

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

ESCUELA DE POSGRADO



**TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO, MENCION
EN DERECHO PENAL**

**“La posesión mínima de dos o más tipos de drogas y la vulneración
al principio de mínima intervención del derecho penal”**

Área de Investigación:
Derecho Público

Autor:
Br. Torres Campos, Jhordy Michel

Jurado Evaluador:

Presidente: Espinola Otiniano, Diómedes Hernando
Secretario: Seminario Mauricio, Jorge Fernando
Vocal: Vera Vásquez, Kelly Janet

Asesor:
Carbajal Sánchez, Henry Armando
Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3449-688X>

**TRUJILLO – PERÚ
2021**

Fecha de sustentación: 2021/07/22

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTO

*Con inmensa gratitud a Dios;
Por brindarme salud y ver
cristalizado este sueño aún en medio de tanta adversidad.*

*Con especial cariño:
A mis padres y a mi hermana, por
acompañarme firmemente en esta ardua
travesía para lograr la excelencia
académica.*

PRESENTACIÓN

Ante ustedes distinguidos integrantes del jurado calificador, me complace someter a vuestra consideración la tesis intitulada: **“LA POSESIÓN MINIMA DE DOS O MÁS TIPOS DE DROGAS Y LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL”**, investigación con rigor científico desarrollada con la finalidad de obtener el grado académico de Maestro en Derecho con mención en Derecho Penal; esperando que previa revisión cuente con su aprobación y ser sustentada en el acto de defensa.

El autor

RESUMEN

La investigación comprende la problemática relacionada con la regulación del segundo párrafo del artículo 299 del Código Penal que excluye la exención de responsabilidad penal a la posesión de dos o más tipos de droga; disposición normativa que la consideramos contraviene al principio de mínima intervención del Derecho Penal y las disposiciones del artículo 8 de nuestra Constitución Política; por ello, se formuló el problema ¿De qué manera la sanción por la posesión mínima de dos o más tipos de droga, vulnera el principio de mínima intervención del Derecho Penal, a mérito de lo prescrito en el Artículo 299 del Código Penal?

Durante la ejecución del proceso de investigación recurrimos a diversos métodos de la investigación científica tanto generales como específicos; así a través del método científico, incrementamos el conocimiento a partir del conocimiento existente y de métodos específicos o jurídicos y de técnicas e instrumentos como la recopilación documental y de entrevista a especialistas como Fiscales y Abogados en lo penal, hemos concluimos que en la medida que la sanción penal por la posesión mínima de dos o más tipos de drogas no se limita a lo indispensable, ni comprende la protección de conductas lesivas a bienes jurídicos en su modalidad de ataque más peligrosas para ellos, vulnera el principio de mínima intervención del Derecho Penal.

Asimismo, de los resultados obtenidos y su discusión concluimos que refuerza nuestra posición, así como convalida la propuesta legislativa que se postula a fin de reducir el número de intervenciones policiales a consumidores, evitando el incremento de ingresos de éstos a establecimientos penitenciarios por dicho tema en concordancia con el artículo 2, inciso 1) de la misma Constitución que configura el derecho fundamental al libre desarrollo.

Finalmente, con las conclusiones y la propuesta legislativa que se postula se propone modificar el artículo 299 del Código Penal incluyendo dentro de la posesión no punible la posesión de droga para el propio e inmediato consumo, de uno o más tipos, en las cantidades

mínimas establecidas con la exclusión de sus alcances cuando la posesión de dos o más tipos de drogas sea con fines distintos al propio e inmediato consumo.

ABSTRACT

The investigation covers the issue related to the regulation of the second paragraph of article 299 of the Penal Code which excludes the exemption from criminal liability for the possession of two or more types of drugs; provision that we consider to contravene the principle of minimal intervention of criminal law and the provisions of article 8 of our Political Constitution; therefore, the problem was formulated How does the penalty for the minimum possession of two or more types of drugs violate the principle of minimal intervention of criminal law, on the merits of the requirements of Article 299 of the Penal Code?

During the execution of the research process we resorted to various methods of scientific research both general and specific; thus through the scientific method, we increase knowledge from existing knowledge and specific or legal methods and techniques and instruments such as documentary collection and interviewing specialists such as Prosecutors and Criminal Lawyers, we have concluded that to the extent that the criminal penalty for the minimum possession of two or more types of drugs is not limited to the indispensable, nor does it include the protection of conduct harmful to legal property in its most dangerous form of attack for them, does not infringe the principle of minimal intervention of criminal law.

In addition, from the results obtained and their discussion we conclude that it reinforces our position, as well as validates the legislative proposal that is proposed in order to reduce the number of police interventions to consumers, avoiding the increase in income from consumers to prisons by that subject in accordance with article 2(1) of the same Constitution that configures the fundamental right to free development.

Finally, with the conclusions and the legislative proposal proposed, it is proposed to amend article 299 of the Penal Code including within the unpunishable possession the possession of drugs for the own immediate consumption, of one or more types, in the minimum amounts established to the exclusion of their scope when possession of two or more types of drugs is for purposes other than own immediate use.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTO	1
PRESENTACIÓN	3
RESUMEN	4
ABSTRACT	6
CAPÍTULO I: EL PROBLEMA	11
1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	12
2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	16
3. HIPÓTESIS	16
4. VARIABLES	16
5. OBJETIVOS	17
6. JUSTIFICACIÓN	17
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA	20
1. TIPO DE INVESTIGACIÓN	21
a) Por su finalidad:.....	21
b) Por su naturaleza:.....	21
c) Por su carácter:	21
c) Por su diseño:.....	22
2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLE	23
3. MATERIAL Y MÉTODOS	233
3.1. Población y muestra.....	23
3.1.1. Fórmula.....	24
3.1.2. Muestreo	24
3.1.3. Requisitos de la muestra	24
3.2. Unidades de Análisis	24
3.3. Métodos	25
4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	28
5. PROCEDIMIENTO REALIZADO PARA RECOLECTAR INFORMACIÓN	29
6. DISEÑO DE PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS	30
CAPÍTULO III: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA	32

SUB CAPÍTULO I: MARCO REFERENCIAL.....	33
a) Antecedentes.....	33
SUB CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	37
TÍTULO I	37
1.1. EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS	37
1.1.1. Consideraciones Generales.....	37
1.1.2 El Tipo Base	39
1.1.2.1 El Bien Jurídico Protegido.....	39
1.1.2.2 Tipicidad Objetiva	39
1.1.2.3 Tipicidad Subjetiva.....	¡Error! Marcador no definido.
1.1.2.4 Tentativa y Consumación	¡Error! Marcador no definido.
1.1.2.5 Pena	¡Error! Marcador no definido.
1.1.3 El Tráfico Ilícito de Drogas como problema transfronterizo.....	39
1.1.4 El Tráfico Ilícito de Drogas en la Constitución Política del Perú.....	¡Error! Marcador no definido.
1.2 MICROCOMERCIALIZACIÓN O MICROPRODUCCIÓN	¡Error! Marcador no definido.
1.2.1 Consideraciones generales.....	¡Error! Marcador no definido.
1.2.2 Formula legal.....	50
1.2.3 Elementos del Tipo.....	51
1.2.3.1 El Bien Jurídico Protegido.....	51
1.2.3.2 Tipicidad Objetiva	51
1.2.3.3 Tipicidad Subjetiva.....	55
1.2.3.4 Pena	55
1.3 EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y SU CONTEXTO NORMATIVOINTERNACIONAL	56
1.3.1 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.....	56
1.3.2 La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)	57
1.3.3 El Plan de Acción Hemisférico sobre Drogas 2016-2020	58
TÍTULO II.....	60
2.1. LA POSESIÓN NO PUNIBLE DE DROGAS EN EL CÓDIGO PENAL.....	60
2.1.1 Aspectos Generales y Antecedentes de su Regulación Normativa Nacional	60

2.1.2 Formula Legal.....	65
2.1.3 Análisis del Tipo.....	70
2.1.4 Aspectos relacionados con Valoraciones Dogmáticas y de Política Criminal	60
2.1.5 Fundamento Político Criminal del consumo no impune	65
2.1.6 Consideraciones para no sancionar la conducta	70
2.1.7 La Intervención del Derecho Penal.....	72
2.1.8 El Tratamiento para el Consumidor.....	73
2.1.9 Límites de la Exoneración de Responsabilidad en el Artículo 299 ... ¡Error! Marcador no definido.	
2.1.10 Cantidades y Variedades de Drogas para el propio consumo exento de Pena.....	77
2.1.11 Supuestos que se excluyen de la Exención de la Pena	78
2.1.12 La Represión Penal por Tenencia de Dos o más Tipos de Drogas.....	79
2.1.13 Consumo personal: Constitución, Convención y Legislación internacional	83
TÍTULO III.....	87
3.1 EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL.....	87
3.1.1 Introducción.....	87
3.1.2 Antecedentes.....	89
3.1.3 Definición y Alcances.....	90
3.1.4 El Rol del Derecho Penal a razón del Principio de Mínima Intervención	91
3.1.5 El Garantismo y el Derecho Penal Mínimo	92
3.1.6 El Rol de los Bienes Jurídicos en la Intervención Mínima del Derecho Penal.....	93
3.1.7 El Derecho Constitucional y el Derecho Penal	95
TÍTULO IV.....	97
4.1 LA PERSECUCIÓN POLICIAL DE LOS CONSUMIDORES DE DROGA.....	98
4.1.1 Aspectos Preliminares	98
4.1.2 La Estigmatización del consumo de drogas.....	99
4.1.3 La Persecución de los usuarios de drogas.....	99
TÍTULO V: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA	¡Error! Marcador no definido.
5.1 Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 07717-2020- 13-PHC/TC Lima Fundamento de Voto de Ramos Núñez	¡Error! Marcador no definido.
5.1.1 Aspectos Generales.....	¡Error! Marcador no definido.
5.1.2 Precisiones respecto de la demanda de Habeas Corpus.....	¡Error! Marcador no definido.
5.1.3 Consideraciones adicionales en el Fundamento de Voto... ¡Error! Marcador no definido.	

CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN	113
Análisis de Entrevistas	115
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES	145
CAPÍTULO VI: RECOMENDACIÓN	149
BIBLIOGRAFÍA	156

CAPÍTULO I
EL PROBLEMA

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

Uno de los problemas dogmáticos más arduos y complejos en el Derecho penal es, sin duda, la determinación de la naturaleza jurídica y justificación político-criminal de los denominados “delitos de posesión”. Bajo esta técnica legislativa, se criminaliza la posesión de objetos ante el potencial peligro que estos suponen, o ante la eventualidad de que sean utilizados para cometer un delito. Sin embargo, si se entiende a la “posesión” como “tener una cosa” se está haciendo referencia a un hecho y no a un comportamiento, lo que no resulta compatible con un derecho penal que solo reprime “actos”.

Hablar del tráfico ilícito de drogas, resulta especialmente sensible en una sociedad como la nuestra, situación que se encuentra plenamente justificada en el afán de proteger, principalmente, a nuestros jóvenes de este “problema social”; y, por ello el Estado peruano, ha establecido como parte de su política nacional, la lucha frontal contra el narcotráfico, hecho que todos los peruanos apoyamos sin mediar reparo alguno, sin embargo hay pequeños circunstancias o casos específicos en los cuales, el Derecho penal, por su naturaleza y rigor, necesariamente debe tratar estos temas desde una óptica principialista, por cuanto existen otros mecanismos de control social llamados a tratar de manera efectiva estos conflictos.

Así, el hábito de “drogarse” no es realmente nuevo dentro de la sociedad, pues históricamente, las personas siempre han consumido sustancias que alteran el funcionamiento normal del sistema nervioso central. El alcohol y los opiáceos fueron las primeras drogas psicoterapéuticas utilizadas para este propósito, desde aproximadamente 5000 a.C.

A nivel internacional

En Colombia, considerado como uno de los países más grandes en la producción y micro comercialización de drogas, la Corte constitucional llegó a eliminar dos

prohibiciones del Código de Policía frente al consumo de drogas, subsanándose un vacío jurídico en la política de drogas y superándose el espíritu prohibicionista del de su Gobierno, basándose principalmente en las sanciones que se les interpondrán y en el consumo de la dosis personal en parques o cercanías de colegios.

En Argentina se realizaron muchos cambios a su Código Penal desde el artículo 316 hasta el 540, sin embargo, en el título 15 denominado “delitos de narcotráfico y relacionados con estupefacientes”, aclara que la tenencia para consumo personal no será punible siempre que se trate de una “escasa cantidad” y que se registre “en el ámbito privado”.

Si bien ambos países tienen problemas en el control del tráfico ilícito de drogas, hay que tener en cuenta que el poder del Derecho penal, siendo un poder garantista y que su fuente de coerción está siendo obsoleta en la actualidad, entró a tallar el principio del Derecho penal de mínima intervención, en donde se busca o da a conocer que el derecho penal sólo será aplicable cuando sea necesario e imprescindible ante una conducta ilícita, así es menester precisar que en el caso de Argentina, esto no es punible, cuando sea en cantidades mínimas ya que es innecesario aplicar el Derecho penal ante una situación de ínfima gravedad, el cual no genera un peligro colectivo, mientras en Colombia recientemente en el año 2019, estaba en debate la regulación y prohibición de la mínima cantidad de droga, llegando a resolver que está prohibido cualquier cantidad de droga que se encuentre en posesión al sujeto en lugares públicos o cerca a estos, a la vez determina las sanciones que se pueden aplicar como la pena privativa de libertad por la mala conducta.

A nivel nacional

Hoy en día, la adicción sigue siendo la más preocupante en los países occidentales, con miles de millones de inversiones diseñadas para desintoxicar y disuadir el

consumo. En este sentido, nuestro país es considerado un productor de sustancias tóxicas (droga) por excelencia, dado que la mayor parte de la droga producida en Perú está destinada al mercado internacional, con una proporción menor de la droga en el mercado a nivel nacional, especialmente en las grandes ciudades. Para la demanda interna, el circuito de drogas siempre comienza en las áreas circundantes, donde hay poco control sobre el área antes de ser transportado a las principales ciudades, pasando por una red de distribución completa que conecta todos los circuitos, desde la producción hasta el consumo.

Sin embargo, la posesión de drogas asociadas con el tráfico ilícito, tal como se define en el segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal, corresponde a esta fase del ciclo de las drogas, en la que la sustancia ilegal se elimina en el consumidor final. Esto también es mencionado por el autor Schroeder (2004), quien señala que: Algunas de estas causas de posesión pueden considerarse como uno de los elementos tipo con la intención de usar objetos poseídos, es decir, se debe requerir internamente una predisposición para alcanzar su punto máximo. (p. 159)

Para poder concluir que el momento en un caso penal puede llegar a determinar que todo poder o posesión comienza cuando se adquiere y termina cuando deja de estar en su poder. Molina (2005) afirma sobre el tipo penal de posesión de drogas, llegando a reflexionar: *"El concepto de posesión de drogas puede definirse como un significado no político, pues este término puede tener un significado más amplio y puede identificarse de inmediato, de modo que el peligro abstracto se establece de acuerdo a lo que determina el artículo 368"*. (p. 110).

Es así que se puede determinar que el problema de la investigación radica en que la legislación actual castiga el comportamiento de la persona que tiene consumo de dos o más tipos de drogas considerándolo como una persona micro comercializadora, a pesar de que esta persona tiene en cantidades mínimas, para ello

lo que se busca es que se aplique adecuadamente el principio de mínima intervención del Derecho penal para que no sea punible el actuar del sujeto.

Sin embargo, nuestra legislación actual, regula el comportamiento ilegal, como la producción, procesamiento, comercialización y micro comercialización, cuando los delitos penales de tráfico de drogas son criminalizados. Estos se caracterizan por una disminución de sustancias, productos u objetos que son peligrosos para la salud o incluso para la vida humana. De hecho, la regulación del Derecho Penal de tales incidentes responde a la necesidad de proteger estos bienes y los riesgos derivados del uso o consumo de estos productos.

Para castigar la posesión de drogas en particular, se debe determinar la intención de tratarla para establecer contacto con el elemento subjetivo de la especie y, por lo tanto, no poder aceptar un régimen documental basado en el método 'iuris tantum', que no lleva la carga de la prueba, por lo que fue rechazado en casos penales y violando el principio de la presunción de inocencia y, por lo tanto, en indubio pro reo, que solo la perfección criminal se agota simplemente al reconocer la acción, lo que nos lleva a un hallazgo que no es un crimen de intención.

Nuestro código penal en su artículo 299 establece la posesión no punible de drogas ya sea el tipo que establece este artículo, o las cantidades máximas que un consumidor puede tener en su posesión, pero el problema resulta evidente al momento de lograr probar si el detenido con sustancias ilícitas verdaderamente es un consumidor o no, sin embargo pueda adquirir más un gramo o miligramo al momento de consumir la sustancia ilícita de lo establecido por la norma y que por circunstancias de la vida sea intervenido con lo que posiblemente iba a consumir, bien ahora es necesario recalcar que teniendo en el universo jurídico el principio de mínima intervención penal, este debe ser aplicado con mayor frecuencia para aquellos delitos que no generen peligro, como es el caso del delito materia de investigación, en este trabajo de grado.

Por ello es necesario analizar el artículo 299 del Código Penal, con el fin de que el juzgador a través de la valoración de los medios de prueba pueda optar por aplicar el principio de mínima intervención penal en cuando este lo amerite (imputado sin antecedentes penales, condiciones socioculturales, etc), asimismo esta aplicación ayudará a mejorar la regulación del delito de posesión de cantidades de drogas mínimas diversas, llegando a considerar que la regulación jurídica penal de tales hechos responde a la necesidad de proteger a estos bienes también frente a los riesgos derivados del uso o consumo de estos productos.

2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿De qué manera la sanción por la posesión mínima de dos o más tipos de droga, vulnera el principio de mínima intervención del Derecho Penal, a mérito de lo prescrito en el segundo párrafo del artículo 299 del Código penal?

3. HIPÓTESIS

Siendo que la sanción penal por la posesión mínima de dos o más tipos de drogas prescrito en el segundo párrafo del artículo 299 del Código penal no se limita a lo indispensable, ni comprende la protección de conductas lesivas a bienes jurídicos en su modalidad de ataque más peligrosas para ellos, vulnera el principio de mínima intervención del Derecho Penal.

4. VARIABLES

- **VD:** Vulneración del Principio de mínima intervención del Derecho Penal.
- **VI:** La sanción penal por posesión mínima de dos o más tipos de drogas prescrita en el segundo párrafo del artículo 299 del Código penal.

5. OBJETIVOS

5.1. Objetivo General

- Determinar sí la sanción penal por la posesión mínima de dos o más tipos de droga, vulnera el principio de mínima intervención del Derecho penal.

5.2. Objetivos Específicos

- Analizar el alcance ontológico del principio de mínima intervención del Derecho Penal.
- Analizar la procedencia de sancionar penalmente la posesión mínima de dos o más cantidades de droga, de acuerdo a la narración típica del artículo 299 del Código penal.
- Proponer modificación legislativa del artículo 299 del Código penal, para regular adecuadamente la posesión de cantidades mínimas de drogas diversas.

6. JUSTIFICACIÓN

a) Justificación Teórica

Nuestra investigación se justifica por cuanto se ha determinado que la punición del segundo párrafo del artículo 299 del Código Penal, relacionado con la posesión de cantidades mínimas de drogas diversas, atenta contra el principio de mínima intervención penal; así también por cuanto es necesario identificar una técnica legal que permite llegar a penalizar correctamente y probar el delito materia de investigación.

Por lo tanto, se deben tomar medidas apropiadas para verificar los aspectos principales que identifican claramente las circunstancias, causa y propósito de las cantidades mínimas y las diversas formas de estas sustancias; más aún cuando se ha evidenciado la existencia de policonsumidores.

Del mismo modo es de considerar que la finalidad de la investigación es lograr la objetivación de los elementos de la prueba indiciaria. La cual puede construirse y lograrse cotejando aspectos objetivos que indiquen la razón, circunstancias y propósito de la posesión de cantidades mínimas de drogas diversas.

