 Proporcionalidad en sentido estricto y criminalización secundaria

Esta parte pretende llevar a cabo un análisis del impacto de los aparatos de control y la aplicación de la ley en el proceso de criminalización del Tráfico Ilícito de Drogas en las etapas prejudicial y judicial.

Para este fin, el siguiente ejercicio analiza la criminalización secundaria, es decir la respuesta punitiva en concreto ejercida por las agencias penales peruanas sobre una persona desde su detención. Este ejercicio ilustra mejor el carácter desproporcional de las prácticas antidrogas

en el Perú y su impacto sobre cada uno de los eslabones de la cadena del Tráfico Ilícito de Drogas. Para efectos del siguiente ejercicio, se ordenaron las distintas figuras que caracterizan el Tráfico Ilícito de Drogas según el papel que desempeñan en la cadena, desde el cultivo de hoja de coca pasando por la producción de pasta base y clorhidrato de cocaína hasta su comercialización. Asimismo, hemos considerado adecuado incluir el quantum de las penas a fin de medir el endurecimiento del control antidrogas a lo largo del proceso de criminalización secundaria.

Cuadro 3: Análisis comparativo entre criminalización primaria y secundaria en materia de Tráfico Ilícito de Drogas

Figura y características	Penas mínimas y máximas	Criminalización secundaria
Promotor de cultivos Persona que promueve todo el ciclo del TID – adelanta dinero para la compra de semillas, abono, etc. Migrante urbano que vive en la selva y participa y negocia con “firmas” locales Negociante y/o comerciante	2/Agv.8	<ul style="list-style-type: none"> Se le sanciona con mayor severidad de acuerdo a la legislación penal por TID
	6/Agv.15	
Promotor violento Figura cada vez menos utilizada Obliga a la siembra de cultivos ilícitos Relación con organizaciones criminales	25	<ul style="list-style-type: none"> Se le sanciona con mayor severidad de acuerdo a la legislación penal por TID
	30	
Productor (hoja de coca)³³ Pequeño campesino con poca extensión de tierra Varios cultivos, entre los cuales la hoja de coca – su caja chica	No punible	<ul style="list-style-type: none"> La producción de hoja de coca no es punible El productor es objeto de sanciones administrativas como: la erradicación forzosa, la falta de alternativas sostenibles, las trabas para su empadronamiento, el monopolio de la hoja de coca (ENACO), así como la estigmatización mediática
Pocero Persona de la zona que presta el servicio de conversión de la hoja de coca macerada en kerosene en pasta base Atiende una zona determinada en la cual lo abastecen varios productores Se incorporó progresivamente a las actividades campesinas	8/Agv.15	<ul style="list-style-type: none"> Sujeto a la tipificación general (Art. 296 C.P. vigente - Favorecimiento)
	15/Agv.25	
Traquetero Pequeño transportador que traslada los “quesos” de pasta base hacia los laboratorios clandestinos dentro de la zona de producción Transporte motorizado – moto, mototaxi, etc.	8/Agv.15	<ul style="list-style-type: none"> Sujeto a la tipificación general (Art. 296 C.P. vigente - Favorecimiento) Pena no menor de 15 ni mayor de 25 años si la cantidad es mayor a 20 kg (PBC), 10 kg (HCl), 100 kg (THC); en el caso de tres o más involucrados; o en calidad de integrante de una organización dedicada al TID
	15/Agv.25	
Traficante de Insumos Químicos Miembro de una organización regional mediana Activo en ciudades y zonas de producción	5	<ul style="list-style-type: none"> Sujeto a la tipificación general (Art. 296-B C.P. vigente - Tráfico Ilícito de Insumos Químicos y productos) No hay diferenciación entre los grados de responsabilidad Falta de coherencia en términos de política de Estado ya que no existe un
	10	

33.-En caso se cultiva cannabis sativa y amapola en una cantidad que no exceda las 100 plantas, la pena será no menor de 2 ni mayor de 6 años. En caso el número de plantas excede las 100 plantas la pena será no menor de 8 ni mayor de 15 años (Art. 296-AC.P. vigente)

Mueve grandes cantidades Maneja redes corrupción		registro de Insumos Químicos Fiscalizados • Falta de acciones coordinadas entre PRODUCE, SUNAT y PNP
Transportista Hoy en día adquiere múltiples modalidades - usualmente del tipo "hormiga", es decir el transporte de pequeñas cantidades de la selva a la costa y frontera Comunidades urbanas de las zonas de producción Involucramiento de numerosos jóvenes de zona andinas – fuerte movimiento migratorio En algunos casos, es sujeto a engaños o amenazas Transporte motorizado	8/Agv.15 15/Agv.25	• Sujeto a la tipificación general (Art. 296 C.P. vigente - Favorecimiento) • Pena no menor de 15 ni mayor de 25 años si la cantidad es mayor a 20 kg (PBC), 10 kg (HCl), 100 kg (THC); en el caso de tres o más involucrados; o en calidad de integrante de una organización dedicada al TID
Mochilero Ver modalidad "Transportista" Transporte a pie de la selva a la costa y frontera	8/Agv.15 15/Agv.25	• Sujeto a la tipificación general (Art. 296 C.P. vigente - Favorecimiento) • Pena no menor de 15 ni mayor de 25 años en el caso de tres o más involucrados o en calidad de integrante de una organización dedicada al TID
Químico Persona con conocimiento de todo el proceso desde la extracción hasta la cristalización de la droga Desempeña un papel fundamental en el proceso industrial del TID	8/Agv.15 15/Agv.25	• Sujeto a la tipificación general (Art. 296 C.P. vigente - Favorecimiento)
Burrier Transportista usualmente aéreo Peligro para la salud relacionado al modo de transportar En algunos casos, es sujeto a engaños o amenazado	8/Agv.15 15/Agv.25	• Sujeto a la tipificación general (Art. 296 C.P. vigente - Favorecimiento) • Pena no menor de 15 ni mayor de 25 años si la cantidad es mayor a 20 kg (PBC), 10 kg (HCl), 100 kg (THC)
Administrador Tiene amplio conocimiento del patrimonio, flujo y movimiento económico procedente del TID Cumple generalmente funciones de testaferro Con facilidad, logra aplazar o anular el proceso penal Cuenta con una defensa adecuada Involucramiento en casos de corrupción	25 35	• Sujeto al agravante (Art. 297 C.P. vigente) • Falta de claridad a nivel legislativo ya que se puede confundir con cabecilla; sin embargo, puede recibir en ciertos casos la totalidad de la pena
Cabecilla Altos mandos de organizaciones a nivel local, regional o internacional Con facilidad, logra aplazar o anular el proceso penal Cuenta con una defensa adecuada Involucramiento en casos de corrupción a nivel prejudicial y judicial	25 35	• Sujeto al agravante (Art. 297 C.P. vigente)

Lavado de activos Lavado de activos a través de casas de cambio, hostales, restaurantes y casinos Involucramiento en casos de corrupción a nivel prejudicial y judicial	8	<ul style="list-style-type: none"> • Delito casi autónomo - la existencia de un delito previo no es un criterio aplicable • Finalidad de ocultamiento del origen del dinero • Falta de coherencia en la aplicación de Ley de Extinción de Dominio
	15	
Traficante Con facilidad, logra aplazar o anular el proceso penal Cuenta con una defensa adecuada Involucramiento en casos de corrupción a nivel prejudicial y judicial Tráfico en zonas urbanas Involucramiento de familiares en casos de ocultamiento de la droga en residencias	8/Agv.15	<ul style="list-style-type: none"> • Sujeto a la tipificación general (Art. 296 C.P. vigente - Favorecimiento) • Sujeto al agravante (Art. 297 C.P. vigente – inciso 7) en caso de cantidades mayores a 20 kg (PBC), 10 kg (HCl), 100 kg (THC); en el caso de tres o más involucrados; o en calidad de integrante de una organización dedicada al TID • Falta de claridad en términos de aplicación de la ley – problemas de interpretación de la ley
	15/Agv.25	
Poseedor para comercialización Posesión para fines de tráfico	6	<ul style="list-style-type: none"> • Sujeto a la tipificación general (Art. 296 C.P. vigente - Favorecimiento tercer párrafo)
	12	
Microcomercializador Figura mayormente imperante entre los delitos de TID Delito con mayor ocurrencia en Lima y principales ciudades del país Distintas modalidades de venta (huecos, delivery) Muchos usuarios incurrir en la venta al por menor de drogas a fin de sustentar su hábito de consumo	3/Agv.6	<ul style="list-style-type: none"> • Sujeto al artículo 298 del C.P. vigente • Pena no menor de 6 ni mayor de 10 años, en caso de profesional sanitario; ingreso de droga en penales, centros educativos, deportivos o de salud; venta a menores de edad; en el caso de tres o más involucrados; o en calidad de integrante de una organización dedicada al TID • Falta de claridad en términos de interpretación del agravante (Art. 298) y el Art. 297
	7/Agv.10	
Usuario Estigmatización y exclusión	No punible	<ul style="list-style-type: none"> • Sujeto al Art. 299 del C.P. vigente (Posesión no punible) • Objeto de corrupción y persecución a nivel prejudicial

En términos de criminalización secundaria, observamos que ésta recae con más peso sobre los eslabones más débiles de la cadena del Tráfico Ilícito de Drogas, como lo demuestra el perfil de los detenidos por Tráfico Ilícito de Drogas, en su mayoría transportistas, burriers, microcomercializadores y campesinos. Además de ser sancionados con penas altas y, en muchos casos, sin acceso a una defensa adecuada por razones económicas, son objeto de corrupción y abusos, sobre todo a nivel prejudicial y judicial³⁴

A modo de ejemplo, el traficante recibe una pena igual a la del mochilero, transportista o burrier a pesar de las diferencias en cuanto a involucramiento en la cadena se refiere. No olvidemos que, en términos penales, la responsabilidad penal de los traficantes – los cuales tienen control y/o dominio sobre toda la cadena – es mucho mayor que la de los eslabones más débiles de la cadena – los cuales corren más riesgos por su exposición a las autoridades.

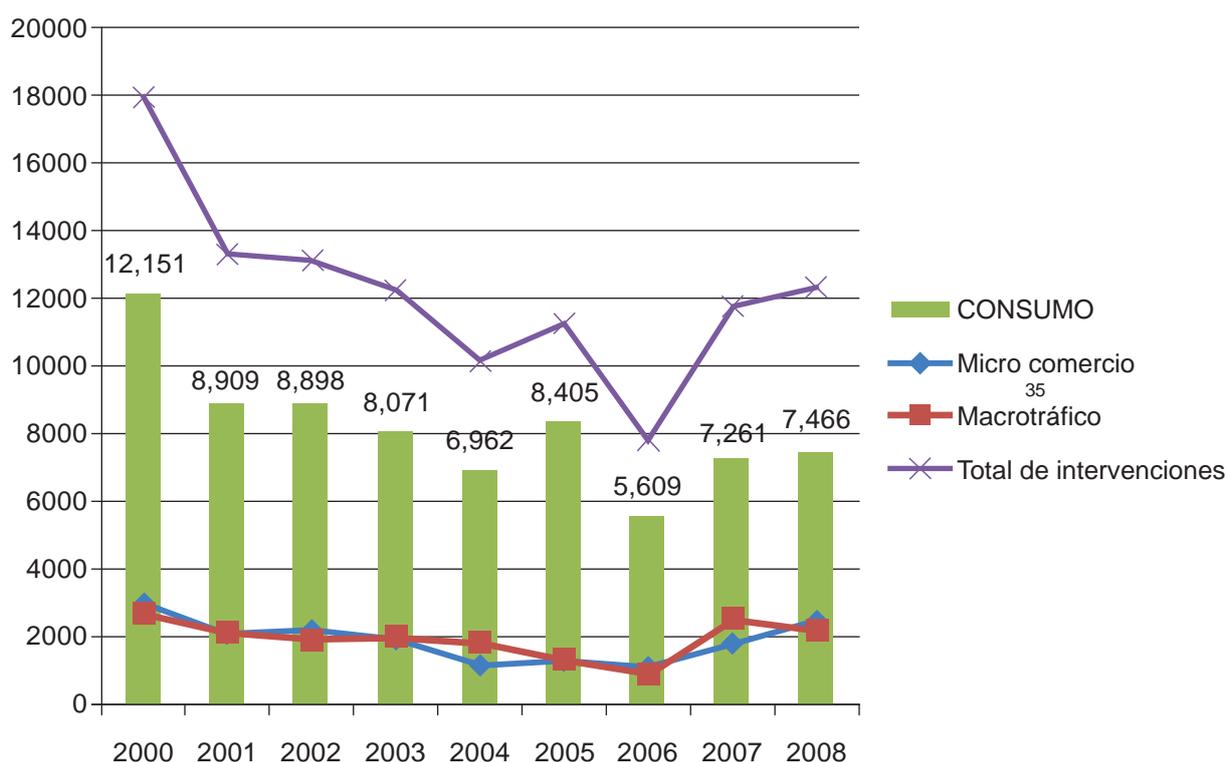
34.- Así lo hemos observado a través de los casos atendidos por el Consultorio Jurídico del CIDDH.

Este ejercicio nos permite afirmar con certeza que la aplicación de las sanciones penales es sumamente desproporcional y resulta en una serie de vulneraciones a derechos fundamentales a nivel prejudicial y judicial.

En ese sentido, a nivel prejudicial, observamos una falta de coordinación para acciones de prevención del delito y administración efectiva del delito. Para el año 2008, las detenciones de usuarios de drogas alcanzaban el 60.54% del total de intervenciones policiales por Tráfico Ilícito de Drogas. Si bien tiende a disminuir a lo largo de los años (TNI y WOLA, 2010), podemos observar que las detenciones por consumo y posesión no punible de drogas ocurren con frecuencia y son producto de la falta de criterios claros que definan los parámetros de las intervenciones policiales.