Finalmente es importante conocer la estructura del tipo penal del tráfico ilícito de drogas en el campo de la justicia, especialmente en el área penal, donde se regula la comercialización, producción, favoritismo, ventas y consumo entre otras formas vinculadas con dicho ilícito en el mismo cuerpo legal.

b) Justificación Metodológica

Por cuanto para obtener información sobre esta investigación, se recopiló datos y opiniones de especialistas en Derecho penal, siendo ello la razón para una revisión detallada en bibliotecas virtuales y físicas. Asimismo; de la revisión bibliográfica de los repositorios de varias universidades nacionales e internacionales y centros de investigación especializados en este tema con la finalidad de obtener un campo especializado más amplio.

La preparación de esta investigación comprende el análisis del citado artículo 299 en relación con la posesión de cantidades mínimas de diversos tipos de droga de conformidad con la aplicación adecuada del principio de mínima intervención del Derecho penal, teniendo en cuenta la validez y fiabilidad de la aplicación de la investigación penal.

c) Justificación Práctica

La exposición y análisis del problema social objeto de investigación ayudará a resolver en el campo criminal la problemática vinculada con la penalización por la posesión mínima de drogas diversas a fin que se regule adecuadamente en relación al artículo 299, aplicándose el principio de intervención mínima para mejorar la justificación legal y político-criminal de los llamados "delitos contra la posesión".

Del mismo modo; la investigación se justifica por cuanto revelando el objeto materia de análisis se constituirá en una fuente de información para los estudiantes de derecho y abogados especialistas, así como brinda una sólida base de conocimiento sobre estos eventos que reflejan la realidad en la que vivimos; advirtiendo que el problema es relevante dentro del Derecho penal, así como la comunidad misma; ello constituye razón por la cual la revisión de esta investigación tendrá un alcance clave y una contribución legal respecto al actual y vigente fenómeno de las drogas.

d) Justificación jurídica.

Nuestro trabajo de investigación es relevante jurídicamente por cuanto expone la necesidad de establecer precisiones en que la posesión mínima de drogas de diferentes tipos sean penalizadas y no conforme se encuentra actualmente regulada que perjudica y atenta derechos fundamentales de las personas como a decidir sobre su propio cuerpo, viendo con ello incrementado el número de consumidores detenidos e incluso internados en establecimientos penitenciarios que luego son absueltos de procesos penal atentando también contra su derecho de presunción de inocencia; con ello los diferentes operadores de justicia como Jueces y Fiscales tendrán mayores elementos de juicio a fin de cumplir objetivamente con sus funciones.

CAPÍTULO II

METODOLOGÍA

1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

a) Por su finalidad:

La investigación es Aplicada; según Tamayo, M. (2003):

La investigación aplicada comprende el estudio como la aplicación del proceso investigador a concretos problemas en concretas y determinadas circunstancias. Su aplicación deviene en inmediata y descarta desarrollar teorías.

Estando a lo señalado es de precisar que con la investigación se pretende atender la necesidad práctica de resolver un problema acaecido en la práctica judicial, relacionada a la posesión mínima de dos o más tipos de droga, en cuyo caso específico, su persecución penal, colisiona con el principio de mínima intervención.

b) Por su naturaleza:

La investigación es Cualitativa; conforme enseña Tamayo, M. (2003):

La investigación cualitativa es aquella que emplea determinantemente información descriptiva y no cuantificable.

Así; nuestra investigación es cualitativa pues nos interesamos en observar la realidad, considerando como punto de partida nuestra percepción precisando las características del fenómeno jurídico que será objeto de investigación partiendo de la información ya recabada, relacionada con la posesión mínima de dos o más tipos de drogas, particularmente información descriptiva.

c) Por su Carácter:

La investigación es Descriptiva; pues conforme Bernal, C. (2010):

En la investigación descriptiva se exponen sucesos, circunstancias como también particularidades del objeto que está siendo estudiado.

Conforme lo antes señalado, con el presente estudio se describe el comportamiento tanto de los operadores jurídicos como de la población pasible de persecución penal, en los casos de posesión mínima de dos o más tipos de droga a partir de circunstancias y sucesos concretos relacionados con la referida posesión y lo regulado en el segundo párrafo del artículo 299 del código sustantivo penal.

d) Por su diseño:

La investigación es no experimental; conforme Flames, A. (2012):

En la investigación no experimental no se asigna condiciones o valores específicos a las variables; el sentido es que los fenómenos sean descritos señalando hechos u exponiendo situaciones tal cual se presentan.

En nuestra investigación no se manipula variables, los hechos objeto de investigación son extraídos sin ser alterados de su propia realidad; de igual modo, no son modificados ni menos sujetos a estímulos para advertir sus efectos; el fenómeno jurídico y su realidad son analizados en su forma, de acuerdo como se presenta.

2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLE

VARIABLE	INDICADOR		SUB INDICADORES
“La vulneración del principio de mínima intervención del Derecho Penal con lo regulado en el segundo párrafo del artículo 299 del Código penal”	DOCTRINARIOS	Constitucionalistas, Penalistas y Procesalistas	- Bramont Arias, L. - Molina T. - Peña Cabrera, A. - Prado, V. - Schroeder, F.
	NORMATIVOS	Nacionales	- Constitución Política del Perú. - Código Penal, D.Leg N° 635
		Supranacionales	- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 - El Plan de Acción Hemisférico sobre Drogas 2016-2020.
	ENTREVISTAS		- Fiscales penales - Abogados penales.
RESOLUCIÓN		- Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente N° 07717-2020 13-PHC/TC LIMA – Fundamento de voto de Ramos Núñez	

3. MATERIAL Y MÉTODOS

3.1. Población y muestra

Técnica	Unidades de Análisis	SS	Población	Muestra	%
Entrevistas	Fiscales penales	5			
	Abogados penalistas	10			
		15			

Recopilación documental	Resolución Judicial	1	16	16	100
--------------------------------	---------------------	---	----	----	-----

3.1.1. Fórmula

Al trabajarse con toda la población, no requerimos de muestra.

3.1.2. Muestreo

Es Bietápica; por cuanto se extraerá una muestra que no será probabilística de la población o universo.

3.1.3. Requisitos de la muestra

✓ **Válida:**

Se precisa que nuestra muestra es válida por contar con las propiedades y cualidades de la población.

✓ **Representativa:**

Pues la muestra considerada en la presente investigación cuenta y representa a la población que cuidadosamente ha sido identificada y seleccionada.

✓ **Confiable:**

Por cuanto del mismo modo la muestra determinada resulta confiable y ésta satisface la exigencia de ser representativa que necesariamente requiere y debe observarse en las investigaciones de carácter científico.

3.2. Unidades de Análisis

- Fiscales Penales

- Abogados penalistas
- Resolución judicial

3.3. Métodos

✓ **Método Científico**

Conforme enseña Cabezas, Andrade y Torres (2018): *A través del método científico se emplearán procesos de contenido objetivo con la finalidad de indagar sus componentes intrínsecos como extrínsecos, de tal manera que se pretende ahondar en los conocimientos que previamente se hubieren adquiridos y serán verificados con una imprescindible rigurosidad racional.*

Con el empleo del método científico, se logró crear conocimiento a partir del conocimiento previamente adquirido, específicamente relacionado con el tráfico ilícito de drogas, la exención de la responsabilidad penal ante el consumo propio de drogas y la necesidad de regularse con mayor extensión y precisión la punibilidad de la posesión de diversos tipos de droga a fin de accionar conforme el principio de mínima intervención del Derecho penal.

✓ **Métodos generales o lógicos**

• **Método Analítico - Sintético**

Según Bernal, C. (2010): *Con el empleo del método analítico – sintético se estudia acontecimientos, empezando por determinar el objeto en estudio, para luego proceder a analizar sus componentes de manera individual para posteriormente engranar sus elementos o componentes y ser íntegramente estudiados.*

En el presente estudio; el método analítico fue empleado al seleccionar las fuentes que recopilamos información, como la doctrina bibliográfica que se acopió relacionada con la posesión mínima de dos o más tipos de drogas. Una vez obtenida dicha información, fue disgregada con ayuda del método sintético y se procedió a elaborar el marco conceptual de la Tesis.

- **Método Inductivo – Deductivo**

Conforme refiere Bernal, C. (2010) *El método inductivo es aplicado en las investigaciones a fin que a partir de conocimiento de sucesos particulares que se hubieran obtenido de situaciones particulares, considerados como verídicos, se puedan llegar a obtener conocimiento de carácter general; en tanto con el método deductivo se partirá de conocimientos generales para arribar a conocimientos particulares.*

Con la ayuda de los citados métodos, empleados en la recolección de la información, se logró contar con la fundamentación teórica y nos permitió elaborar las conclusiones y recomendaciones.

- ✓ **Métodos jurídicos**

Conforme Ossorio. Manuel (2010) *Los métodos jurídicos comprende la recopilación de técnicas, procedimientos u tratamientos lógicos orientados a la investigación relacionadas con causas y fines del derecho. Sirven a fin de interpretar y conocer sus fuentes, así como también para con la estructura de sus textos, códigos; su difusión y enseñanza.*

En nuestra investigación los métodos jurídicos o conocidos también como específicos, nos permitió comprender e interpretar las diversas

normas que regulan el tráfico de drogas ilícitas con el principio de mínima intervención del Derecho penal, así como de disposiciones normativas supranacionales y convenios internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico nacional relacionado con el tema de drogas.

- **Método Histórico**

Según Rodríguez, A. y Pérez A. (2017) *El método histórico facilita y permite, en toda investigación, que se conozca como transcurrió el objeto materia de estudio a través de su historia.*

Con ayuda del método histórico nos permitió conocer e identificar los antecedentes de la regulación de la posesión de drogas, la posesión mínima y la posesión de dos o más tipos de drogas, logrando precisar cómo afecta el principio de mínima intervención del Derecho Penal.

- **Método Doctrinario**

Conforme Sullcaray, S. (2013) *A través del método doctrinario se permite la recopilación de información relacionada con fuentes en artículos, libros, revistas, investigaciones previas como también en publicaciones.*

El método doctrinario permitió la selección de información con bases doctrinarias de la que se pueden identificar y extraer variadas posturas y corrientes relacionadas con sustancias ilícitas y el rol que debe cumplir el Estado para hacer frente a la problemática que representa en la sociedad, tanto de autores nacionales como extranjeros, de los que hemos podido extraer sus aportes más relevantes vinculados con la presente Tesis y la aplicación de la mínima intervención del Derecho penal.

- **Método Hermenéutico**

Según Osuna (1996) *La hermenéutica jurídica es concebida como aquella perspectiva de la práctica razón.*

Empleando el método Hermenéutico – jurídico, a partir del análisis e interpretación de modo crítico a textos legales se logró contar con diversos aspectos en que se sustenta y fundamenta nuestra investigación partiendo para ello de nuestra realidad problemática observada, aquella que motivó su análisis, orientándonos a evidenciar el fundamento normativo vinculado con la posesión mínima de droga y la posesión mínima de dos o más tipos de drogas.

- **Método Exegético**

En la presente investigación recurrimos al método exegético al estudiar con profundidad del marco normativo regulatorio que comprende el objeto materia de investigación; especialmente con los dispositivos normativos legales que regulan posesión mínima de dos o más tipos de drogas regulado en el código penal y el principio de intervención mínima del Derecho Penal.

4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

- ✓ **Entrevistas:** Esta es una técnica que establece tendencias en el objeto que se investiga, pues a través de un interrogatorio y/o conversatorio en específico con un especialista, podremos obtener información relevante con relación al objetivo que se persigue en la investigación, esto es el análisis al artículo 299 del código penal en función a la punibilidad de la posesión de cantidades mínimas de drogas diversas en relación al principio de mínima intervención.

Cuestionario de Entrevistas: A través del cual se presentará el cuestionario de preguntas que serán aplicadas a los especialistas que entrevistaremos.

- ✓ **Análisis documental:** El análisis documental es una forma de investigación técnica, un través de los diversos recursos que se requiere para poder representar un análisis del artículo 299 del código penal en función a lo que es conocido como punibilidad de la posesión de cantidades mínimas de drogas diversa, así como también un análisis de la información de la investigación.

Fichaje: Por medio de cual se obtendrá información necesaria para tener datos con la finalidad de ser contenidos en fichas bibliográficas

- ✓ **Observación**

A través de esta técnica se evidenciará información relacionada con el tema objeto de investigación, con la finalidad de advertir directamente los sucesos, circunstancias y hechos previamente advertidas también en nuestra realidad problemática que cautivó el interés del investigador para plantearse la decisión de ejecutar la investigación.

5. PROCEDIMIENTO REALIZADO PARA RECOLECTAR INFORMACIÓN

Primer Paso: Procedimos a efectuar la búsqueda de la información y documentación bibliografía relacionada con los temas que comprende el marco teórico de las bibliotecas virtuales y físicas especializadas de distintas Facultades de Derecho de Universidades locales de la ciudad de Chiclayo, Trujillo y Lima, con la finalidad de seleccionar y recopilar información necesaria, relevante y pertinente para la Tesis.

Segundo Paso: Se procesó la información y documentación bibliográfica especializada y se procedió a elaborar el marco teórico.

Tercer Paso: Dentro de las limitaciones físicas con motivo de la pandemia por el COVID-19 sostuvimos contacto con los especialistas inmersos en actividades jurisdiccionales y profesionales relacionadas con el tema en investigación, específicamente con Fiscales y Abogados en lo penal del Distrito Judicial de Amazonas, a fin de entrevistarlos. Dicho contacto se dio por medio telefónico y a través de correos electrónicos; siendo también a través de éstos que se recibió sus variadas posiciones y posturas que analizadas son presentadas en el Capítulo IV Resultados y Discusión.

6. DISEÑO DE PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE DATOS

La presente investigación se presenta en seis capítulos, sub capítulos y títulos, conforme se detalla a continuación:

Capítulo I: “EL PROBLEMA”, en el que presentamos la exposición detallada de la realidad problemática observada y que motivó su estudio, también se presenta el enunciado del problema, la hipótesis, sus respectivas variables, sus objetivos tanto general como específicos y las justificaciones que sustentan la tesis.

Capítulo II: “METODOLOGÍA”, en que sustentamos el tipo de investigación, la operacionalización de variable, se precisa la población con su respectiva muestra, se precisa de los métodos empleados, las técnicas a las que se recurrió durante el desarrollo de la investigación y sus respectivos instrumentos que se aplicaron.

Capítulo III: “FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA”, que comprende el Sub Capítulo I: Antecedentes, el Sub Capítulo II: Marco Teórico con cinco títulos: Título I: El Tráfico Ilícito de Drogas, Título II: La Posesión no Punible de Drogas en el Código

Penal, Título III: El principio de Mínima Intervención del derecho penal, Título IV: La Persecución Policial de los Consumidores de Drogas y Título V: Análisis de Jurisprudencia.

Capítulo IV: “RESULTADOS Y DISCUSION”, en el que también contiene el Análisis de Entrevistas.

Capítulo V: CONCLUSIONES

Capítulo VI: RECOMENDACIÓN

Bibliografía.

CAPÍTULO III
FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

SUB CAPÍTULO I
MARCO REFERENCIAL

a) Antecedentes

a.1) Antecedentes Nacionales:

1. **Pérez (2018)**, en su investigación titulada: *“Efectos de la Detención Indebida por la Posesión de Drogas, Callao 2017”*, para optar el Grado Académico en Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal en la Escuela de Posgrado de la Universidad Cesar Vallejo, afirma que según lo establecido por el autor existen detenciones inadecuadas por la posesión de drogas, ya que se ven casos en la actualidad donde son detenidos y privados de su libertad hasta por 15 días, incluso debe esperar se esclarezca su situación jurídica; no obstante ello, fueron detenidas injustamente ya que la cantidad es de uso personal.

2. **Espinoza (2017)**, en su investigación titulada: *“La posesión impune de drogas y la calificación de delito de tráfico ilícito de drogas según jueces y fiscales de la Corte Superior del Callao, 2017”*, para optar el título profesional de Abogado de la Universidad Cesar Vallejo, en que determina que el consumo de droga es permitidito siempre y cuando sea de uso personal y consumo inmediato, entonces pongámonos en el caso de que una persona evite su consumo inmediatamente por motivos que considere pertinente, estaríamos ante la vulneración de un paramento de consumo inmediato.

3. **Sembrera (2017)**, en su investigación titulada: *“Tratamiento legal de la posesión de dos tipos de drogas para el autoconsumo en el Ministerio Público de la Provincia Constitucional del Callao”*, para optar el Título Profesional de Abogado en la Universidad Cesar Vallejo, refiere que respecto a la posesión se debe ejercer un control sobre el objeto, y el ejercicio de ese control equivale a un comportamiento, se tenga o no derecho a esa posesión, de esta manera el

delito se extenderá mientras dure ese control, durante el lapso en que se verifica dicha posesión.

4. **Gamboa (2017)**, en su investigación titulada: “*Análisis del delito de la posesión de dos o más tipos de drogas en la ley Penal Peruana*”, para optar el Título Profesional de Abogada en la Universidad Cesar Vallejo, concluye en que debemos de tomar en cuenta que en el Derecho penal peruano y el comparado se observa también la criminalización de la posesión de objetos neutros o inocuos; se puede determinar como ejemplo aquellos mecanismo que son normalmente usado para un propósito que tiene una acción completamente lícita, pero que pueden ser utilizadas para la comisión de un delito.

5. **Prado (2016)**, en su artículo jurídico titulado: “*El tratamiento penal de la posesión de drogas para el propio consumo en la legislación peruana*”, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, establece que la ley 28002 sólo generó una modificación al artículo 299 de nuestro vigente Código Penal, cuando debió derogarlo a fin que exista una debida delimitación sobre la posesión de las drogas y se pueda determinar correctamente el consumo personal. Es considerable que en nuestra normatividad establecida estos actos que se encuentran encaminados al consumo propio de las drogas como elección a través de peculiaridades o los problemas que tiene el Estado peruano y los países internacionales, por lo tanto, es recomendable la actuación realizada hace 13 años que fue derogada por una inconsistencia dogmática de la norma que se contradice con la Constitución y genera una incoherencia con la normatividad establecida.

6. **Cosco (2013)**, en su investigación titulada: “*La dosis mínima en el consumo de drogas*”, para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, e indica que las normas poseen vacíos legales ya que no establecen de manera correcta los parámetros del consumo, poniéndonos en el caso de las personas consideradas adictas a drogas

pueden tener en su propiedad más del 5 gramo permitido de marihuana y a la vez cocaína, de uso persona entonces estaríamos considerándolo como micro comercializador.

7. **Sipion y Marrufo (2011)**, en su investigación titulada: *“Incumplimiento normativo en la utilización de la prueba obtenida vulnerando el Derecho Constitucional de Inviolabilidad de Domicilio en el delito de micro comercialización de drogas en el Distrito de José Leonardo Ortiz, septiembre del 2010 - Julio del 2011”*, para obtener el Título Profesional de Abogado de la Universidad Señor de Sipán, el autor determina que estamos frente a una descripción taxativa, cuya interpretación a contrario sensu puede conllevar a aplicar la norma de forma errada, ya que, en un escenario de incumplimiento de alguno de los requisitos descritos por la norma, aun cuando la droga en posesión del agente sea para el propio consumo, el simple hecho de no estar acorde a los prescrito en lo relacionado a la cantidad o tipos de droga.

a.2) Antecedentes Internacionales:

1. **Silvestre (2015)**, en su investigación titulada: *“Ausencia de parámetros legales para determinar la cantidad de droga en el delito de posesión para el consumo”*, para optar el título Licenciado En Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar de Guatemala, que considera fundamental determinar el porcentaje de droga para el consumo personal, ya que de esta forma podemos descartar de manera correcta las personas involucradas con este delito.
2. **Mohamed (2015)**, en su investigación titulada: *“Análisis Jurisprudencial del Delito de Tráficos de Drogas”*, para optar el Grado de Doctor en Derecho Penal y Política Criminal en la Universidad de Granada, afirma que con respecto a lo establecido por Mohamed nos da un claro concepto sobre el delito de tráfico de drogas, centrándose en el exhaustivo análisis jurisprudencial sobre este delito,

para poder determinar claros objetivos con la única finalidad de causar un rendimiento favorable tanto para el Estado y la sociedad.