En efecto, aunque el código penal peruano no criminaliza la posesión de pequeñas cantidades de droga para el uso personal (Art. 299º), los efectivos policiales frecuentemente detienen a los usuarios de droga en virtud de la Constitución (art 2.24.f.), la cual señala que en casos de tráfico ilícito de drogas, la detención preventiva a nivel prejudicial es de hasta 15 días (24 horas para otros delitos), como ya lo mencionamos anteriormente. Con base a lo anterior, los efectivos policiales amenazan a los usuarios de drogas como medio para lograr dos objetivos: 1) incurrir en actos de corrupción y/o 2) investigar a los usuarios para que delaten a los comercializadores. Además, las acciones de los efectivos policiales usualmente conllevan amenazas a la integridad física y psicológica de los usuarios involucrados (CIDDH, 2012).

Gráfico 1: Detenciones policiales relacionadas a tráfico ilícito de drogas



Finalmente, si bien el número de detenciones por macro tráfico parece ser alto, cabe resaltar que esta cifra se ve afectada por el número de personas detenidas por ser mochileros, transportistas o burriers – y no traficantes –, por tener vínculos conyugales o familiares con los autores directos del delito o, simplemente, por encontrarse en el lugar equivocado, en el momento equivocado³⁶

35.- TNI y WOLA (2010) – Elaboración propia.

36.- A lo largo del año 2011, el Consultorio Jurídico ha logrado la absolución de 4 mujeres procesadas por Tráfico Ilícito de Drogas (13%) de un aproximado de 31 casos atendidos.

4. Aplicación del principio de proporcionalidad de las penas a los delitos previstos en el Artículo 297 inciso 6 del Código Penal

Para efectos de nuestro estudio, hemos creído conveniente basar nuestro análisis del principio de proporcionalidad con los delitos previstos en el Artículo 297 inciso 6 del Código Penal a fin de subrayar un problema de carácter estructural propio de las leyes antidrogas. El análisis que sigue nos permitirá entender mejor cómo, en algunos casos de delitos de Tráfico Ilícito de Drogas cometidos por tres o más personas, se vulnera el principio de proporcionalidad.

El Artículo 297 del Código Penal regula las formas agravadas del delito de Tráfico Ilícito de Drogas. Esta modalidad delictiva corresponde a una visión político criminal orientada a la máxima protección de un bien jurídico difuso como es la salud pública y otros, puesto que cuando hablamos de delitos de Tráfico Ilícito de Drogas habñamos de un delito de peligro abstracto. En tal sentido, para la configuración del delito no es necesaria la existencia efectiva de la lesión. Por ello, se entiende que: *“Si bien es cierto que genéricamente este delito agrede a la salud pública, como bien jurídico, no debe olvidarse que los efectos de esta agresión inciden directamente en la salud física y mental de la persona humana, con efectos muchas veces irreversibles [...]”*³⁷ (Frisancho, 2002: 53). Aparentemente, esta es la razón lógica por la cual el legislador haya optado por una sanción extremadamente elevada del delito, de acuerdo a ciertas formas de comisión del hecho. Aunque, en la doctrina se señala que es un delito pluriofensivo; esto es, que puede lesionar un número indeterminado de bienes jurídicos, inclusive puede lesionar potencialmente el orden económico cuando este delito se correlaciona con el lavado de activos.

Conforme a lo anterior, la punición del Tráfico Ilícito de Drogas se ubica dentro de los delitos de peligro abstracto, por lo que la lesión del bien jurídico no es trascendental, sino que basta con la mera actividad desplegada por los agentes delictivos para hacer punible sus acciones, en concordancia con el desvalor de la acción perpetrada por el agente. Sin embargo, ello no ha permitido restringir la dosificación de la pena a aplicarse para este tipo de delito en vista a la trascendencia colectiva del bien jurídico protegido y se otorga al juzgador un amplio espacio discrecional para graduar la pena a aplicar a un caso particular. De allí es que la opción político criminal de tener un tipo agravado, se sustenta en la gravedad de los hechos y de las circunstancias consustanciales a la comisión del delito base.

Por dicha razón, en este apartado veremos cuáles son los parámetros bajo los cuales se puede determinar la pena cuando concurren estas formas agravadas del tipo básico regulado en el Artículo 296, el cual contiene cuatro conductas delictivas: promoción, posesión, comercialización ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y cuando se forma parte de una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas. Cabe precisar que el objeto de este análisis no es precisar la inclusión de la conducta delictiva al tipo penal básico o agravado; sino orientar el análisis a la comprensión de la determinación de la pena como un proceso consecuente de la atribución de responsabilidad penal, pero haciendo referencia específica a las formas agravadas del Tráfico Ilícito de Drogas.

En consecuencia, más allá de la verificación de las cuatro modalidades básicas del Tráfico Ilícito de Drogas, sus formas agravadas están tipificadas en base a la calidad del agente, el modo y lugar de la comisión del hecho delictivo, la calidad de la víctima, por la finalidad de la acción y por el criterio cuantitativo del objeto material.

Así, el Artículo 297, inciso 6 taxativamente menciona que la pena será privativa de libertad no menor de quince años ni mayor de veinticinco años, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación conforme al artículo 36 inciso 1, 2, 4 y 8 cuando *“El hecho es*

37.- Ejecutoria Suprema de 03-08-2000, EXP. N° 2113-98-Lima.

cometido por tres o más personas, o en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o que se dedique a la comercialización de insumos para su elaboración.”

En concreto, el agravante del inciso 6 relacionado a la comisión del hecho a través de una organización dedicada al Tráfico Ilícito de Drogas se justifica en la existencia de un aparato organizado que puede desarrollar sus actividades delictivas complejas relacionadas al comercio local y/o internacional de drogas, a través de la distribución de funciones y roles, lo que lleva a facilitar la comisión del ilícito, aunque de por sí el delito ya existe por la sólo existencia de una organización delictiva, sin importar a qué se dedique. Para efectos de la imputación en el tipo agravado será suficiente acreditar la existencia de la organización. Pero, para efectos de la individualización de la pena se tiene que tener en cuenta todo tipo de circunstancias generales atenuantes o agravantes y cualidades personales del sujeto.

Con relación a la configuración de este agravante, se verifica cuando el hecho es cometido por tres o más personas o en calidad de integrantes de una organización dedicada al Tráfico Ilícito de Drogas o que se dedique a la comercialización de insumos para su elaboración. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo señalado en el Acuerdo Plenario N°3-2005-CJ-116 que regula los alcances de la tipificación de la conducta en mención, establecida en el inciso 6 del Artículo 297. De acuerdo con el citado Acuerdo Plenario, la agravante sólo aparecerá cuando concurren tres o más personas y éstas tengan conocimiento cierto del hecho delictivo a realizar y del número de intervinientes³⁸.

Además, debe existir una decisión conjunta que vincule funcionalmente los distintos aportes al delito para que pueda ser subsumida la conducta a la agravante³⁹. El Acuerdo Plenario se refiere a que la simple ejecución del delito, sin que exista un concierto de voluntades entre por lo menos tres participantes y el conocimiento acerca de este acuerdo criminal, no es suficiente para concretar la circunstancia agravante⁴⁰. Lo anterior es fundamental en cuanto a la identificación de la participación de cada eslabón en la cadena de Tráfico Ilícito de Drogas, como es el caso de los burriers y otros actores en situaciones de vulnerabilidad. Así, también lo establece una jurisprudencia: *“Al encontrarse ante toda una organización criminal de alcance internacional, donde existe un concierto de voluntades, tanto para captar a los correos humanos (burriers), coordinaciones para sus viajes y estadía, como para el acopio, traslado y comercio internacional de la droga, el delito perpetrado se encuentra previsto en el inciso sexto del artículo 297° del Código penal [...]”*⁴¹.

La observación en este caso se manifiesta en base a la idea – establecida en el propio Acuerdo – de que la agravante sólo puede aparecer en caso de acuerdos de voluntades y aportes funcionales al hecho. Efectivamente, se refiere a que sólo puede encuadrar en este tipo aquellos que actúen en calidad de autores, coautores o cómplices primarios, por lo que debe distinguirse la situación de aquellos que actúan en calidad de cómplices secundarios o subordinados. Creemos que este factor resulta fundamental en el caso peruano donde la ejecución de varias de las partes de la cadena del Tráfico Ilícito de Drogas (cultivo, producción, transporte, exportación y venta) implica necesariamente la presencia de tres o más personas, pero con distintos grados de participación y responsabilidad.

38.- “Es imperativo el conocimiento por parte de cada participante de la intervención de por lo menos tres personas en la comisión del delito. Es decir, la existencia e intervención de tres o más agentes en el tráfico ilícito de drogas debió ser para el agente, por lo menos, conocida y contar con ella para su comisión, para que su conducta delictiva pueda ser subsumida en el citado inciso 6) del artículo 297° del Código Penal”. Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, Acuerdo Plenario N° 3-2005 CJ-116, Fundamento 7 b).

39.- “La decisión conjunta o común del hecho en sus rasgos esenciales de por lo menos tres personas, sin perjuicio de su concreta actuación material, es esencial para poder vincular funcionalmente los distintos aportes al delito en orden a la agravante en mención. Al no presentarse tal decisión, que exige el conocimiento de la intervención de por lo menos otras dos personas, no será posible calificar el hecho, para la persona concernida, en el inciso 6) del artículo 297° del Código Penal”. Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, Acuerdo Plenario N° 3-2005 CJ-116, Fundamento 7 d).

40.- Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, Acuerdo Plenario N° 3-2005 CJ-116, Fundamento 7 a).

41.- Ejecutoria Suprema de 15-10-98, EXP. N° 787-98-Callao.

En efecto, en los hechos, en una organización de más de tres personas dedicadas al Tráfico Ilícito de Drogas pueden concurrir diversas formas de participación. Pero en cuanto a la individualización de la pena para aquellos que actúen en calidad de autores, o coautores del hecho, el juzgador – luego de haber valorado las diversas circunstancias que puedan concurrir – impondrá una pena a éstos que servirá de referencia para imponer la pena a los cómplices secundarios. Esto es, que la pena del autor será el marco para que el juzgador rebaje prudencialmente la pena al partícipe en sentido estricto – cómplice secundario –, pues, en principio, estos últimos no tienen la calidad que exige el tipo penal por lo que necesariamente la pena debería ser menor respecto de los autores.

Debe ser vinculante para el juzgador el verificar otras circunstancias genéricas reguladas en el Artículo 46 que pueden llevar, en este primer punto, a atenuar la pena para el autor. Por ejemplo, se tiene que verificar la edad, educación y medio social del agente (inciso 8 del Artículo 46 del Código Penal) o las condiciones personales o circunstancias que lleven al conocimiento del agente (inciso 11 del artículo 46 del Código Penal), pues estas circunstancias pueden resultar relevantes como factores que influyen para determinar con veracidad su participación en el delito. Del mismo modo, pueden ser importantes, por ejemplo, las carencias sociales, su cultura y costumbres (incisos 1 y 2 del artículo 45 del Código Penal)⁴². De acuerdo a las circunstancias que puedan aparecer en un caso concreto y en función a fines preventivos especiales, estos aspectos podrían incluso justificar una disminución de la pena por debajo del mínimo legal.

No cabe duda que esta agravante del delito de Tráfico Ilícito de Drogas contenida en el inciso 6 del Artículo 297 constituye una circunstancia de naturaleza específica que, por sus efectos, extiende la punibilidad de la conducta realizada por el agente. Sin embargo, ésta no podrá ser valorada aisladamente, pues si bien la conducta de un sujeto sólo puede encuadrarse en el tipo penal cuando concurren las acciones antes descritas y cuya pena se gradúa entre quince y veinticinco años, ello constituye sólo la fase de la imputación de la conducta al sujeto infractor. La segunda fase – técnica y valorativa – está referida a los efectos de determinar la pena en concreto, teniendo en cuenta el margen establecido en la ley, para quien realiza esta forma agravada del tipo base (Art. 296º C.P.); de manera que el juzgador tiene que, necesariamente, recurrir a todos los criterios antes descritos referidos a la concurrencia, también de circunstancias genéricas o atenuantes, fines preventivos generales o especiales y cualidades personales del autor para graduar debidamente la pena proporcional al hecho cometido.

Esto supone que el agravante sólo sirve para efectos de imputación de conductas, mientras que para graduar el quantum de pena, a partir del incremento establecido por el legislador, se debe recurrir a lo establecido en los artículos 45 y 46 del Código Penal, a los fines preventivos de la pena y al concepto superior de responsabilidad penal, que permitirá imponer una pena adecuada proporcionalmente a la gravedad del hecho delictivo.

En efecto, la siguiente sentencia desarrolla esta idea y señala que: *“Para los efectos de la pena o individualización de la misma, el Juez debe tener en cuenta en principio la pena tipo, esto es, la que considera la norma penal en la parte que subsume la conducta dentro de sus parámetros mínimo y máximo, pudiendo imponerla por debajo del mínimo legal sólo cuando concurren atenuantes generales o específicas jurídicamente válidas; asimismo, debe compulsar obligatoriamente los indicadores y circunstancias a que se contraen los artículos 45 y 46 del Código Penal; teniendo en cuenta, además, el principio de proporcionalidad y racionalidad de la pena, descrita en el artículo VIII del Título Preliminar de nuestro Código penal; en ese sentido, en el caso de autos la pena impuesta al procesado no se condice con la realidad, toda vez que conforme se aprecia al atestado policial, el procesado si bien fue detenido in fraganti en posesión de relativa cantidad de droga –doscientos cuatro gramos-*

42.- Esto es particularmente relevante en algunos casos de transporte terrestre donde participan jóvenes de comunidades urbanas y rurales con deseos de ganar dinero y dispuestos a elegir una alternativa riesgosa.

*colaboró con la investigación judicial al describir los hechos, móviles y participación de cada uno de sus co-procesados; además no se ha tomado en cuenta que no tiene antecedentes por hechos similares, su edad al momento de los hechos era de veintitrés años, su grado de instrucción, primer años de educación secundaria, todo ello nos lleva a imponer una sanción por debajo del mínimo legal [...]”*⁴³ (Castillo, 2006: 353). Esta sentencia corresponde a un caso de Tráfico Ilícito de Drogas en el que se rebajó la pena a uno de los procesados debido a que no se evaluó la concurrencia de otras circunstancias genéricas, lo que ocasionó que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema atenúe la graduación de la pena, pero de forma independiente a los otros procesados en el delito.

A partir de lo anterior, se puede afirmar que para la determinación y graduación de la pena en concreto no se debe tener en cuenta la circunstancia agravante, puesto que ésta es parte de la exigencia objetiva del tipo – imputación del hecho. La fase técnico valorativa de la individualización de la pena tiene como eje rector al *principio de proporcionalidad* que se traduce en la verificación de otros tipos de circunstancias concomitantes al hecho y de los fines que se persigue con la imposición de una pena, que pueden llevar a que ésta se imponga, incluso, por debajo del mínimo legal aunque la conducta imputada esté bajo la forma agravada del tipo, cualquiera que sea, como el que ocurre en el tipo agravado del delito de Tráfico Ilícito de Drogas. Efectivamente, la propia Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en este sentido: *“Las exigencias que plantea la determinación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, ya que no sólo es preciso que se pueda culpar al autor del hecho que es objeto de la represión penal, sino que además debe tenerse en cuenta los fines que se persigue con la misma, por lo que, atendiendo a las condiciones personales del acusado, así como la forma, modo y circunstancias de la comisión del evento delictivo; previstas en el artículo 46 del Código penal, y en observancia a lo dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar del código acotado, debe rebajarse prudencialmente la pena impuesta, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 300° del Código de Procedimientos Penales...”*⁴⁴ (Normas Legales, 2005: 14).

5. Aplicación del principio de proporcionalidad en los procesos por Tráfico Ilícito de Drogas: un caso ilustrativo

El Centro de Investigación Drogas y Derechos Humanos (CIDDDH), a través de su Consultorio Jurídico y numerosas entrevistas con internas del E.P. Anexo De Mujeres Chorrillos, ha observado un gran número de casos de mujeres detenidas por Tráfico Ilícito de Drogas y sentenciadas de conformidad al Artículo 297 del Código Penal. Además de cumplir penas privativas de libertad altas, estas mujeres no pueden acogerse a los beneficios penitenciarios. Sin embargo, su grado de participación en el hecho delictivo no justifica la aplicación de una pena privativa de libertad tan severa y sin acceso a medidas resocializadoras.

Esta parte del trabajo de investigación analiza desde un punto de vista no sólo jurídico sino también sociológico la aplicación de la ley que regula la penalidad de las formas agravadas de Tráfico Ilícito de Drogas cuando el hecho es cometido por tres o más personas (Artículo 297 del Código Penal inciso 6). El análisis se enfocará en el caso de Carmen Rosa Romero Carreño, un caso ilustrativo de numerosas mujeres que tienen vínculos conyugales o familiares con los autores directos del delito y se encuentran en el lugar de los hechos al momento de la intervención policial, y resultan encausadas penalmente, a pesar de no tener una vinculación suficiente y relevante con tales actividades delictivas – casos para los cuales la ley prevé una pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinticinco años.

5.1 El Caso de Carmen Rosa Romero Carreño: la justicia en los procesos por tráfico ilícito de drogas

43.- Sala Penal Transitoria, R.N. N° 557-2003-Tacna.

44.- Ejecutoria Suprema, Sala Penal Permanente, EXP. N° 080-2004-Lima.

5.1.1 Hechos

Carmen Rosa Romero Carreño y su conviviente S.F.C.M. vivían en el Asentamiento Humano “Héroes del Cenepa” del distrito de Ventanilla (Callao). Ella se dedicaba durante el día a realizar trabajos domésticos en diversos lugares, mientras que su conviviente atendía una pequeña tienda que funcionaba en su vivienda y se quedaba en compañía de su hijo menor y dos hijos de una primera relación. Carmen Rosa Romero tenía conocimiento de que S.F.C.M. era consumidor de drogas y, por versión de sus vecinos, sospechaba que durante su ausencia éste se dedicaba a la venta de droga al menudeo, situación que se veía obligada a soportar debido no sólo a la relación de convivencia entre ambos, sino además por temor a las amenazas y la agresión física de la que había sido objeto en varias oportunidades por parte de su conviviente.

Para el desarrollo del comercio ilícito de drogas, el conviviente de Carmen Rosa Romero Carreño contaba con la colaboración de J.A.G.P., quien también era consumidor habitual de droga, y que hacía las funciones de “pasero” (persona encargada de entregar la droga a los clientes) a cambio de una retribución económica o pequeñas cantidades de droga.

De acuerdo con la información que aparece en el expediente judicial, el 15 de junio de 2007 efectivos de la División de Operaciones Especiales (DOPE) de Ventanilla (Callao) intervinieron el inmueble que ocupaban Carmen Rosa Romero Carreño y su conviviente en el Asentamiento Humano “Héroes del Cenepa”. Esta intervención no fue circunstancial sino producto de un operativo policial previamente planeado a raíz de haber detectado por “acciones de inteligencia” que en dicho lugar se microcomercializaba droga.

Durante el operativo policial, se detuvo a Carmen Rosa Romero Carreño y a J.A.G.P., mientras que su conviviente S.F.C.M. huyó del lugar. El registro domiciliario consigna el hallazgo de una bolsa plástica con ciento cincuenta envoltorios de papel de periódico que contenían droga⁴⁵, que fue encontrada dentro de una olla en la cocina. Del mismo modo, se registró un inmueble contiguo – de propiedad de la hermana de Carmen Rosa Romero Carreño pero que se encontraba bajo su cuidado –, donde se halló igualmente en la cocina una bolsa con cincuenta envoltorios de droga y, enterrados en el dormitorio, ciento noventa envoltorios y dos bolsas pequeñas que contenían drogas. Es importante señalar que estas diligencias se realizaron sin la presencia de un Fiscal, lo cual puede terminar afectando la legalidad de las pruebas.

El 10 de julio de 2007, casi un mes después, personal policial de la Comisaría de Ventanilla – también por “acciones de inteligencia” e “información confidencial” – intervino nuevamente el inmueble de propiedad de Carmen Rosa Romero Carreño y capturó a su conviviente S.F.C.M., quien fue detenido en posesión de una bolsa con 6.9 gramos de droga. Durante el registro domiciliario se hallaron en el dormitorio noventa y seis envoltorios de papel que contenían droga.

5.1.2 Aspectos relevantes de la investigación policial

De acuerdo con la versión de Carmen Rosa Romero Carreño⁴⁶ la intervención policial se produjo de manera violenta y sin ninguna explicación por parte de los efectivos de la DOPE de Ventanilla acerca de los motivos que justificaban el operativo. Esta violencia se habría traducido, principalmente, en el maltrato físico al hijo mayor de Carmen Rosa Romero Carreño a pesar de que éste sufre de problemas mentales.

Otro de los aspectos señalados por Carmen Rosa Romero Carreño se relaciona con el hecho de no haber presenciado el registro practicado en los inmuebles que ocupaba, lo que le

45.- Pasta Básica de Cocaína y Clorhidrato de Cocaína.

46.- Entrevista realizada el 24 de febrero de 2012 en el Establecimiento Penal de Mujeres de Chorrillos.

impidió tener certeza sobre la veracidad de los hallazgos consignados por la Policía; y que, finalmente, habría sido el motivo por el que se negó a firmar el acta de la intervención.

No obstante, el cuestionamiento a la intervención policial no parte de la versión de Carmen Rosa Romero Carreño sobre los hechos, sino de la circunstancia concreta y probada de la ausencia de un Fiscal que prestara garantía de legalidad sobre la forma en que se produjo la intervención policial, principalmente, en lo relacionado al respeto de los derechos fundamentales de los intervenidos y los resultados de los registros practicados en el domicilio de Carmen Rosa Romero Carreño y el registro personal a ésta y a J.A.G.P., quien no habría sido detenido en el interior del inmueble, sino de manera circunstancial. La ausencia de un Fiscal resulta claramente contradictoria con el hecho de que se tratara –según la propia versión policial– de un operativo planificado producto de “acciones de inteligencia”. Bajo este supuesto, resultaba plenamente exigible al personal policial a cargo de la intervención, haber tenido la posibilidad de dar cuenta al Ministerio Público del operativo y solicitar la presencia de un Fiscal para garantizar la legalidad de la actuación policial, los derechos de los intervenidos y dar fe de los hallazgos y resultados obtenidos a consecuencia del operativo. Esta omisión, más aún tratándose de delitos graves como el tráfico ilícito de drogas, constituye un cuestionamiento de entrada al origen mismo de la imputación, puesto que – como suele suceder en casos de esta naturaleza – la principal fuente de prueba que se aporta al proceso está constituida por las actuaciones a nivel prejudicial y los hallazgos efectuados por la Policía. Si tales actuaciones no cuentan con la mínima garantía de la presencia del Ministerio Público, es posible cuestionar la legalidad de la prueba, en cuanto a que ésta haya sido obtenida mediante la vulneración de los derechos fundamentales de las personas intervenidas.

Carmen Rosa Romero Carreño señala igualmente que producida la intervención policial, fue detenida y conducida conjuntamente con sus hijos – dos menores de edad y uno con problemas de salud mental – a la dependencia policial, donde habrían permanecido separados de su madre durante varias horas e incluso pernoctado, hasta que fueron recogidos por la hermana de Carmen Rosa Romero Carreño. Esta circunstancia – la permanencia de sus hijos en la dependencia policial – habría constituido de plano un elemento de presión psicológica – utilizado además deliberadamente por el personal policial – para la aceptación de los cargos formulados en su contra y de la versión policial acerca de la forma y circunstancias en que se produjo el operativo realizado en su domicilio.

Carmen Rosa Romero Carreño también afirma haber sido presionada para firmar los documentos policiales sobre la base de una inminente imputación del delito de Tráfico Ilícito de Drogas y su posterior encarcelamiento. No obstante, reconoce haber leído su manifestación policial, que el Fiscal se encontraba presente y que estuvo de acuerdo con lo que se consignó en el acta de esta diligencia.

5.1.3 Proceso judicial

Carmen Rosa Romero Carreño fue procesada junto con su conviviente S.F.C.M. y J.A.G.P., por el delito contra la salud pública – Tráfico Ilícito de Drogas agravado, previsto en el Artículo 296 segundo párrafo⁴⁷ concordante con el agravante del Artículo 297 inciso 6 del Código Penal, que corresponde a la figura del Tráfico Ilícito de Drogas a través de una organización criminal⁴⁸. La instrucción fue tramitada por el Primer Juzgado Mixto de Ventanilla – Callao y el juicio oral se llevó a cabo ante la Primera Sala Penal de la Corte Superior del Callao y culminó con la sentencia expedida el 28 de agosto de 2009, que condenó a Carmen Rosa Romero Carreño y

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

(...)El que posea drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y con ciento veinte a ciento ochenta días-multa.(...)”

48.- “Artículo 297.- La pena será privativa de libertad no menor de quince años; de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 4, 5 y 8, cuando (...) 6. El hecho es cometido por tres o más personas o en calidad de integrante de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o de insumos químicos o productos para la elaboración ilícita de drogas.” Artículo vigente al momento de los hechos, modificado por el Artículo 5 de la Ley N° 29037, publicada el 12 de junio de 2007.

a sus coprocesados como autores del delito de Tráfico Ilícito de Drogas agravado y le impuso una condena de trece años de pena privativa de libertad, mientras que a S.F.C.M. y J.A.G.P. les impuso quince años de pena privativa de libertad, 180 días-multa e inhabilitación por el término de dos años, así como una reparación civil solidaria de Dos Mil Nuevos Soles a favor del Estado.

Los procesados interpusieron Recurso de Nulidad y el expediente fue elevado a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, que con fecha 29 de abril de 2010 y de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo, declaró No Haber Nulidad en la sentencia condenatoria, con lo que ésta quedó firme y ejecutoriada.

5.1.4 Fundamentos y razonamiento de la sentencia y la Ejecutoria Suprema

Los fundamentos de la sentencia del 28 de agosto de 2009 expedida por la Primera Sala Penal de la Corte Superior del Callao pueden resumirse de la siguiente manera:

- La materialidad del delito se encuentra probada con las actas de incautación y las pericias químicas practicadas que acreditan que la droga incautada en ambos inmuebles sobrepasa los límites legales de la microcomercialización (en el caso de pasta básica de cocaína, 50 gramos).
- S.F.C.M. ha aceptado los cargos y su responsabilidad – se acogió a la conclusión anticipada –, ha reconocido la posesión de la droga, que es consumidor habitual de droga y que se dedica a la microcomercialización de drogas.
- Carmen Rosa Romero Carreño sabía que su conviviente S.F.C.M. se dedicaba a la venta de drogas al menudeo y no lo denunció por encontrarse bajo amenaza y haber sido inclusive golpeada por el mencionado acusado.
- Se trata de un delito continuado, un actuar delictivo prolongado que constituía el *modus vivendi* de los acusados y que éstos vivían de la venta ilícita de droga.

Por su parte, la Ejecutoria Suprema del 29 de abril de 2010 expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, que declaró No Haber Nulidad en la sentencia condenatoria, fundamenta su decisión de confirmar la condena y la pena impuesta en los siguientes argumentos:

- Carmen Rosa Romero Carreño admitió a nivel policial y en su declaración instructiva que aceptó que su coprocesado S.F.C.M. venda droga en su domicilio y que realice estas transacciones ilícitas a través de su tienda.
- Las actas de registro domiciliario y las pericias químicas acreditan el hallazgo de la droga y si bien es cierto el acta no se levantó en presencia de la acusada, en el caso del segundo inmueble, ésta ha admitido a nivel judicial que tenía acceso al inmueble y lo frecuentaba.
- Si bien el registro domiciliario no contó con la presencia del representante del Ministerio Público, ello no lo deslegitima porque por la naturaleza de la intervención policial se requería una actuación inmediata.
- La responsabilidad de S.F.C.M. se encuentra acredita con el acta de visualización del video que muestra a una persona de sexo masculino que atendió en la ventana del inmueble a otras cuatro personas de sexo masculino, que una de ellas le entregó dinero y que a su vez éste le entregó envoltorios de papel tipo “ketes”; y, que en esta diligencia Carmen Rosa Romero Carreño reconoció a dicha persona como su conviviente.