3. Narváez (2010), en su investigación titulada: ***“Revisión y análisis de criterios judiciales aplicados en la interpretación de la expresión pequeñas cantidades del artículo 4° de la ley 20.000 en la región de coquimbo entre los años 2005 y 2009”***, para optar el Grado de Magister en Derecho Penal de la Universidad de Chile, quién afirma que debe existir una clara revisión y análisis de los criterios utilizados para una clara interpretación; pues, considera que no es un elemento estático decir pequeñas cantidades, diferente sería identificar o establecer porcentajes para determinar con lo relacionado.

SUB CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

TÍTULO I

1.1. EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

1.1.1. Consideraciones Generales

Dentro de los actuales problemas sociales, por los que más se ha discutido y se seguirá debatiendo por mucho tiempo, es sin lugar a dudas los asuntos relacionados con drogas, aun cuando su consumo en nuestro país no logra la magnitud que sí es advertida en otros países con un mayor nivel de consumo; no obstante ello, el Perú mantiene vínculos de colaboración a nivel internacional para hacer frente a este azote social dado su condición de productor al igual que Colombia y Bolivia con miras a reprimir la oferta de droga.

En nuestro país, el gasto de droga se remonta hacía mucho tiempo atrás y es asociado a su crecimiento y progreso tanto cultural como social; de ahí que no es reprimido el consumo por parte de ciertas personas mayores, pues de lo contrario se atentaría contra su libertad individual conforme lo han sostenido la mayoría de juristas nacionales respecto de los cuales compartimos su posición.

De otro lado es de señalar también, que en el Perú se encuentran prohibidas algunas drogas y no otras que incluso pueden generar mayores lesiones a nuestro organismo como el alcohol, los sedantes, o el tabaco mismo, evidenciándose que el tema de las drogas no es de exclusiva competencia para ser solucionada por el Derecho Penal; por ello, actualmente se aprecia propuestas para despenalizar el tráfico de drogas sosteniendo que ello permitirá vigilar los daños que genere en el mercado negro al poder controlar tanto su calidad y su forma de administración; así mismo, se pondría fin al comercio ilegal que tantos réditos genera a inescrupulosos, al poder ser adquirido por cualquier persona amenorando y reduciendo su precio.

Conforme lo sostiene Bramont Arias & García Cantizano citando a Baratta; en nuestro país, la política criminal relacionado con el problema de drogas conlleva a distinguir entre personas agrupadas en malos y buenos, enfermos y sanos conllevando a legitimar los objetivos del control asistencias del Estado concordante con la opresión que ejerce la sociedad punitiva que concibe al drogadicto como malo y enfermo circunscrito en un mundo ajeno de quienes mantienen una posición normal y dominante.

Punto a parte es de señalar que, si bien la problemática de las drogas tiene un espectro de alcance internacional precisa de un tratamiento y análisis distinto a nivel de cada país conforme a su propia realidad y nivel de desarrollo; así, la demanda e ilegal consumo es de mayor incidencia en países desarrollados y su producción en países en vías de desarrollo, situación que guarda estrecha vinculación con el tema materia de investigación relacionada con la posesión mínima de dos o más tipos de drogas y la vulneración al principio de mínima intervención del Derecho Penal, con la eventual despenalización de su regulación.

En el tráfico ilícito de drogas el valor esencial o fundamental atribuido a la persona como ser humano y su ambiente social, conocido como bien jurídico cautelado por mandato y regulación de nuestro ordenamiento jurídico, es la salud pública.

De otro lado, hay quienes sostienen que la seguridad jurídica es el bien jurídico protegido, por cuanto su regulación se encuentra comprendida en el *Título XII Delitos contra la Seguridad Pública* de nuestro código sustantivo penal; así, dicha posición es acogida por Bramont Arias e indica además que lo será en su particular aspecto relacionado con la salud pública pretendiendo el aseguramiento y protección contra hechos y sucesos clandestinos de común peligro, relacionados con la producción o comercialización, el suministro o facilitación de sustancias estupefacientes a otros.

Asimismo; si bien el Tráfico Ilícito de Drogas se encuentra prescrito en el artículo 296 del citado cuerpo normativo, perteneciente a la *Sección II: Tráfico Ilícito de*

Drogas del Capítulo III: Delitos contra la Salud Pública dentro del mencionado Título XII, no en todas las conductas reguladas en la referida Sección es protegida la salud pública como en el artículo 301 que tipifica la coacción a su consumo y el bien cautelado es la libertad personal.

1.1.2 El Tipo Base.

1.1.2.1 El Bien Jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la Salud Pública.

Al respecto, según el autor Ossorio, M. (2010) refiere:

Por salud pública nos referimos al estado sanitario en que se ubica la población de una determinada localidad, región o país. De igual modo, puede entenderse al conjunto de servicios tanto de naturaleza pública o privada que tienen como objetivo mantener o mejorar el óptimo estado sanitario, tanto en lo relacionado con la medicina curativa como a la sanidad preventiva.

1.1.2.2 Tipicidad Objetiva:

Del análisis al artículo 296 del código sustantivo penal se advierte que:

- El sujeto activo del delito puede ser “cualquier persona”, en tanto respecto al sujeto pasivo es “la colectividad”.
- En cuanto al objeto material del delito es la “droga”.

Para Bramont Arias & García Cantizano (2013) droga es:

Toda sustancia que, al margen de su beneficio terapéutico, actúa en el sistema nervioso central variando la conducta de las personas creando una farmacodependencia, como resultado de su continuado uso.

Del mismo modo, el tipo penal hace referencia a “*drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas*” comprendidos dentro de los alcances de “drogas tóxicas”, es decir sustancias que generan daño a la salud. Muy por el contrario, de no generar ningún daño en las personas ante la pérdida de alguna propiedad volviéndolas inofensivas, no encuadraría en la tipificación del delito por la ausencia del peligro generada por impropiedad total de su objeto material, suponiendo que nos encontramos ante un delito imposible.

Los psicotrópicos se distinguen de los estupefacientes en la forma de actuación; así los primeros generan un estado de dependencia y estimulación o depresión en nuestro sistema nervioso central provocando alucinaciones o trastornos en nuestra función motora, de nuestro comportamiento o juicio, como en nuestro estado de ánimo por ejemplo las anfetaminas, tranquilizantes y los sedantes; en tanto los segundos generan obnubilación u adormecimiento y hasta la ausencia de sensibilidad como por ejemplo la heroína, el cannabis, el opio o la cocaína.

Para Ossorio, M. (2010) respecto al estupefaciente, señala:

Es aquella sustancia narcótica generadora que se pierda la sensibilidad, causando la degeneración; así, tenemos a la cocaína y los derivados del opio. En la ciencia del Derecho Penal la problemática con los estupefacientes es relacionada con su uso, distribución e incluso con su tenencia (con excepción de las farmacias y laboratorios, cuando la posesión es legítima) que podría tipificar como delito. De igual modo en la criminología su tratamiento es relevante por cuanto su aplicación genera que se perpetre delitos.

- En cuanto al comportamiento prevé el *promover, favorecer o facilitar* el consumo ilegal de drogas a través de actos de *tráfico o fabricación* de las referidas sustancias con dicho fin.

Con las conductas relacionadas con la promoción, el favorecimiento o la facilitación se evidencia como se mantiene la inclinación legislativa integral u omnicompreensiva de lo conocido como el “*ciclo de la droga*”; esto es, la represión penal de toda conducta que presuma contribuye, aun cuando sea mínima, a su consumo.

De otro lado el “*tráfico*” evoca actos de negociación, comercio u actividades con la finalidad de lograr un lucro o ganancia; e abarca el almacenamiento, exportación, importación, venta, transporte y distribución, entre otros.

Respecto a la “*fabricación*”, comprende el proceso mismo de elaboración sea de forma mecánica o química e incluso la composición resultante de la adición de una sustancia a otra, pues la fabricación no solo se configura al obtenerse droga a partir de una o más materias que con anterioridad carecían de dicha condición, sino también por cuanto la transformación, producción o el perfeccionamiento de dichas materias por si son estupefacientes.

Del mismo modo es de señalar que el segundo párrafo del referido artículo 296 reprime la posesión de drogas tóxicas, sustancias psicotrópicas o estupefacientes para su posterior ilícito tráfico. Se reprimirá la posesión únicamente cuando tenga por objetivo el tráfico, descartándose a la tenencia en sí sino su predisposición a su tráfico, excluyéndose del tipo penal la posesión de drogas para el propio gasto del agente, siendo necesario también de señalar que en algunos supuestos será complicado y dificultoso cuando la posesión sea para traficar o para consumir, en cuyos supuestos nos tendremos que remitir a lo previsto en el primer párrafo del artículo 299 que regula la posesión no punible.

El tercer párrafo del artículo 296 del código sustantivo penal refiere otro tipo de comportamiento relacionado con la introducción al país, la producción, el acopio, el proveer, la comercialización o el transportar sustancias químicas o materias primas sujetas o no a un control con la finalidad de ser destinadas para elaborar ilícitamente sustancias psicotrópicas, drogas tóxicas o estupefacientes, sea en su maceración como en otra fase de su procesamiento y/o cuando se promueva, se facilite o también

se financie tales actos reprochables; es decir, a sabiendas la comercialización de insumos o materia prima para elaborar drogas tóxicas. No se reprime el comercio en sí de drogas tóxicas, sino de insumos o materias primas para su producción con conocimiento del agente.

El cuarto y último párrafo del artículo 296 también reprime y sanciona el formar parte de una conspiración sea de dos o más agentes con la finalidad de participar en conductas como la promoción, el favorecimiento o la facilitación del ilícito tráfico de drogas.