- Los acusados estuvieron en posesión de drogas destinadas a su tráfico ilícito, que existió un trabajo concertado para la materialización de los hechos y donde cada uno de ellos tenía un rol específico.
- El delito reviste gravedad al haberse perpetrado con la participación de tres personas y que a cada uno de ellos le correspondió una función determinada, por lo que se les aplicó la pena que proporcionalmente les corresponde.

5.2 Aplicación de las reglas sobre el Principio de Proporcionalidad de las Penas para el caso de Carmen Rosa Romero Carreño

Expuestos en las partes anteriores los criterios generales que orientan la aplicación del principio de proporcionalidad de las penas y la determinación judicial de la pena, de manera general y también específicamente relacionados al delito de Tráfico Ilícito de Drogas en su modalidad agravada, corresponde analizar si tales límites y criterios han sido efectivamente respetados en el caso concreto.

En primer lugar, en cuanto al denominado *test de proporcionalidad* para el análisis de los presupuestos que permiten la restricción de los derechos fundamentales en un caso concreto, a partir de los *principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad* en sentido estricto, es necesario tener en cuenta que en el caso del delito de tráfico ilícito de drogas, el legislador ha optado por una sanción extremadamente elevada del delito, de acuerdo a ciertas formas de comisión del hecho y en atención al carácter pluriofensivo del delito que puede, en teoría, lesionar un número indeterminado de bienes jurídicos.

Las circunstancias agravantes del delito de Tráfico Ilícito de Drogas previstas en el Artículo 297 del Código Penal tienen una pena conminada no menor de quince ni mayor de veinticinco años de pena privativa de libertad. De acuerdo con el *principio de idoneidad*, estas penas deberían ser adecuadas para alcanzar los objetivos previstos, por un lado, relacionados con la prevención general – inhibir determinadas conductas consideradas delictivas mediante la coacción psicológica de la pena –; y, por el otro, fines de prevención especial – dirigida al autor del delito con una finalidad resocializadora y para evitar la comisión de nuevos delitos.

Sobre el primer aspecto, puede afirmarse que no existe evidencia empírica que respalde la idoneidad de las penas altas con fines de prevención general en el caso de los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas y microcomercialización. De acuerdo con las cifras oficiales, las detenciones por Tráfico Ilícito de Drogas, microcomercialización de droga y consumo de drogas aumentaron entre los años 2004 y 2008⁴⁹; por lo que puede afirmarse que la existencia de penas severas para estos delitos no ha tenido el efecto desmotivador pretendido por el legislador. Con relación a la prevención especial, en el caso del delito de Tráfico Ilícito de Drogas del Artículo 297 Código Penal, resulta contrario a estos fines la imposición de una pena no menor de quince años, cuya ejecución no permite el acceso a ninguno de los beneficios penitenciarios. En el caso de Carmen Rosa Romero Carreño, la condena impuesta de trece años de pena privativa de libertad deberá ser cumplida en su totalidad, sin que resulte relevante que se haya logrado o no el fin resocializador de la pena, por cuanto – de acuerdo con las normas de ejecución penal actualmente vigentes – en ningún caso podrá obtener la redención de la pena por el trabajo o el estudio, la semilibertad ni la liberación condicional. Esto significa que para el caso del delito de Tráfico Ilícito de Drogas, la llamada prevención especial se encuentra vacía de contenido y la pena, por tanto, se aplica independientemente de que se obtengan o no los objetivos que supuestamente persigue. Esto es grave ya que no cumple con uno de los fines primordiales de la pena y atenta contra diversos instrumentos internacionales.

Respecto del principio de necesidad resulta claro que para el caso del delito de Tráfico Ilícito

48.- Ver Gráfico 1

de Drogas previsto en el Artículo 297 del Código Penal, el legislador ha establecido la imposición de una pena como única alternativa a la solución del conflicto y no proporciona al juzgador ningún otro medio que le permita alcanzar los mismos fines. Conforme a este principio, la graduación de la pena debería tener un quantum que no sea excesivamente gravoso para el infractor, pero que sea eficaz para los fines planteados con su imposición. Como hemos dicho, en el caso de Carmen Rosa Romero Carreño, la imposición de una pena privativa de libertad de trece años sin posibilidad de beneficios penitenciarios y sin acceso real a las medidas de resocialización, resulta sumamente gravosa e innecesaria, en la medida que no resulta eficaz desde el punto de vista de la prevención general ni la prevención especial⁵⁰

El análisis de la *proporcionalidad en sentido estricto*, entendida como el equilibrio entre la gravedad del injusto con la gravedad de la pena a imponerse, importa también verificar que el juzgador haya tomado en cuenta criterios objetivos, reglas, circunstancias personales o aquellas circunstancias que rodearon la comisión del hecho, así como las necesidades preventivas generales o especiales. En el caso de Carmen Rosa Romero Carreño, la imposición de una pena en calidad de autor del delito de Tráfico Ilícito de Drogas agravado previsto en el artículo 297 inciso 7 del Código Penal, implica una vulneración a este principio, en la medida que – como precisaremos más adelante – el tribunal de juzgamiento no realizó un análisis riguroso sobre su efectiva participación en la comisión del delito ni sus condiciones personales ni familiares que resultan determinantes.

En segundo lugar, en nuestra opinión, los problemas de proporcionalidad de la pena en el caso de Carmen Rosa Romero Carreño parten desde la aplicación de las reglas de participación del delito por el juzgador y la falta de rigor del tribunal para analizar la naturaleza de su aportación al hecho delictivo. La calificación de su conducta como autor del delito de Tráfico Ilícito de Drogas agravado sobre la base de que “*sabía que su conviviente vendía droga*” y que “*permitió que su conviviente venda droga en su domicilio*” tiene consecuencias radicalmente distintas a aquellas que se hubieran producido si la imputación se hubiera realizado a título de partícipe o cómplice secundario. Justamente, el elemento diferenciador en la autoría y la participación es el relacionado a la punibilidad, que incide sobre la determinación concreta de la pena para las distintas formas de intervención en el hecho delictivo. En tal sentido, la arbitrariedad del tribunal para atribuir a Carmen Rosa Romero Carreño la calidad de coautor del delito a pesar de su escasa contribución a la comisión del delito, tiene un efecto concreto sobre la configuración propia del *principio de proporcionalidad*, dado que la pena para el coautor es mayor que para el partícipe – cómplice – en sentido estricto.

Al atribuir a Carmen Rosa Romero Carreño la calidad de coautor independiente, la pena que le corresponde – de acuerdo con las reglas contenidas en los artículos 23, 24 y 25⁵¹ del Código Penal – se equipara a la del autor directo del delito, aún cuando su participación se limite a un fragmento necesario para la configuración del hecho. Lo mismo hubiera sucedido en caso de atribuirle la condición de cómplice primario, definido como aquel “*que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor*”, a quienes se debe imponer la pena que corresponde al autor del delito. Sin embargo, si su conducta hubiera sido comprendida dentro de los alcances de los partícipes o cómplices secundarios, entendidos como los “*que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia*” para la comisión del hecho, le hubiera correspondido a Carmen Rosa Romero Carreño una disminución prudencial de la pena, conforme a la regla del Artículo 25 del Código Penal.

50.- Así lo demuestra la experiencia del Consultorio Jurídico del CIDDH.

51.- “Artículo 23.- Autoría y Coautoría El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.”

“Artículo 24.- Instigación El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho no punible será reprimido con la pena que corresponde al autor.”

“Artículo 25.- Complicidad primaria y secundaria El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.”

En tercer lugar, además del marco abstracto que brinda la teoría de la participación para delimitar el grado de aportación de los intervinientes y su calificación como autor o partícipe, el juzgador tiene que remitirse necesariamente a las circunstancias que forman parte del comportamiento de cada individuo, considerado aisladamente. Sobre este aspecto, encontramos que, en el caso de Carmen Rosa Romero Carreño, ni el tribunal de juzgamiento ni la Corte Suprema realizaron un análisis de estas circunstancias personales para efectos de la graduación de la pena a imponerle, conforme a la regla del Artículo 26 del Código Penal, según el cual, “*las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican la de los autores y partícipes del mismo hecho punible*”. De acuerdo con esta norma, estas circunstancias y cualidades personales de Carmen Rosa Romero Carreño debían haber sido tomadas en cuenta de forma aislada del resto de sus coprocesados al momento de la individualización de la pena. Sin embargo, las sentencias condenatorias de primer y segundo grado adolecen claramente de motivación sobre estos aspectos.

En cuarto lugar, con relación a las circunstancias genéricas para la determinación de la pena, la sentencia que condena a Carmen Rosa Romero Carreño como autor del delito de Tráfico Ilícito de Drogas agravado y la Ejecutoria Suprema que la confirma, tampoco contienen un análisis en el sentido de lo dispuesto en el Artículo 46 del Código Penal. Esto resulta preocupante, en la medida que la determinación de la pena sin tomar en cuenta estos criterios impide una correcta ponderación y una respuesta equilibrada para imponer una pena proporcional al hecho cometido.

Un somero análisis de estas circunstancias genéricas, en el caso de Carmen Rosa Romero Carreño, permite observar lo siguiente:

1. En cuanto a la *naturaleza de la acción*, la sentencia hace referencia a que se trata de un delito continuado, un actuar delictivo prolongado que constituía el *modus vivendi* de los acusados y que éstos vivían de la venta ilícita de droga. Sin embargo, la prueba citada en la sentencia como sustento de la responsabilidad de Carmen Rosa Romero Carreño en el delito, no contiene ninguna referencia a que ésta haya participado de manera activa en la venta de la droga o haya realizado actos comisivos destinados a la realización del tipo penal.
2. En cuanto a los *medios empleados*, entendido como agravante relacionado a la peligrosidad del agente en función de las formas usadas para cometer el ilícito, en el caso de Carmen Rosa Romero Carreño no concurre ningún elemento que pueda ser comprendido dentro de estos alcances.
3. En cuanto a *la importancia de los deberes infringidos*, se verifica igualmente en el caso de Carmen Rosa Romero Carreño no concurre ningún deber especial del agente en relación al bien jurídico vulnerado, por lo que esto puede ser entendido como una circunstancia atenuante.
4. En cuanto a *la extensión del daño o peligro causado*, debe tenerse en cuenta que el delito de Tráfico Ilícito de Drogas corresponde a la protección de un bien jurídico difuso como es la salud pública y otros, puesto que se trata de un delito de peligro abstracto que no requiere la existencia efectiva de la lesión. En tal sentido, la cuantificación o delimitación del daño o peligro efectivamente causado – y atribuible al agente – resulta muy difícil de establecer dentro de márgenes de certeza.
5. Con relación a *las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión y los móviles y fines* para la comisión del delito, éstos pueden ser comprendidos como atenuantes o agravantes, según el caso; sin embargo, en el caso concreto de los actos atribuidos a Carmen Rosa Romero Carreño no advertimos la concurrencia de circunstancias

especiales de comisión del delito que resulten relevantes para efectos de la determinación de la pena.

6. En cuanto a *la unidad y pluralidad de los agentes*, esta agravante no puede ser tomada en cuenta para el caso de Carmen Rosa Romero Carreño, por cuanto la circunstancia de la existencia de una pluralidad de agentes para la comisión del delito constituye justamente la forma agravada prevista en el Artículo 297 inciso 6 del Código Penal, por lo que este elemento no podría ser tomado en cuenta por segunda vez para justificar la imposición de una pena mayor.
7. Los aspectos relacionados a *la edad, educación, situación económica y medio social* quizás sean los más relevantes en el caso de Carmen Rosa Romero Carreño, respecto de que debía tomarse en cuenta que poseía tres hijos, dos menores de edad y uno mayor con problemas de salud mental, que su detención y la de su conviviente habían dejado además a sus hijos en situación de desamparo, que se trataba de una persona de escasos recursos económicos y que habitaba en una vivienda rústica ubicada en uno de los cinturones de pobreza de la capital. Nada de esto aparece, por lo menos mencionado, en la sentencia judicial.
8. Las circunstancias atenuantes referidas a *la reparación espontánea del daño y la confesión sincera*, relacionadas al reconocimiento voluntario de la comisión del delito y la voluntad de reparación del daño, no concurren en el caso de Carmen Rosa Romero Carreño quien de manera uniforme se declaró inocente de los cargos formulados en su contra.
9. En cuanto a *las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente*, una averiguación acerca de la personalidad de Carmen Rosa Romero Carreño hubiera resultado de gran utilidad para establecer con un mayor grado de certeza cuáles fueron sus posibilidades reales de conocer y reaccionar frente a las actividades ilícitas de su conviviente.
10. En cuanto a *la reincidencia y habitualidad*, tales circunstancias agravantes no concurren en el caso de Carmen Rosa Romero Carreño, quien carecía de antecedentes por la comisión de un delito.

En quinto lugar, finalmente, corresponde efectuar un análisis sobre la existencia de circunstancias agravantes y atenuantes que puedan incidir en la determinación de la pena dentro de los límites de proporcionalidad.

Como se ha dicho, existen tipos penales cuya forma agravada se configura a partir de la concurrencia de dos o más personas en el hecho delictivo y, en consecuencia, se agrava la pena por el peligro que representa la ejecución en grupo del hecho. Esto está previsto en el Artículo 46 inciso 7 del Código Penal, el mismo que precisa que para graduar la pena se tiene que tener en cuenta la unidad o pluralidad de agentes; por lo tanto, cuando exista una pluralidad de agentes, la pena será mayor. En el caso de Carmen Rosa Romero Carreño, en el hecho delictivo concurren otras dos personas, pero de acuerdo a la naturaleza de su aportación, ella debió ser calificada como cómplice secundario, por lo que la pena a imponerle habría sido significativamente distinta a la de sus coprocesados, en aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 25 del Código Penal, que establece la reducción de la pena prudencialmente para en el caso de los cómplices secundarios y elimina la agravante por pluralidad de agentes.

En último término, un aspecto señalado en la sentencia acerca de que Carmen Rosa Romero Carreño *“sabía que su conviviente S.F.C.M. se dedicaba a la venta de drogas al menudeo y no lo denunció por encontrarse bajo amenaza y haber sido inclusive golpeada por el mencionado*

acusado”, conduce a un cuestionamiento acerca de la omisión del tribunal en ahondar su juicio respecto a la veracidad de las declaraciones de la acusada, puesto que de verificarse tales circunstancias podríamos estar frente a una causa de justificación: el estado de necesidad exculpante previsto en el Artículo 20 del Código Penal, que exime de responsabilidad penal al que *“ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación”*. Una mayor indagación en este sentido – a través, por ejemplo, de una pericia psicológica – hubiera permitido verificar si, efectivamente, Carmen Rosa Romero Carreño se encontraba viviendo bajo una situación de violencia familiar que le impedía reaccionar u oponerse a las actividades que realizaba su conviviente relacionadas al Tráfico Ilícito de Drogas.

6. Costos de la criminalización de los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas

Ahora bien, esta parte del estudio pretende analizar, desde un punto de vista utilitario, la relación costo-beneficio que justificase la implementación de las políticas actuales de lucha contra el Tráfico Ilícito en cuanto a control de la oferta se refiere. Para efectos de esta parte, se analizaron diversos documentos oficiales de índole económica.

Según el “Estudio del impacto social y económico del consumo de drogas en el Perú” (2010) elaborado por DEVIDA los gastos económicos en lo que a drogas para el año 2010 se refiere se reparten de la siguiente forma (DEVIDA, 2010a):

- 1) Costos laborales y de productividad (255 millones de dólares – 57.4%)
- 2) Gastos gubernamentales (105 millones de dólares – 23.8%)
- 3) Costos de atención sanitaria (50 millones de dólares – 11.3%)
- 4) Daños a la propiedad (33 millones de dólares – 7.5%)

Como podemos observarlo, los costos laborales y de productividad son los más elevados en comparación con otros costos asociados al consumo de drogas, sean legales o ilegales. Sin embargo, a efectos del siguiente análisis de los costos de la judicialización de los delitos en materia de Tráfico Ilícito de Drogas, nos enfocaremos más en los gastos gubernamentales y, de manera específica, en el control de la oferta.

Según el estudio arriba mencionado, los gastos gubernamentales de control de la oferta y demanda para el año 2010 se reparten de la siguiente forma (DEVIDA, 2010a):

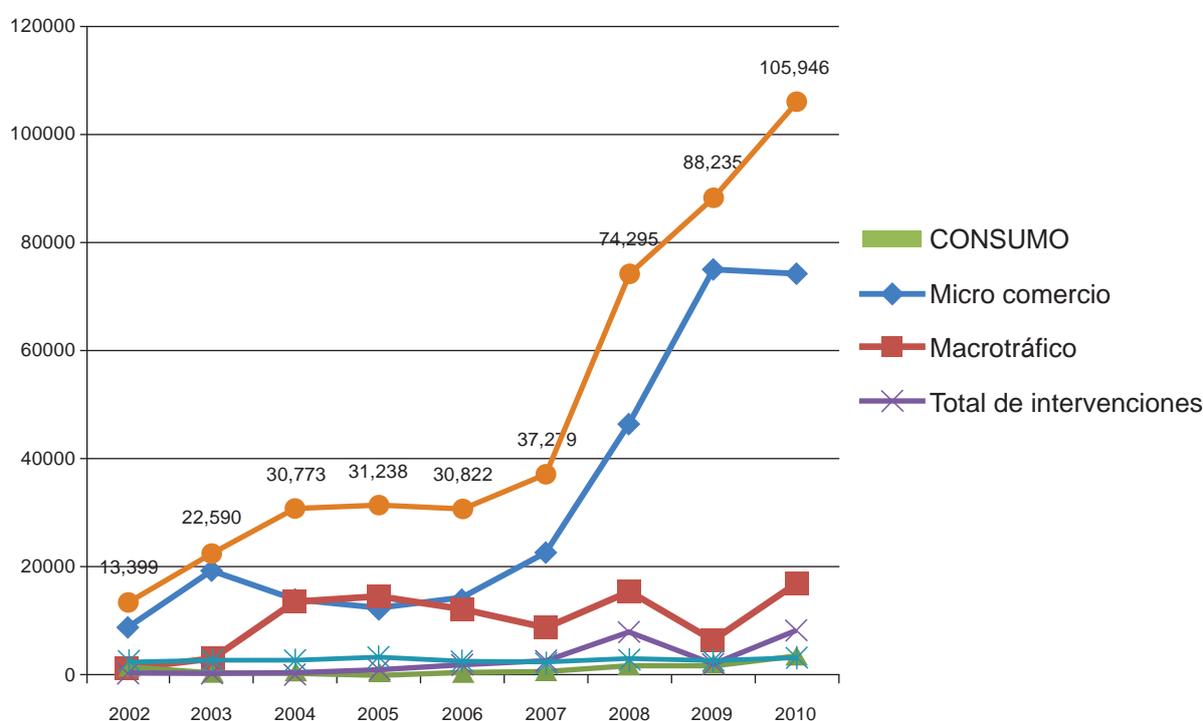
- 1) Reducción de la oferta (91 millones de dólares – 86%)
- 2) Tratamiento (8 millones de dólares – 7.6%)
- 3) Prevención (4 millones de dólares – 3.5%)
- 4) Planeamiento – Investigación (3 millones de dólares – 2.9%)

Desde 1996, se elaboraron en el Perú tres estrategias quinquenales de lucha contra las drogas impulsadas en gran parte por presiones externas más que por voluntad propia. Las bases de la última estrategia nacional (2007-2011) eran: 1) detener y prevenir la expansión y consolidación del narcotráfico a nivel social, político, económico y ambiental; 2) asumir el problema como responsabilidad de todos los peruanos a través de la participación ciudadana y de la sociedad civil; y 3) cohesionar y dar consistencia a la intervención haciendo hincapié en la prevención del consumo, de la producción y del tráfico ilícito así como en el decomiso de drogas, el control de insumos químicos y del lavado de activos, la erradicación y, finalmente, el desarrollo alternativo. Asimismo, los tres objetivos estratégicos que planteó eran: 1) la prevención del consumo; 2) la interdicción; y 3) el desarrollo alternativo.

En términos económicos, observamos, entre el año 2002 y 2010, un crecimiento generalizado de los gastos del Estado en un 690.7% por estrategia de intervención entre los años 2002 y

2010 (DEVIDA, 2010a). Las estrategias de interdicción siguen superando los presupuestos asignados a otras estrategias como la prevención, el control de salud o el desarrollo alternativo. A pesar de un crecimiento generalizado en términos de control de salud, desarrollo alternativo y prevención, se puede observar que el planeamiento institucional – incluyendo la investigación – no constituye una prioridad en el marco de la lucha contra las drogas. A modo de ejemplo, para el año 2010, se le asignó a las estrategias de interdicción el 70% de los gastos gubernamentales directos asignados a la lucha contra las drogas. Los fondos restantes se reparten de la siguiente manera: 16% en desarrollo alternativo, 8% en control de salud, 3% en prevención y 3% en planeamiento institucional. Cabe mencionar que los gastos gubernamentales asignados a estrategias de reducción de la oferta necesitan ser reorientados hacia una mayor sostenibilidad y eficiencia como lo veremos más adelante. En lo que se refiere a los gastos gubernamentales asignados a estrategias de reducción de la demanda, éstos siguen relativamente bajos e insuficientes.

Gráfico 2: Gastos gubernamentales directos por estrategia de intervención (2002-2010) (miles de dólares)⁵²



En cuanto a la composición del gasto gubernamental en términos de control de la oferta y demanda de drogas en el país, observamos que las estrategias de control de la oferta – es decir la erradicación, el control de insumos químicos fiscalizados, la lucha contra el lavado de activos, etc. – representan un costo mayor en comparación con las estrategias de control de la demanda – es decir prevención y tratamiento.

A continuación, pasaremos a detallar los costos asociados a las estrategias de reducción de la oferta tanto a nivel prejudicial como judicial y penitenciario. Dicho análisis entre los presupuestos nos permitirá apreciar el grado de proporcionalidad e idoneidad de las medidas adoptadas para luchar contra el Tráfico Ilícito de Drogas en el Perú. O si, por el contrario, es necesario un reajuste de los recursos disponibles.

Como lo mencionamos en el párrafo anterior, este ejercicio no contempló los gastos gubernamentales en la reducción de la demanda, ya que el presente documento pretende

52.- DEVIDA (2010a) – Elaboración propia.

analizar la relación costo-beneficio de las políticas criminales de lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas. Viste una importancia fundamental ya que nos permite apreciar la orientación de los gastos destinados al control de la oferta de drogas en el país. A efectos de obtener datos concretos, se analizó toda una serie de documentos oficiales que nos permiten examinar en detalle la composición del gasto gubernamental por entidad. Sin embargo, no ha sido tarea fácil en términos de accesibilidad de la información financiera desagregada por entidad por lo que recurrimos, en algunos casos, a cálculos realizados en base al número total efectivos policiales, militares o penitenciarios, así como al salario promedio en función de las escalas remunerativas por entidad. Por otro lado, se buscó llegar a una aproximación anual de dicho gasto. Pero, como ya lo mencionamos, la información disponible es escasa por lo que se analizaron datos comprendidos entre los años 2008 y 2012.

Cuadro 4: Gastos asociados a la fiscalización del Tráfico Ilícito de Drogas

Institución	Labor	Recursos humanos	Recursos financieros (Soles)	Otras fuentes de financiamiento (Soles)	%
DIRANDRO	Dirección Especializada Y Sistémica de la PNP encargada de la persecución de actividades de TID	2800 efectivos	86,723,517 ⁵³ (6,000,000 US FUNDING ⁵⁴ , 3,462,128 soles PIR 2011 ⁵⁵)		7.42%
CORAH	Programa de Ministerio del interior a cargo de la erradicación de cultivos de coca en el Alto Huallaga	Aproximadamente 820 erradicadores, 310 efectivos policiales DEPOES-DIVOEAD (4 de la Unidad Canina) ⁵⁶	30,156,450 ⁵⁷		2.58%
DIRAVPOL	Órgano de Apoyo Especializado de la PNP encargado de las operaciones aeropoliciales	640 efectivos	19,667,250 ⁵⁸ (8,391,360 GOP combustible)		1.68%
FP HUALLAGA	Dependencia Territorial de la PNP, jurisdicción en territorio del Alto Huallaga, que comprende Huánuco-San Martín. Responsable de la lucha contra TID y terrorismo	1430 efectivos aproximadamente, 60 oficiales y 1370 suboficiales	3,404,050 ⁵⁹		0.29%
MININTER-VRAE	Dependencia Territorial de la PNP con jurisdicción en las provincias de Ayacucho, Cuzco, Junín, Apurímac. Responsable de la lucha contra TID y terrorismo		42,978,393 ⁶⁰		3.68%
DEFENSA-VRAE	Dependencia del Comando Conjunto adscrita al VRAE	3000 efectivos y 19 guarniciones	290,000,000 ⁶¹	Tres batallones de ingeniería, cada uno con un costo de 35 millones de soles ⁶²	33.81%
SUNAT	Entidad del Estado a cargo del cobro				

53.- DEVIDA (2010b).

54.- Ministerio de Relaciones Exteriores (2011).

55.- DEVIDA (2011c).

56.- Ministerio del Interior (septiembre 2011).

57.- Ministerio de Relaciones Exteriores (2011).

58.- *Ibid.*

59.- PNP (2012b). Aproximación hecha en base al Organigrama Actual del Frente Policial Huallaga y la Escala Remunerativa del la PNP.

60.- Ministerio de Economía y Finanzas (2010).

61.- Info región (12 de noviembre del 2009).

62.- La República (19 de septiembre del 2011).

SUNAT	de impuestos, incluye el manejo de aduanas, comercio exterior, y lucha contra el contrabando (incluyendo TID)		Aproximadamente 383,855,002 ⁶³	3,540,105 US FUNDING ⁶⁴	33.16%
DICAPI	Dependencia de la marina de Guerra del Perú, ejerce control sobre actividades de puertos y flujo marítimo	10 capitanías marítimas en el Norte, 4 en el Sur; 4 capitanías fluviales; y 1 lacustre ⁶⁵	Aproximadamente 31,000,000 ⁶⁶		2.66%
APN	Control del flujo comercial, zonas aduaneras y administración de puertos		1,881,429 ⁶⁷		0.16%
UIF	Entidad de la SBS, a cargo de realizar investigaciones financieras para prevención y persecución de delitos de lavado de activos	40 funcionarios	5,788,810 ⁶⁸	1,966,725 US FUNDING ⁶⁹	0.66%
PPETID	Procuraduría Pública Especializada en Delitos de TID, lavado de activos y pérdida de dominio	41 abogados, 2 contadores y 43 asistentes ⁷⁰	8,914,777 ⁷¹		0.76%
OFECOD	Dependencia de la PNP a cargo de la administración de bienes incautados por TID	40 personas aproximadamente 38 suboficiales y 2 oficiales	209,280 ⁷²		0.02%
OSINERGMIN	Órgano regulador, encargado del manejo de combustibles (Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos)	134 empleados ⁷³		61,000,000 para compra de software destinado al control de compra y venta de IQ para elaboración de drogas en el país. Cofinanciado por el Ministerio de la Producción y la SUNAT ⁷⁴	5.22%
Ministerio Público	Organismo Autónomo encargado de defender la legalidad y los DDHH	53 fiscales antidrogas	2,420,800 ⁷⁵		0.21%
Poder Judicial	Poder del estado encargado de la administración de Justicia	Fiscalías Provinciales Especializadas en Tráfico Ilícito de Drogas	1,666,871 ⁷⁶		0.14%
INPE	Instituto Nacional Penitenciario encargado de dirigir y administrar el sistema carcelario	1539 efectivos penitenciarios (952 para seguridad, 340 para administración y 246 para tratamiento) ⁷⁷	88,198,100 ⁷⁸		7.55%
TOTAL		9322	996,864,729	171,506,830	1,168,371,559 (100%)

63.- Ministerio de Economía y Finanzas (diciembre 2011).