1.1.2.3 Tipicidad Subjetiva:

Del análisis a los comportamientos del artículo 296 del código sustantivo penal advertimos que el primer párrafo requiere indispensablemente del dolo y en los demás supuestos además un adicional elemento subjetivo como la intencionalidad; así en el segundo de la posesión de drogas para su ilícito tráfico, en el tercero que las materias primas serán destinadas a alguna etapa de elaboración de la droga y en el cuarto supuesto que la conjura o confabulación es para dicho tráfico.

1.1.2.4 Tentativa y consumación:

El ilícito en el primer párrafo del artículo 296 se consumará al promoverse, facilitarse o favorecerse el ilegal consumo de drogas a través de la fabricación o tráfico con tal finalidad y no admite tentativa.

La conducta tipificada en el segundo párrafo se consumará con la posesión para tal finalidad y tampoco admitirá tentativa.

La conducta establecida en el tercer párrafo se consumará con la comercialización de las materias primas o insumos para la fabricación de la droga toxica; admitirá tentativa en tanto el agente los tenga en su poder dichos insumos y decida no comercializarlos.

El comportamiento del último párrafo del artículo 296 se consumará cuando la conspiración promueva, facilite o favorezca el tráfico ilícito.

1.1.2.5 Pena:

Conforme lo refiere Peña Cabrera, Alonso (2016) *Nuestra ley penal que reprime el tráfico ilegal de drogas representa una expresión evidente, clara e indubitable de un Derecho penal autoritario y represivo, pues significativamente adelanta las barreras de intromisión y actuación del derecho punitivo, interviniendo la penalización de actos preparatorios, así como equiparando típicos comportamientos de participación criminal con la autoría; de ahí la necesidad de ser cautelosos al definir, por ejemplo para la tenencia escasa de sustancias ilícitas, ha de ser considerada como delictuosa.*

En concordancia con lo antes señalado; es de advertir que las sanciones o penas tipificadas en el artículo 296 son de: privación de libertad personal de ocho a quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación de acuerdo con los incisos 1, 2 y 4 del artículo 36 del mismo cuerpo normativo sustantivo penal, para los supuestos de su primer párrafo; privación de libertad personal de seis a doce años y con ciento veinte a ciento ochenta días multa e inhabilitación de acuerdo con los incisos 1 y 2 del artículo 36 del citado código, en los supuestos del segundo párrafo; privación de libertad personal de cinco a diez años y con sesenta a ciento veinte días multa e inhabilitación de acuerdo con los incisos 1 y 2 del artículo 36 del referido código, en los supuestos del tercer y cuarto párrafo.

1.1.3 El Tráfico ilícito de drogas como problema transfronterizo.

Resulta innegable que en los actuales tiempos, una de las problemáticas que afronta el Derecho penal está relacionada con la relevante influencia que producen las estrategias y convenios internacionales íntimamente vinculada con las nuevas y actuales criminalizaciones y el ordenamiento de modelos de punibilidad para con

los efectos y resultados jurídicos aplicables y los procesos de cooperación judicial internacional en asuntos penales. Dicha situación inexorablemente nos conduce a habilitar espacios y esferas para configurar y supervisar procedimientos y prácticas de armonización legislativa.

Por su parte Prado, Víctor (2016) resalta la importancia de la valoración dogmática y político criminal de las citadas influencias legislativas en los ordenamientos jurídicos internos de cada país, conllevando a emerger lo que se conoce como Derecho penal transnacional. Para Mendoza Calderón, citado por el mismo Prado, Víctor, los ilícitos comprendidos dentro del nuevo modelo normativo presentan dos cualidades identificadoras a saber pues cuentan con un *elemento transfronterizo fáctico* (en que el hecho se ejecuta en más de un país o se perpetra en un país pero una parte importante de su planificación, preparación o control se ejecuta en otro; o, se comete en un país con efectos importantes y relevantes en el territorio de otro); y un *elemento transnacional normativo* (en comparación a aquellos delitos que sin tener la necesidad de contar con un elemento transfronterizo, tiene como objetivo la represión o impedir un comportamiento cuya omisión genera tal rechazo que genera un acuerdo internacional con respecto a su ilegalidad).

Así en 2016 la Asamblea General de las Naciones Unidas evaluando la estrategia internacional antidrogas, con intervención de países latinoamericanos y de la Unión Europea concretaron propuestas con la finalidad de aprobar medidas diferentes de las convencionales y tradicionales actuaciones represivas a fin de hacer frente la problemática internacional de las drogas. Tales acciones no son nuevas en la región así organismos como la Organización de Estados Americanos – OEA también invierte esfuerzos a través de estrategias y esfuerzos para prevenir y controlar las diversas manifestaciones de modalidades de criminalidad organizada vinculadas a drogas a través también de la adopción de legislación antidrogas en los Estados que la integran, así tenemos la Nueva Política Hemisférica de Control de Drogas de Cara al Siglo XXI.

1.1.4 El Tráfico ilícito de drogas en la Constitución Política del Perú.

El tráfico ilícito de drogas como innegable expresión de criminalidad estructurada y organizada a nivel nacional y transnacional afecta y lesiona valores constitucionales reveladores y elocuentes para los Estados y la sociedad; así en nuestro país no se advierten políticas y medidas destinadas a legitimar alguna forma de tráfico ilícito de drogas.

Nuestra Constitución, como en las actuales, ha considerado dentro de sus disposiciones reglas orientadas a sancionar diversas conductas concebidas como mandatos implícitos y directos a los legisladores orientados a su criminalización.

Así; en lo que respecta al tema de drogas, el mandato contenido en el artículo 8 contiene preceptos constitucionales de repercusión en la guía y pauta del Derecho penal positivo, al establecer:

Artículo 8° Tráfico Ilícito de Drogas.

El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, regula el uso de tóxicos sociales.

A decir de Prado, Víctor (2016):

Nos encontramos ante un ordenamiento singular y muy particular del sistema jurídico del Perú, debiendo de precisarse que respecto a sus orígenes y enfoques teleológicos existe mínima información debiendo de conducirnos a los debates realizados en el Pleno de Congreso Constituyente Democrático que la redactó.

Entre los escasos comentarios al respecto podemos señalar a Chanamé Ore; que citado por Prado, Víctor (2016) refiere que: *El Perú lucha y castiga el tráfico de drogas ilícitas que innegablemente representa uno de los problemas más peligrosos y dificultoso que atenta contra la colectividad en los tiempos últimos y tiende a empeorar en caso no se adopten acciones preventivas.*

Dicho fenómeno es advertido en la mayoría de países y a nivel global resulta muy nocivo tanto para la salud individual como para la colectividad en su conjunto por sus consecuencias de criminalidad, pobreza, necesidad, miseria y una fármaco-dependencia, entre otros.

Ciertamente existe un grupo de autores que refieren la innecesaridad sobre la conveniencia de la regulación prohibitiva; de señalar la lucha del Estado contra las drogas o también la citada regulación, pues consideran repetitivo y reglamentarista, de las cuales gran parte de parlamentos vanamente se comprometieron a ajustar el contenido de sus leyes máximas; al respecto surge una interrogante sustancial relacionada con determinar sí, la prohibición devendría en la ideal manera de luchar contra el ilícito tráfico de drogas o si lo más conveniente sería la libertad en su comercialización.

En la esfera penal también se advierte un panorama distinto, así sus estudios y escritos dogmáticos relacionados con los ilícitos de tráfico de drogas tipificados en nuestro Código penal también pasa por alto valorar y señalar los alcances del artículo 8 de la Constitución, lo cual es muy penoso por su importancia con miras a mejorar la interpretación de la finalidad represiva que deben adoptar dichas normas.

Es con respecto a nuestro Tribunal Constitucional que en sus fallos sí se advierte que consideran la relevancia de la penalización del artículo 8 de la Constitución, al considerar y poner en relieve, en reiteradas jurisprudencias, su esencia al momento de formular la política nacional para prevenir y controlar penalmente el ilícito tráfico de drogas. Tales jurisprudencias constitucionales se interpretan acertadamente que el Estado peruano tiene como deber el ilegalizar, reprobar y sancionar penalmente todo comportamiento que favorezca o promueva conductas relacionadas con la comercialización o producción de ilegal de drogas, además por cuanto dichos comportamientos delictivos atentan valores y preceptos constitucionales e incluso resulta válida la aseveración que amenazan e intimidan la existencia misma del Estado y nuestra sociedad resultando válida la aplicación de graves penas con fines y consecuencias intimidatorias; en consonancia con ello resulta válida también la

aceptación de tener que regular y establecer proceso y procedimientos sustanciales para investigar el empleo de las remesas controladas como también de instituciones jurídicas como los agentes encubiertos.

En la misma línea de lo antes señalado el Tribunal constitucional también ha legitimado que de manera excepcional pueda prolongarse los plazos ordinarios y complementarios, por pertinencia y necesidad al resultar pertinentes con las investigaciones y juzgamientos de conductas delictuales que generalmente se perpetran por medio de organizaciones criminales que cuentan con una operatividad y estructura de alcance internacional.

El máximo intérprete de nuestra Constitución con en relación al artículo 8 en análisis ha señalado:

En el Expediente N° 3285-2009-PHC/TC de 18 de agosto de 2010: *Considerando el carácter pluriofensivo del ilícito tráfico de drogas en relación con los básicos valores de ámbito constitucional resulta válido afirmar que amenaza y coloca en zozobra nuestras bases políticas, sociales y económicas e incluso la permanencia de básicas instituciones y del Estado; por ello es de afirmar que la labor constitucional que debe exigir al Estado peruano necesariamente conlleva la adopción de medidas del orden administrativo, legislativo y judicial de investigación orientados a reprimir y condenar de modo eficaz el delito de ilícito tráfico de drogas, en todas sus formas.*(ff.jj. 4 y 5)

Asimismo:

En el Expediente N° 33-2007-PI/TC de 25 de setiembre de 2007: *Analizando la esencia pluriofensiva del ilícito tráfico de drogas como también del lavado de activos del que proviene y estando a sus gravísimas secuelas que produce en el Estado, se ha puesto en marcha políticas criminales en que los legisladores en ejercicio de sus atribuciones constitucionales en la materia optan por crear leyes que logren luchar*

eficazmente contra dicho flagelo. El TC de acuerdo con sus obligaciones y con la finalidad de asegurar la debida consecución de dichos objetivos, interpreta que la Constitución en la materia considera una finalidad de índole preventiva general, protectora y en salvaguarda de la colectividad y del mismo Estado, pues resulta innegable la probable afectación a su existencia propia lo que no implica de manera alguna que el principio resocializador que debe cumplir el sistema penitenciario sea despojado de su contenido de manera total.

en relación con los básicos valores de ámbito constitucional resulta válido afirmar que amenaza y coloca en zozobra nuestras bases políticas, sociales y económicas e incluso la permanencia de básicas instituciones y del Estado; por ello es de afirmar que la labor constitucional que debe exigir al Estado peruano necesariamente conlleva la adopción de medidas del orden administrativo.

A manera de finalizar; podemos precisar que, dentro de la política criminal en nuestro país, de cara al ilícito tráfico de drogas, se advierte:

- La criminalización y sanción penal de actos y conductas de ilícito tráfico de drogas, en sus variadas manifestaciones y etapas, constituye una constricción a cargo del Estado.
- La aplicación de procedimientos que complementariamente sobrecriminalice la afectación de la gravedad de las sanciones, así como su persecución y punibilidad para aquellos delitos, devienen en compatibles con la Constitución.

Para concluir es de advertir que diversos estudios consideran al ilícito tráfico de drogas como una problemática gravísima en nuestro contexto y realidad nacional en la cual la ciudadanía en general exige acciones drásticas de índole penal que inclusive para cierto sector comprendería la muerte como sanción no obstante, ello más de la mitad de nuestra población no considera como eficiente las acciones

aplicadas por el Estado en su lucha frontal contra el narcotráfico. Información significativa también la constituye las encuestas realizadas como la del Centro de Información y Educación para la Prevención del Abuso de Drogas (CEDRO) en radio urbano en que las personas entrevistadas refieren no existe modalidad delictiva a considerarse como de escasa sagacidad y trascendencia en el mundo del ilegal tráfico de drogas que en consecuencia pudiera ser privilegiada con despenalizaciones como la excarcelación, así advertimos, la siguiente información:

¿Qué tan grave es el problema de narcotráfico en el Perú?

Radio	Porcentaje		
	Grave	Medianamente grave	Nada grave
Lima Metropolitana	93.2	5.7	1.1
Selva	92.5	7.2	1.2
Costa	87.5	11.3	1.2
Sierra	87.7	10.5	1.8

Fuente: CEDRO. Estudio de opinión sobre las drogas en la población urbana peruana 2013

1.2. MICROCOMERCIALIZACIÓN O MICROPRODUCCIÓN

1.2.1. Consideraciones Generales

En este tipo penal se acogen presupuestos que se sancionan con penas inferiores a las señaladas en el artículo 296 relacionado con la promoción o favorecimiento al tráfico de drogas ilícito, considerándolos por ello como tipos atenuados en relación a dicho tipo básico.

La citada atenuación es regulada en consideración al inferior contenido del injusto en la conducta que regula, concordante con circunstancias como las cuantías de droga comprendida y el objetivo mediato que se persigue.

Conforme enseña Prado, Víctor (2016):

El artículo 298 del Código penal norma especiales atenuantes del ilícito del artículo 296 del mismo cuerpo normativo y tiene como legislativo antecedente nacional al Decreto Ley N° 22095, Capítulo V, artículo 55-B modificado por el Decreto legislativo 122, normando tres atenuantes con un elemento común como la “magnitud mínima del acto ilícito”, con una igual pena reducida en la comercialización o producción en escala pequeña y que de manera coloquial era identificada como “microcomercialización de drogas”. Posteriormente nuestro Código penal varió el original texto del artículo 296.

De otro lado con la Ley N° 26320 en el año 1994 se modificó el artículo 298 incorporando “pequeñas cantidades” especiales para principales drogas fiscalizadas. Las modificaciones continuaron hasta la Ley N° 27817 del año 2002 que disminuyó la porción de las pequeñas cantidades de la pasta básica de cocaína e ilícitos derivados; añadió las pequeñas cantidades del opio y de sus derivados; e incorporó nuevo párrafo para señalar la penalidad cuando concurren atenuantes del artículo 298 con las agravantes del artículo 297; finalmente fue modificada con el Decreto legislativo 982.

1.2.2 Formula legal.

De conformidad con el artículo 298 del Decreto Legislativo N° 635 que aprueba el Código penal, se tipifica la microcomercialización o microproducción de la siguiente manera:

“La pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de siete años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días-multa cuando:

1. La cantidad de droga fabricada, extractada, preparada, comercializada o poseída por el agente no sobrepase los cincuenta gramos de pasta básica de cocaína y derivados ilícitos, veinticinco gramos de clorhidrato de cocaína, cinco gramos de látex de opio o un gramo de sus derivados, cien gramos de marihuana o diez gramos de sus derivados

o dos gramos de éxtasis, conteniendo Metilendioxfanfetamina - MDA, Metilendioximetanfetamina - MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas.

2. Las materias primas o los insumos comercializados por el agente que no excedan de lo requerido para la elaboración de las cantidades de drogas señaladas en el inciso anterior.

3. Se comercialice o distribuya pegamentos sintéticos que expelen gases con propiedades psicoactivas, acondicionados para ser destinados al consumo humano por inhalación.

La pena será privativa de libertad no menor de seis años ni mayor de diez años y de trescientos sesenta a setecientos días-multa cuando el agente ejecute el delito en las circunstancias previstas en los incisos 2, 3, 4, 5 o 6 del artículo 297° del Código Penal”.

1.2.3 Elementos del tipo.

1.2.3.1 El Bien Jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la Salud Pública; que como se ha indicado anteriormente es concebida como: *El estado sanitario en que se ubica la población de una determinada localidad, región o país. De igual modo, puede entenderse al conjunto de servicios tanto de naturaleza pública o privada que tienen como objetivo mantener o mejorar el óptimo estado sanitario, tanto en lo relacionado con la medicina curativa como a la sanidad preventiva.*

1.2.3.2 Tipicidad Objetiva:

Del análisis al artículo 298 del código sustantivo penal se advierte que:

- El sujeto activo del delito puede ser “*cualquier persona*”, en tanto respecto al sujeto pasivo es “*la colectividad*”.
- En cuanto al objeto material del delito es la “*droga y sus derivados ilícitos*”, “*la materia prima o insumos*” para elaborarla e incluso “*pegamentos sintéticos que expelen gases con propiedades psicoactivas*”.

- En cuanto al comportamiento el artículo 298 refiere:

1.2.3.2.1 En su primer numeral: El *fabricar, extractar, preparar, comercializar o poseer* droga, así como sus derivados ilícitos

Por “*fabricación*”, como también se ha señalado anteriormente, incluye el proceso mismo de elaboración sea de forma mecánica o química e incluso la composición resultante de la adición de una sustancia a otra, pues la fabricación no solo se configura al obtenerse droga a partir de una o más materias que con anterioridad carecían de dicha condición.

Por “*extractar*”, entendemos a la obtención de la esencia o a la disolución concentrada de una planta que será droga o insumo para elaborar droga.

En relación a la “*preparación*”, implica aquel proceso previo a ejecutar una actividad concreta como lo sería para la obtención de un producto, en este caso de drogas, luego de realizar ciertas operaciones necesarias para dicha obtención.

Por “*comercialización*”, entendemos el intercambio de bienes o productos a cambio de recibir una suma de dinero; y, para el caso en concreto implicaría la entrega de las pequeñas cantidades de droga a cambio de dinero.

Por “*posesión*”, implica la tenencia de un producto; y, para el supuesto de estudio, dicha tenencia es de pequeñas cantidades de droga más no en porciones para consumo personal.

1.2.3.2.2 Del mismo modo es de señalar que en su numeral 2 refiere la comercialización de materias primas o insumos.

Por “*comercialización*”, entendemos el intercambio de materias primas o insumos para elaborar drogas a cambio de dinero.

1.2.3.2.3 De otro lado, en su numeral 3 refiere la comercialización o distribución de pegamentos sintéticos que expelen gases con propiedades psicoactivas, acondicionados para ser destinados al consumo humano por inhalación.

Por “*comercialización*”; esto es el intercambio de los pegamentos sintéticos a cambio de recibir dinero, supone la oferta, el intercambio, venta, o suministro del insumo a título oneroso.

Por “*distribución*”, comprende actividades de repartir los pegamentos sintéticos; pero no cualquiera que podamos imaginar sino a aquellos que expidan gases con características psicoactivas y que además cuenten con acondicionamiento para ser consumidos a través de la inhalación por las personas; comprende también la entrega o cesión de los insumos a título gratuito incluyendo la donación.

La tipificación relacionada con los pegamentos sintéticos es resultado de la modificación del artículo 298 del código sustantivo penal dispuesta con el Decreto Legislativo 982 vigente desde el veintitrés de julio de 2007; en el marco de la delegación de facultades de legislar, en materia de tráfico de drogas ilícitas, otorgadas al Poder Ejecutivo con la Ley 29009.

A decir de Prado, Víctor (2016): “*Nos encontramos ante un ilícito inédito en nuestro marco normativo, el mismo que tiene que ver con el suministro o venta ilegal y también con el indebido uso, de cementos plásticos con efectos y fines adictivos*”.

Prosiguiendo el análisis del tipo es de agregar que surgió ante la necesidad de otorgar relevancia penal a los actos de inescrupulosos que en bolsas de polietileno vendían derivados del insumo industrial tolueno, empleado para elaborar cementos plásticos como el conocido terokal.

Dos posiciones interpretan su criminalización:

La primera sostiene que la conducta es típica y consecuentemente, sancionable o punible en consideración al artículo 288 del mismo código, como un ilícito de “*comercialización de productos nocivos*”, la conducta no representa un ilícito tráfico de drogas por cuanto el derivado del tolueno no es droga psicotrópica o estupefaciente; como defecto se advierte que por analogía concede la condición de producto de consumo humano a lo que realmente es un agregado de uso meramente industrial.