64.- Ministerio de Relaciones Exteriores (2011).

65.- DICAPI (Sin fecha).

66.- El Comercio (27 de Mayo del 2010).

67.- DEVIDA (2011c).

68.- GAFISUD (2005).

69.- Ministerio de Relaciones Exteriores (2011).

70.- Medina (sin fecha).

71.- *Ibid.*

72.- Cálculo en base al salario promedio de los efectivos policiales de la Ley de remuneraciones aplicable al personal de las FFAA y PNP.

73.- OSINERGMIN (2010).

74.- IDL-Reporteros (30 de junio del 2012).

75.- DEVIDA (2011c).

76.- Ministerio de Economía y Finanzas (agosto 2011)

77.- Cálculo realizado en base al número total efectivos penitenciarios (6153) considerando que el 25% de la población penitenciaria se encuentra recluida por casos de TID.

78.- Cálculo realizado en base al PIA 2012 del INPE dividido entre 4, considerando que el 25% de la población penitenciaria se encuentra recluida por casos de TID.

Tras un análisis exhaustivo del cuadro anterior, notamos que el total invertido en la lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas es de 1,168,371,559 Nuevos Soles (100%) en términos de implementación de políticas de control de drogas en los tres niveles de aplicación de la ley (prejudicial, judicial y penitenciario) entre los años 2008 y 2012. Asimismo, notamos que 92.1% de los recursos financieros se destinan al nivel prejudicial, mientras le corresponde 0.35% al nivel judicial y 7.55% al nivel penitenciario. Observamos que mientras las políticas públicas de lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas hacen hincapié en el control de la oferta a nivel prejudicial, tanto el nivel judicial como el nivel penitenciario se encuentran en un estado de abandono que no les permite enfrentarse a la sobrecarga procesal que genera el nivel prejudicial. Esta situación es un primer indicador de la desproporcionalidad en términos utilitarios, la cual se traduce por numerosos casos de abusos, detenciones arbitrarias y vulneraciones de derechos tanto a nivel prejudicial como a nivel judicial y penitenciario. Sin embargo, no hemos contemplado para los fines de este ejercicio, los costos humanos y sociales que generan las prácticas antidrogas en el Perú.

Ahora bien, es pertinente analizar la relación costo-beneficio de las estrategias de control de la oferta en el país a fin de apreciar su impacto positivo o negativo. En lo que a control de la oferta se refiere, a pesar de las iniciativas para buscar una respuesta integral, las proyecciones de la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida Sin Drogas (DEVIDA) en cuanto a producción de hoja de coca y de clorhidrato de cocaína entre 2012 y 2016 son bastante pesimistas. En efecto, la producción de hoja de coca pasará de 67,000 a 78,000 hectáreas y la producción de clorhidrato de cocaína pasará de 358 a 412 toneladas métricas entre los años mencionados.

La producción de hoja de coca se disparó en el Perú a finales de los años 80 por dos factores: la llegada de los carteles colombianos – en particular los de Medellín – y el efecto globo. El efecto globo es fruto de operativos policiales como por ejemplo la operación Verde Mar (1979) en el valle del Huallaga para la cual se movilizaron mil policías con el respaldo de las fuerzas armadas. La producción de hoja de coca pasó de 21,582 ha en el año 1979 a 121,300 ha en 1990 – un aumento sustancial de 462% desde inicios de la década de los ochenta.

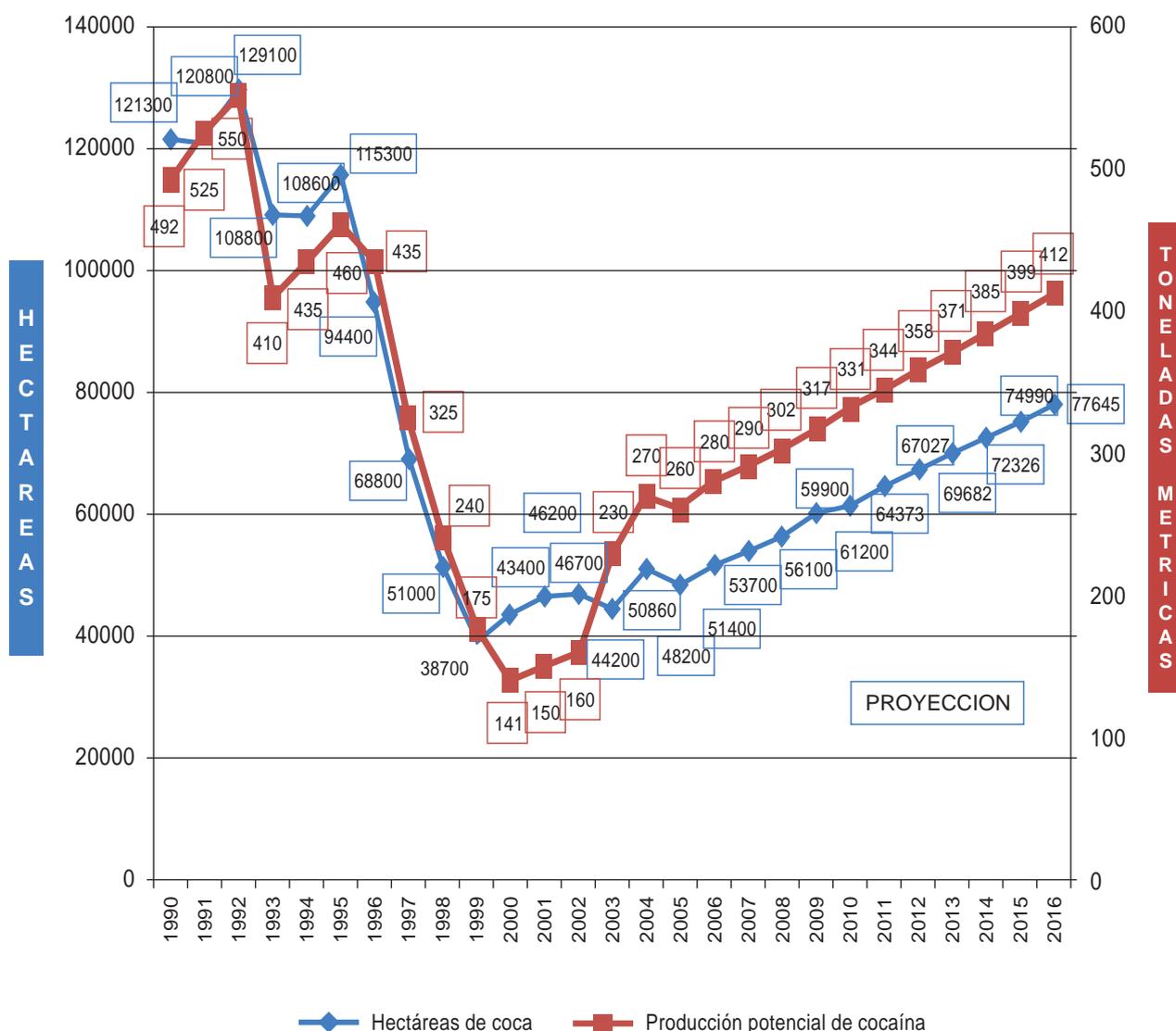
En 1992, dos años después de inicios del fujimorato, la producción de hoja de coca alcanzó la cifra record de 129,100 ha. Sin embargo, frente a este fracaso de las políticas de lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas implementadas hasta entonces y basadas en la erradicación manual de cicales, se buscó una respuesta contundente a la problemática del narcotráfico en el Perú. Así, se llevaron a cabo operaciones de interdicción aérea entre Colombia y Perú que tuvieron un impacto profundo en la producción de hoja de coca y de clorhidrato de cocaína en el Perú⁷⁹. En efecto, se logró reducir el número de hectáreas de coca de 121,300 ha en el año 1990 a 38,700 ha en 1999. Sin embargo, el declive de la producción de hoja de coca y de clorhidrato de cocaína no se debe solamente a la interdicción aérea sino que jugaron otros factores también como la captura de Abimael Guzmán en 1992, y la muerte de Pablo Escobar en 1993 y las ofensivas contra los carteles colombianos (DEVIDA, 2011b).

A pesar de una reducción significativa de la producción de hoja de coca y elaboración de clorhidrato de cocaína durante el gobierno de Alberto Fujimori (1990-2000), el año 1999 marca un paso decisivo ya que los indicadores volvieron a incrementarse paulatinamente durante los gobiernos de Alejandro Toledo y de Alan García. Este fenómeno se debe, entre otros, a los riesgos asociados a la interdicción aérea para los traficantes. Sin embargo, en el año 2001, el ejército peruano, según fuentes de la CIA, derribó un avión que transportaba a misioneros confundiendo con un avión involucrado en el Tráfico Ilícito de Drogas. Asimismo, poco a poco los carteles mexicanos han ido reemplazando a los carteles colombianos intensificando su control sobre la producción, la comercialización y la exportación de clorhidrato de cocaína desde el país – sin, por lo tanto, hablar de una mexicanización del

79.- Para el año 1995, se incautaron y se destruyeron 101 aviones. En DEVIDA (2011b).

narcotráfico en el Perú CIDDH (Mayo 2011). Asimismo, Sendero Luminoso sigue controlando cerca de la mitad de la producción de hoja de coca (45%) a fin de financiar sus actividades.

Gráfico 3: Evolución del área de cultivo de la coca (hectáreas) y de la producción de clorhidrato de cocaína (toneladas métricas) (1990-2010) y su proyección (2012-2016)⁸⁰



En la década del 2000 se observó un cambio sustancial en las políticas de control de la oferta y demanda de drogas en el Perú cuando Alejandro Toledo asume la presidencia. En efecto, los esfuerzos por contener el fenómeno del Tráfico Ilícito de Drogas se sumaron a la llamada Guerra contra la drogas liderada por las Naciones Unidas y Estados Unidos. Las políticas de lucha contra el narcotráfico se enfocaron esencialmente en la erradicación manual y en las detenciones de micro comercializadores y consumidores. Sin embargo, estas políticas cada vez más severas han desembocado en un crecimiento del flujo de demanda carcelaria en el país y han tenido un impacto negativo sobre los eslabones más débiles de la cadena del tráfico ilícito de drogas, es decir los campesinos, los productores de coca, los burriers, los

80.- DEVIDA (2011b) – Elaboración propia.

micro comercializadores y, finalmente, los consumidores. Muchos de ellos, por falta de oportunidades, caen en las redes de organizaciones que se dedican al tráfico ilícito de drogas, entre otras actividades ilegales.

Por último, se puede decir que a fin de luchar de forma eficiente contra el tráfico ilícito de drogas en el Perú, y dado su crecimiento cuantitativo, se promulgó una serie de leyes apuntando hacia una fiscalización de las distintas del Tráfico Ilícito de Drogas. Pero, como ya lo mencionas antes, se hicieron de forma errática y muy poco armoniosa, resultando en un fuerte aumento de la demanda carcelaria para casos de Tráfico Ilícito de Drogas.

Desde ya, podemos afirmar que, en retrospectiva, las políticas de control de la oferta no han surtido efecto alguno y pueden ser vistas como contraproducentes, en el caso de los países andinos y particularmente del Perú. En efecto, de seguir las mismas políticas, la producción de hoja de coca pasará de 67,000 a 78,000 hectáreas y la producción de clorhidrato de cocaína pasará de 358 a 412 toneladas métricas entre los años 2012 y 2016. Asimismo, basándose en el crecimiento promedio anual de la población carcelaria procesada o sentenciada por Tráfico Ilícito de Drogas, se estima que el número de internos pasará de 13,058 a 22,339 entre los años 2011 y 2016, tomando en cuenta incremento porcentual promedio (11.34%) entre los años 2002 y 2008.

En vista de lo anterior, es necesario y urgente una reorientación de los presupuestos asignados a la lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas en el país a fin de lograr un mejor balance entre el nivel prejudicial, judicial y penitenciario y subsanar la sobrecarga procesal y los problemas de carácter estructural en estos dos últimos niveles.

7. Impacto de las políticas de lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas a nivel penitenciario

Observamos que mientras las políticas públicas de lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas hacen hincapié en el control de la oferta a nivel prejudicial, tanto el nivel judicial como el nivel penitenciario se encuentran en un estado que hace imposible enfrentarse a la sobrecarga procesal generada por el nivel prejudicial.

En esa línea, la siguiente parte pretende analizar el impacto de la judicialización y sobre penalización de los delitos a nivel penitenciario, sobre todo en materia de Tráfico Ilícito de Drogas. Este ejercicio nos permitirá llevar a cabo un análisis de la relación costo-beneficio de las políticas de lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas y su impacto en las cárceles peruanas. En primer lugar, es oportuno hacer un examen del panorama actual del sistema penitenciario peruano a fin de entender mejor su funcionamiento e identificar mejor sus lagunas.

7.1 El Instituto Nacional Penitenciario (INPE) en algunas cifras

El sistema penitenciario se rige mediante el Artículo 139 de la Constitución Política del Perú, el cual estipula que son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1) el derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados (inciso 21); y 2) el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22). Asimismo, se rige mediante Artículo 2 del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, el cual estipula que la ejecución penal tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. La misma regla se aplica al procesado, en cuanto fuera pertinente. Ahora bien, veremos cómo la falta de recursos asignados al nivel penitenciario, como lo vimos anteriormente, desembocan en vulneraciones sistemáticas de los principios y derechos arriba mencionados.

El país cuenta actualmente con 67 establecimientos penitenciarios – la mayoría se encuentra en las Oficinas Regionales Lima (17) y Norte (11). Sólo 26 están a cargo exclusivamente del INPE, mientras 31 están a cargo de la PNP. El resto se encuentra bajo un régimen mixto (PNP-

INPE) (Pérez, 2012). Del total de establecimientos penitenciarios, 13 se encuentran en un estado bueno, mientras 29 se encuentran en un estado regular y 24 en un estado de abandono⁸¹.

Por otro lado, si bien el presupuesto asignado al Instituto Nacional Penitenciario (INPE) ha ido aumentando entre los años 2007 y 2012, sigue siendo relativamente bajo y no le permite mejorar las condiciones carcelarias, subsanar problemas de carácter estructural o incluso incursionar en alternativas a la detención. El presupuesto aprobado para el año 2012 para el INPE es de 352,792,400 Nuevos Soles.

Cuadro 5: Evolución del presupuesto del INPE y costo diario por interno (2007-2011)⁸²

Año	Presupuesto INPE	Nº de Internos	Costo por interno diario (Soles)
2007	182,175,702	39,684	12.6
2008	242,669,875	43,286	15
2009	256,599,000	44,406	16
2010	307,702,000	45,464	18
2011	349,195,923	52,700	18

Tomando en cuenta el número de internos procesados o sentenciados por Tráfico Ilícito de Drogas (26.95%), podemos afirmar que el presupuesto total asignado al INPE en lo que a TID se refiere se eleva a 95,077,552 Nuevos Soles para el año 2012. El costo al año por interno es, por ende, 6694 Nuevos Soles – es decir, 18 Nuevos Soles por interno por día. Este presupuesto por interno por día ha ido aumentando paulatinamente en los últimos años; sin embargo, sigue muy bajo manteniéndose estable desde el año 2010 (18 Nuevos Soles).

En términos de recursos humanos, para el año 2012, el total de trabajadores del INPE ascendía a 6,153, de los cuales, 62% correspondía a Seguridad, 21% al personal administrativo y 16% al personal de tratamiento (Pérez, 2012). El personal penitenciario trabaja bajo el régimen 24 x 48 – es decir 24 horas de trabajo y 48 horas de descanso. La rotación del personal penitenciario se hace en tres turnos, o sea que siempre están de servicio 1,270 personas. Por falta de personal, muchos incurrir en actos delictivos como la corrupción o abusos físicos o psicológicos. Esto significa que:

- Por cada alcaide hay 14 internos;
- Por cada sicólogo hay 374 internos;
- Por cada trabajador social hay 428 internos;
- Por cada educador hay 122 internos; y
- Por cada médico hay 855 internos⁸³

Como se puede ver, estas cifras no son suficientes para asegurar el buen funcionamiento de los establecimientos penitenciarios y cumplir con el objetivo de resocialización de los penados.

7.2 2011: año de todos los records

Notamos un fuerte incremento de la población carcelaria en los últimos 15 años, pasando de 24,297 internos en el año 1997 a 52,700 internos en el año 2011 – es decir, 188 internos por cada 100,000 habitantes (INPE, Diciembre del 2011). En otras palabras, la demanda

81.- Se contabilizó un total de 66 de los 67 establecimientos penitenciarios ya que el E.P. de Yurimaguas se encuentra deshabilitado. En: Pérez (2012).

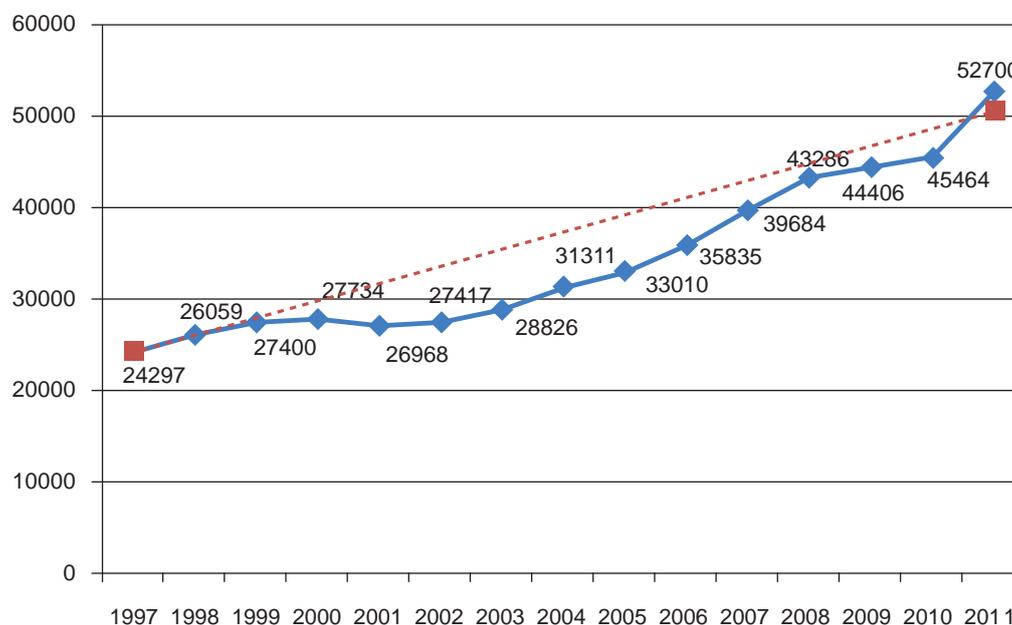
82.- MEF-INPE - Elaboración propia.

83.- Pérez (2012).

carcelaria aumentó en 28,403 internos. Es más, el número de ingresos aumentó de forma exponencial entre enero y diciembre 2011 (4,620 internos). Tan sólo entre julio 2011 y enero 2012, la población carcelaria aumentó en 6,532 internos (Pérez, 2012). Y, para colmo, la capacidad de albergue de las cárceles peruanas es de 28,257 internos, es decir que la tasa de sobrepoblación alcanzó el 87% en diciembre del 2011.

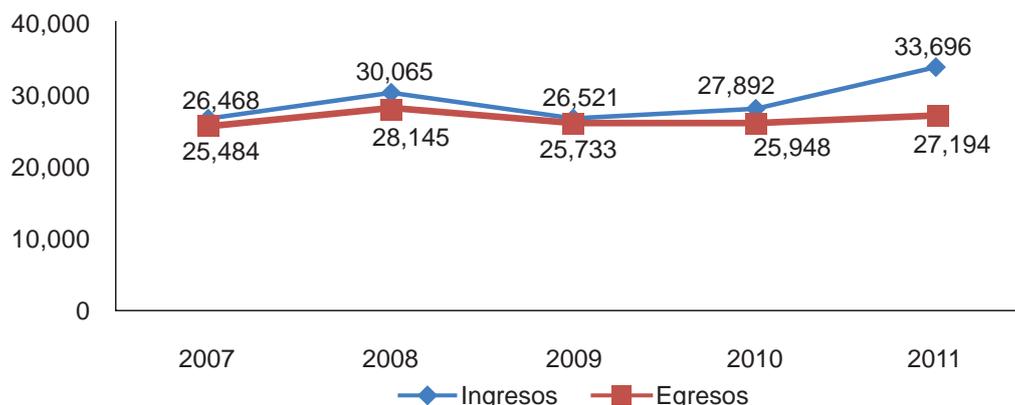
84

Gráfico 4: Crecimiento de la población penitenciaria (1997-2011)



El aumento de la población penitenciaria en los últimos años se debe, entre otras cosas, a un desbalance entre el número de ingresos y egresos de internos en los establecimientos penitenciarios. En efecto, como lo indica el siguiente cuadro, el número de ingresos superó el número de egresos entre los años 2007 y 2011. Este fenómeno se debe en parte a la implementación de políticas de mano dura en general⁸⁵, al endurecimiento de las políticas de reducción de la oferta así como a la falta de acceso a beneficios penitenciarios, entre otros los agravantes para los delitos de drogas.

Gráfico 5: Evolución de ingresos y egresos de la población penitenciaria (2007-2011)⁸⁶



En lo referente a datos estadísticos relacionados a la población carcelaria desagregada por sexo: hoy en día, 49,499 varones (93.93%) se encuentran internados en los establecimientos

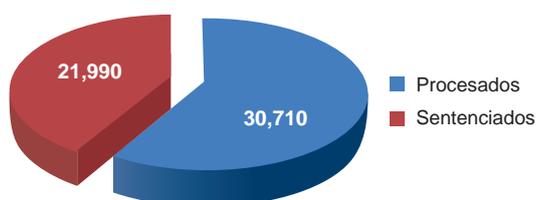
84.- INPE (Diciembre del 2011) – Elaboración propia.

85.- Sobre todo durante el segundo mandato de Alan García.

86.- Pérez (2012) – Elaboración propia.

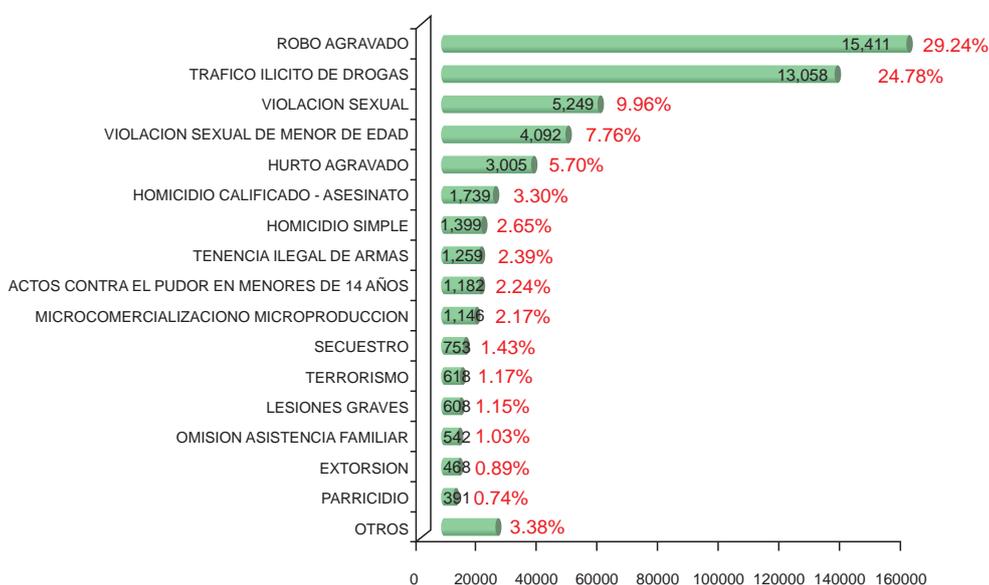
penitenciarios del país, mientras hay 3,201 mujeres (6.07%)⁸⁷. La mayor concentración de la población penal se encuentra en el grupo comprendido entre 30 y 49 años (51%), mientras el 37% tiene entre 18 y 29 años y es económicamente productiva (INPE, Diciembre del 2011). En cuanto a la población desagregada por situación jurídica, alrededor de un 60% se encuentra procesado – es decir, en espera de su juicio – mientras el 40% se encuentra sentenciado. Estas cifras se deben a un problema de sobrecarga administrativa a nivel judicial y penitenciario⁸⁸.

Gráfico 6: Población penitenciaria por situación jurídica⁸⁹



Del total de sentenciados, alrededor de la mitad de internos (55%) fueron sentenciados a penas que oscilan entre los 10 años y la cadena perpetua, un 34% a penas de entre 5 y 10 años, y un 11% a penas de menos de cinco años (Pérez, 2012). Por último, el 70% de población carcelaria son primarios mientras el 30% registra dos o más ingresos (Pérez, 2012). Como lo podemos observar en el siguiente gráfico, un gran número de personas internadas lo son por delitos contra el patrimonio (34.94%), delitos contra la salud pública (26.95%) y delitos contra la libertad (19.96%). Estos tres delitos representan el 81.85% del total de la población carcelaria. En lo que se refiere a delitos contra la seguridad pública, el 24.78% de internos se encuentra procesado o sentenciado por Tráfico Ilícito de Drogas mientras el 2.17% lo es por microcomercialización o microproducción.

Gráfico 7: Población penitenciaria por delitos⁹⁰



En lo referente al siguiente gráfico, es pertinente poner énfasis en el hecho que el término genérico “Tráfico Ilícito de Drogas” (TID) incluye a distintos actores como, por ejemplo, los

87.- El número de mujeres internas con hijos alcanza el 6 % de la población penal femenina (3,201). En la actualidad, hay 194 niños en los penales del país, los cuales permanecen hasta los tres años. En: Pérez (2012).

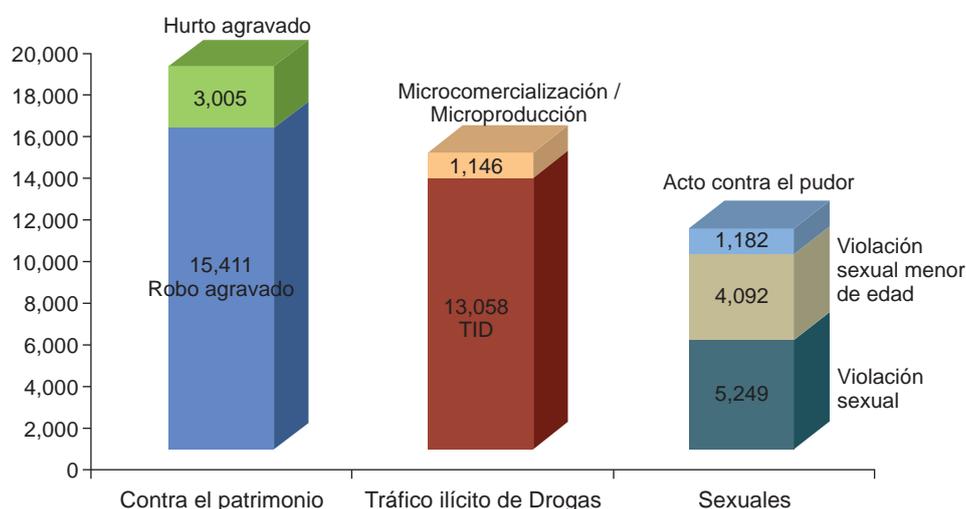
88.- A modo de ejemplo, entre agosto y diciembre del 2011, se efectuaron 8,866 traslados de internos, de los cuales el 87.1 % por mandato judicial; lo cual impide el buen desarrollo de los procesos penales y podría ser fácilmente reemplazados por un sistema de videoconferencias menos costoso. En: Pérez (2012).

89.- INPE (Diciembre del 2011) – Elaboración propia.

90.- Pérez (2012) – Elaboración propia.

poceros, los mochileros, los burriers, los químicos, traqueteros, los transportistas y poseedores para comercialización – lo cual implica distintos eslabones de la cadena de Tráfico Ilícito de Drogas con grados de participación muy diversos. No olvidemos que éstos representan en su mayoría los últimos eslabones de la cadena del tráfico ilícito, los cuales permanecen en la cárcel entre 8 y 25 años.

Gráfico 8: Población penitenciaria por delitos con mayor ocurrencia⁹¹



Si bien podemos hablar de desproporcionalidad en la determinación y la individualización de las penas, sobre todo en los casos de los agravantes, cabe mencionar que esta situación contribuye al problema de sobrepoblación en las cárceles ya que no existen parámetros para distinguir entre los diversos casos de TID. Por otro lado, aproximadamente el 70% de las mujeres sentenciadas por tráfico ilícito de droga son burriers, las cuales permanecen un promedio de 8 años en la cárcel y un 25% son micro-comercializadores quienes permanecen un promedio de 4 a 5 años (DEVIDA, 2010).

En lo que a la población carcelaria de nacionalidad extranjera se refiere, hay un total de 1,455 internos extranjeros (1,217 varones y 238 mujeres) procedentes de 78 países (Pérez, 2012). Cabe señalar que 649 extranjeros están en semilibertad. Sin embargo, podrán regresar a sus países una vez pagada la reparación civil y la multa que les fijan los jueces. El trámite para su expulsión es engorroso y largo; mientras esto ocurre ellos no pueden trabajar formalmente porque no cuentan con documentos y el apoyo de las embajadas de sus países es escaso o nulo; por lo que el riesgo de reincidencia es alto.

Si bien la mayoría de los burriers detenidos son de nacionalidad peruana, alrededor del 90% de los internos extranjeros en el país ha sido sentenciado por Tráfico Ilícito de Drogas bajo la modalidad de burrier. Entre ellos, la mayor incidencia se muestra en aquellos provenientes de España y Holanda (PNP, 2012a).

Cuadro 6: Número de Burriers en el Perú

Burriers	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Peruanos	108 (37%)	193 (24%)	453 (63%)	114 (31%)	99 (21%)	134 (31%)
Extranjeros	182 (63%)	261 (76%)	268 (37%)	255 (69%)	364 (79%)	300 (69%)
TOTAL	290 (100%)	454 (100%)	721 (100%)	369 (100%)	463 (100%)	434 (100%)

91.- Pérez (2012) – Elaboración propia.

Si bien observamos un aumento paulatino del presupuesto diario por interno, éste no basta para garantizar el adecuado funcionamiento del sistema penitenciario y del tratamiento de los internos procesados y sentenciados. El sistema administrativo y condiciones carcelarias son precarias y necesitan ser subsanadas mediante un proceso de reforma del sistema penitenciario y de reasignación estratégica del presupuesto asignado al INPE; más no a través de medidas extraordinarias, como es el caso de los decretos de urgencia, o a través de la privatización de cárceles, la cual convierte el sistema penitenciario en un negocio que busca necesariamente el incremento de la demanda carcelaria. Podemos afirmar hoy en día que las cárceles peruanas son una escuela de la delincuencia, la cual no cumple con su deber de prevenir la reincidencia y reeducar, rehabilitar y reincorporar al penado a la sociedad.

8. Conclusiones y recomendaciones

Luego de haber pasado revista al principio de proporcionalidad, sus modalidades y aplicaciones, así como a la situación legislativa específicamente relacionada a los delitos de drogas, hemos visto sus costos en términos de políticas antidrogas y su impacto en el sistema penitenciario peruano, habiendo encontrado algunos aspectos comunes a manera de aseveraciones, conclusiones.

A nivel legislativo, observamos una serie de incongruencias que son una muestra de la falta de coordinación y sistematización en la legislación peruana, la cual ha generado una inflación del derecho penal y (re)tipificación de los delitos en los últimos años. En ese sentido, la gravedad de las penas previstas para los casos de Tráfico Ilícito de Drogas agravado y la falta de un mayor rigor por parte de la autoridad judicial en la aplicación de los criterios objetivos y normativos para la determinación de la pena, constituyen una vulneración clara del principio de proporcionalidad.

Las penas impuestas en los casos de Tráfico Ilícito de Drogas agravado del Artículo 297 del Código Penal, presentan serios cuestionamientos en lo referente al test de proporcionalidad ya que aparentemente no se adecúan con los objetivos que pretenden alcanzar de conformidad al Artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política del Perú, el cual estipula que “el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”. La imposición de dichas penas no resulta eficaz desde una perspectiva de prevención y resulta desproporcionada con relación a la participación del agente en el delito y la afectación del bien jurídico.

La inadecuada atribución de la calidad de autor a quien le corresponde en realidad la de partícipe o cómplice secundario se traduce por una inadecuada aplicación de las reglas sobre autoría y participación en el delito y tiene consecuencias directas sobre la proporcionalidad de la pena en la medida que implica la imposición de una pena mayor y limita las posibilidades de atenuación de la pena y, por lo tanto, una determinación proporcional de la pena. Asimismo, la omisión de las circunstancias que forman parte del comportamiento y las condiciones personales de cada individuo, considerado aisladamente impide una correcta aplicación del principio de proporcionalidad. Finalmente, la determinación de la pena dentro de los límites de proporcionalidad se puede ver afectada en caso el juzgador no efectúa un análisis sobre la existencia de circunstancias agravantes y atenuantes.

Lo anterior expuesto es el resultado, por un lado, de un desbalance entre los recursos financieros destinados al nivel prejudicial y los destinados a nivel judicial y penitenciario, el cual se traduce por abusos, detenciones arbitrarias y vulneraciones de derechos. Esta primera observación nos permite afirmar que no existen justificaciones a nivel costo/beneficio para adoptar políticas de mano dura ya que éstas se consideran contraproducentes.

Por otro lado, la mala orientación de los presupuestos destinados a la lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas se debe también a una serie de factores geopolíticos que se enmarcan dentro

de la llamada “Guerra contra las Drogas” así como del populismo punitivo o control simbólico de la inseguridad que prevale en los discursos de muchos medios de comunicación así como en los discursos políticos. Existe entonces un desbalance entre los discursos políticos, la práctica jurídica y el poder operativo. Este desbalance nos impide tener claridad acerca del escenario ideológico, político, jurídico y práctico – cuatro niveles en los cuales observamos una vulneración clara y sistemática del principio de proporcionalidad en sentido estricto, abstracto y utilitario.

Lo que no funciona es tiempo de dejarlo. En otras palabras, es tiempo ya de un cambio de paradigma que apunte hacia una mejora de las condiciones de exclusión social, de acceso a la justicia y de mejores sentencias. Ya no ver la seguridad como una lucha contra la amenaza que justifique las políticas de mano dura como un mecanismo de control simbólico de la inseguridad.

Este cambio de paradigma debe apuntar hacia un fuerte reajuste presupuestario y un uso racional y eficiente de los presupuestos asignados a la lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas. En ese sentido, es necesario un tiempo de transición que vaya más allá de las metas a corto plazo de las altas esferas políticas que no han comprendido el problema ni lo han resuelto.

Bibliografía

Academia de la Magistratura (2000), Serie de Jurisprudencia, Lima: Academia de la Magistratura.

Aguado Correa, T. (2010), Principio de proporcionalidad en el derecho penal peruano, en: Principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo, Carbonell, M. y Grández Castro, P. (Coord.), Lima: Palestra.

Castillo Alva, J. L. (2006a), Jurisprudencia penal 2, Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República, Lima: Grijjely.

Castillo Alva, J. L. (2006b), Jurisprudencia penal 3, Jurisprudencia penal 2, Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República, Lima: Grijjely.

CIDDDH (Mayo 2011), Contenidos, Retos y Propuestas para una Política Pública sobre Drogas y Narcotráfico en el Perú, Boletín N° 3.

CIDDDH (2012), Línea Verde, Hoja Informativa. Disponible en <http://www.cidddh.com/archivos/th6447937467.pdf>.

Defensoría del Pueblo (2011), Informe Defensorial N° 154, El Sistema Penitenciario: componente clave de la seguridad ciudadana y la Política Criminal. Problemas, retos y perspectivas, Lima: Defensoría del Pueblo. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/informe-154-FINAL.pdf>.

DEVIDA (2010a), Estudio del impacto social y económico del consumo de drogas en el Perú, Lima: DEVIDA.

DEVIDA (2010b), Consulta de Ejecución del Gasto, 9 de octubre del 2010.

DEVIDA, Área de Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas (2011a), Ayuda Memoria. Documento distribuido el 06 de octubre del 2011 dentro del marco del taller "Políticas y programas de prevención y tratamiento del consumo de drogas en el marco de la inclusión social, seguridad Ciudadana e interculturalidad".

DEVIDA, Área de Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas (2011b), 2012 – 2016: Nuevos Retos en la lucha contra las drogas. Presentación hecha el 06 de octubre del 2011 dentro del marco del taller "Políticas y programas de prevención y tratamiento del consumo de drogas en el marco de la inclusión social, seguridad Ciudadana e interculturalidad".

DEVIDA, Dirección de control de oferta (2011c), Informe de transferencia de gestión de DEVIDA, Período comprendido 29 de Julio 2006 – 30 de Junio 2011.

DICAPI (Sin fecha), Capitanías Guardacostas Fluviales. Disponible en: http://www.dicapi.mil.pe/capitania_fluvial.htm.

El Comercio, Se recortó presupuesto a la Dicapi, 27 de Mayo del 2010. Disponible en: <http://elcomercio.pe/impresa/notas/se-recorto-presupuesto-dicapi/20100527/485867>.

Frisancho Aparicio, M. (2002), Jurisprudencia penal, Ejecutoria Suprema y Superiores, Lima: Juristas Editores.

GAFISUD (2005), Informe de evaluación mutua sobre lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

IDL-Reporteros, ¿Para qué comprar lo que ya se tiene?, 30 de junio del 2012, Disponible en: <http://idl-reporteros.pe/2011/09/29/para-que-comprar-lo-que-ya-se-tiene/>.

Inforegión, Banco de la Nación financia la lucha antisubversiva en el VRAE y cobra intereses a FFAA, 12 de noviembre del 2009. Disponible en: <http://www.inforegion.pe/portada/41580/banco-de-la-nacion-financia-la-lucha-antisubversiva-en-el-vrae-y-cobra-intereses-afaa/>.

INPE (Diciembre 2011), Oficina General de Planificación, Estadística, Unidad de Estadística, Estadística Población Penal.

Jescheck, H. (1981), Tratado de Derecho penal, parte general, Barcelona: Bosch.

La República, FFAA reactivan 3 batallones de ingeniería en el VRAE, 19 de septiembre del 2011. Disponible en: <http://www.larepublica.pe/19-09-2011/ffaa-reactivan-3-batallones-de-ingenieria-en-el-vrae>.

Medina Calvo, S. (Sin fecha), Presupuesto por resultados 2012 de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de TID, Presentación de la Dra. Sonia medina calvo, Procuradora Pública Especializada,.

Ministerio de Economía y Finanzas (2010), Informe de la Secretaría Ejecutiva del Grupo de Trabajo Multisectorial VRAE.

Ministerio de Economía y Finanzas (agosto 2011), Formulación del presupuesto del sector público para el año fiscal 2012, Distribución del gasto del presupuesto del sector público por pliegos del gobierno nacional a nivel de productos, proyectos y actividades (en nuevos soles), 27 de agosto del 2011. Disponible en:
http://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_publ/sectr_publ/proye_2012/Anexos/Anexo5.pdf.

Ministerio de Economía y Finanzas (diciembre 2011), Ley N° 29812 del presupuesto del sector público para el año fiscal 2012, Distribución del gasto del presupuesto del sector público, por pliegos del gobierno nacional a nivel de productos, proyectos y actividades (en nuevos soles), 9 de diciembre del 2011. Disponible en:
http://www.mef.gob.pe/contenidos/presu_publ/sectr_publ/presu_2012/Anexos/Anexo5.pdf.

Ministerio de Economía y Finanzas (mayo 2011), Marco macroeconómico multianual 2012/2014, 25 de Mayo del 2011.

Ministerio del Interior (septiembre 2011), Proyecto especial CORAH, Informe mensual.

Ministerio de Relaciones Exteriores (2011), Amendment to the 1996 operating Agreement Between the USG and the GOP.

Mir Puig, S. (2004), Derecho penal parte general, Buenos Aires: B de F.

Normas Legales (2005), Jurisprudencia penal, Tomo II, Trujillo: Normas Legales.

OSINERGMIN (2010), Gerencia de fiscalización de hidrocarburos líquidos. Disponible en:
<http://www.osinerg.gob.pe/newweb/uploads/GFH/SUPERVISORES%20GFHL.pdf> (Última actualización en 2010).

Pérez Guadalupe, J. L. (2012), La problemática penitenciaria y la seguridad ciudadana, Presentación de José Luis Pérez Guadalupe, 21 de febrero del 2012.

PNP, Estado Mayor General, Dirección de Estadística (2012a), Validación de los Cuadros Estadísticos de las Unidades PNP. Disponible en:
http://www.pnp.gob.pe/estadistica_policia/estadisticas.asp (Última actualización en 2012).

PNP, Frente Policial Huallaga (2012b), Organigrama Actual del Frente Policial Huallaga. Disponible en:
<http://www.pnp.gob.pe/dirtropol/huallaga/organigrama.html> (Última actualización en 2012).

Rojas Vargas, F. (2000), Jurisprudencia penal patrimonial, Lima: Grijley.

Transnational Institute y Washington Office on Latin America (2010), Sistemas Sobrecargados, Leyes de Drogas y Cárceles en América Latina, Buenos Aires: TNI, WOLA.

Ziffer, P. (1996), Lineamientos de la determinación de la pena, Buenos Aires: Ad-Hoc.

CEDD
Colectivo de Estudios Drogas y Derecho