La segunda contiene refiere una interpretación teleológica al distinguir la condición de droga de una sustancia; con ello conlleva a replantear en relación a la naturaleza del bien tutelado jurídicamente como lo es la salud pública y la desfavorable adicción que tiene la incautada materia. Sustentándose en información pericial, esta posición hermenéutica sostenía que la inhalación de los derivados del tolueno ocasiona dependencia física, psicológica y en tanto a su efectividad era semejante a las drogas psicotrópicas.

Del mismo modo, es de señalar que coincidimos con la posición político criminal que considera necesaria el tipo penal, más aún considerando la realidad criminológica de las drogas conocidas como alternativas en nuestra realidad, en el Perú. No obstante, es relevante precisar ciertas deficiencias en la técnica legislativa empleada; así debió de conceder una autonomía sistemática a dicho delito a fin de no ser confundido con circunstancia atenuante, del mismo modo ha debido de precisarse situaciones específicas de agravación como el destinatario de la sustancia, el lugar de perpetrar el ilícito, el volumen o cantidad de la sustancia o el destinatario de la misma.

Por su parte Prado, Víctor (2016) enseña también la imprecisión del tipo al pretender conocer dogmáticamente sus elementos subjetivos y objetivos; así no precisa el volumen o cuantía estándar sea máximo o mínimo que deberá apreciarse en el objeto de acción del ilícito; de otro lado solo se refiere que el autor deberá de distribuir o comercializar los pegamentos sintéticos, pero “acondicionados” con el destino por inhalación al consumo humano.

1.2.3.3 Tipicidad Subjetiva:

Del estudio al artículo 298 del código sustantivo penal advertimos que exige indispensablemente del dolo; así la ignorancia o el error respecto a la capacidad psicoactiva del insumo que se distribuye o comercializa conllevará a considerar como atípica la conducta. El ilícito se consumará con la entrega, venta u oferta a un tercero para su inhalación, siendo irrelevante el efectivo uso del insumo.

1.2.3.4 Pena:

Conforme el primer párrafo del artículo 298 la microcomercialización o microproducción está reprimida con una sanción entre tres a siete años de privación de libertad personal y con ciento ochenta a trescientos sesenta días multa; es decir una pena conjunta, en tanto conforme el último párrafo, cuando el autor perpetre el ilícito en situaciones referidas en el artículo 297, en alguno de sus incisos del dos al seis, la sanción será de seis a diez años de privación de la citada libertad y de trescientos sesenta a setecientos días multa.

Conforme lo refiere Bramont Arias, Luis & García María (2013):

En la praxis, el microproductor como el microcomercializador pueden ser asimismo consumidores de las sustancias ilícitas, en cuyos supuestos se aplicará primeramente, una medida de internación al toxicómano y luego se dispondrá que cumpla con la apena; siendo que el periodo de la internación se contará como tiempo de cumplimiento de la pena, con la posibilidad que el juzgador opte a tener por extinguida la sanción o disminuirla atendiendo al éxito de la terapia, en concordancia con el artículo 77 del mismo código sustantivo penal.

1.3. EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y SU CONTEXTO NORMATIVO INTERNACIONAL

Al analizar la normativa supranacional podemos advertir que son más de una la finalidad a que está orientada a cumplir nuestro país; así, la vinculada con Derechos Humanos consagrará no solo un catálogo de éstos delineando el actuar de los Estados suscribientes a fin de consolidar un Estado Constitucional de Derecho que los garantice y proteja sino que incluso ello se extenderá dentro de un contexto penal, sustantiva y procesalmente; por ello Rosas, Jorge (2009) enseña que *la normativa supranacional constituye aquél marco jurídico en que se sustentará todo cambios esencial que requiera alguna reforma procesal penal en todo país, pues está garantizado la incorporación de niveles de calidad jurídicos que garantizan la vigencia de principios, derechos y garantías de los sujetos.*

En segundo lugar, es de advertir que la normativa internacional también puede respaldar a los Estados en la punición de ciertos comportamientos como en el caso del ilícito tráfico de drogas, aún si bien no en estándares cualitativos y cuantitativos en todos los países y las sanciones, merece especial análisis la siguiente.

1.3.1. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988

La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas fue aprobada por la Conferencia de Naciones Unidas en su sexta sesión plenaria del 19 de diciembre de 1988 en el marco del incremento de niveles de producción, demanda y el ilícito tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas al constituir una amenaza de gran e incalculable magnitud para el bienestar y salud de todos los seres humanos y que además deterioran y dañan los cimientos sociales, económicos, políticos y culturales de la sociedad.

Del mismo modo se alegó la alarmante penetración del ilícito tráfico de sustancias sicotrópicas y estupefacientes en los variados grupos sociales utilizando niños en el

mundo entero como mercado de consumo y eslabón en la cadena de producción, distribución y comercio, además de la estrecha relación entre el tráfico ilícito y otras actividades ilícitas organizadas relacionadas con dicho tráfico que minan lícitas economías y ponen en riesgo la seguridad, estabilidad y soberanía de los Estados

La Convención en análisis también prevé como finalidad la cooperación de los Estados partes para enfrentar el flagelo de alcance internacional con eficiencias en las distintas aristas del tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias sicotrópicas; en ese sentido conforme el artículo 3 de la Convención las partes se obligan a adoptar acciones relacionadas con la tipificación penal dentro de sus propios ordenamientos cuando se adviertan conductas como la *producción, extracción, fabricación, preparación, la oferta, ofertar para vender, la distribución, la venta, la entrega independientemente de la modalidad, transporte, importación o exportación de toda sustancia sicotrópica o estupefaciente que contravenga la Convención de 1961 o en el Convenio de 1971.*

Del mismo modo se comprende actividades como la transferencia o la conversión de bienes con pleno conocimiento que derivan de actos ilícitos conforme lo señalado en el párrafo precedente.

1.3.2. La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) instituida en el año 1997 con sede en Viena y compuesta por aproximadamente quinientos funcionarios de todas las naciones, lidera en el mundo la lucha en contra de las ilícitas drogas, así como contra la delincuencia a nivel internacional y centra sus esfuerzos en desarrollar el principal programa de las Naciones Unidas dirigido contra el terrorismo.

Dentro de las principales labores de la UNODC también se advierte la educación a nivel mundial acerca de los múltiples peligros ante el indebido uso de las drogas, así como coadyuvar al fortalecimiento de las intervenciones internacionales contra tráfico y la producción de drogas ilegales, así como contra la delincuencia vinculada

con dichas sustancias ilícitas, para ello cuenta con una amalgama de iniciativas como proponer alternativas u al cultivo de ilícitas drogas, desarrollo y aplicación de proyectos para hacer frente al blanqueo de dinero y el control sobre los cultivos ilícitos.

Asimismo, es de señalar que la UNODC coadyuva a perfeccionar la prevención de conductas delictivas y proporciona asistencia en la reformulación de la justicia penal con la finalidad de contar con un Estado de derecho mucho más sólido, promoviendo ordenamientos estables de justicia penal con la finalidad de hacer frente las actuales amenazas de crimen organizado a nivel mundial, así como de actos de corrupción que también traspasan fronteras.

La UNODC cuenta con oficinas ubicadas fuera de su sede, en más de ciento cincuenta países y en coordinación directa con los distintos gobiernos y organizaciones no gubernamentales su personal expone, prescribe y lleva a cabo programas a fin de fiscalizar las drogas y prevenir conductas delictivas ajustadas a particulares necesidades de los Estados.

La Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2002 aprobó un programa comprendiendo distintas acciones para su Subdivisión de Prevención del terrorismo de la UNODC.

1.3.3. El Plan de Acción Hemisférico sobre drogas 2016-2020.

El Plan de Acción Hemisférico sobre Drogas 2016-2020 representa una pauta de soporte y amparo en la prosecución de la implementación de lineamientos y disposiciones prescritos en la Estrategia Hemisférica sobre Drogas del año 2010, así como con los compromisos adoptados por los Estados Miembros en la Declaración de Antigua Guatemala vinculados con la “Política integral en la lucha frente a la problemática mundial de las drogas en las Américas del año 2013”; en la Resolución de Guatemala “Reflexiones y lineamientos para formular y dar seguimiento a las políticas integrales frente al problema mundial de las drogas en las Américas del año 2014”; así como en el documento del período extraordinario de sesiones de la

Asamblea General de las Naciones Unidas relacionado con el internacional problema de las drogas del año 2016 en Nueva York denominado “Nuestro compromiso conjunto de abordar y contrarrestar eficazmente el problema mundial de las drogas”.

El Plan de Acción Hemisférico sobre Drogas surge como expresión en las Américas de cara a la mundial problemática de las drogas, advertido como fenómeno multicausal, dinámico y cada vez más complejo que produce consecuencias dañinas en la salud, que perturba la sana convivencia en sociedad y atenta contra la seguridad ciudadana, así como contra las instituciones democráticas en su integridad, el normal desarrollo en las actividades económicas y productivas de los Estados de la región, con inexorables costos sociales, económicos, ambientales y políticos, deviniendo en imprescindible un tratamiento multidisciplinario e integral sostenido en evidencias que garanticen absolutamente el respeto a las libertades fundamentales y derechos humanos.

Del mismo modo es de señalar que el Plan de Acción comprende una Agenda 2030 orientado al Desarrollo sostenible y advierte acciones para lograr metas de desarrollo sostenible y tratar de manera eficaz la problemática mundial de las drogas de manera complementaria con el refuerzo mutuo de los países.

Finalmente es de precisar que, los Estados integrantes a través del Plan de Acción reiteraron su compromiso de contribuir fortaleciendo en el hemisferio con el tratamiento de la problemática internacional de las drogas posicionando a las personas en el centro de las políticas relacionadas con drogas, adoptando aspectos relacionados con su edad, cultura y género, dentro de la sociedad civil a fin de poder asegurar actuales requerimientos que postula el Plan de Acción en el marco de principios de la Carta de las Naciones Unidas, el Derecho Internacional y la Declaración Universal de derechos Humanos.

TÍTULO II

2.1. LA POSESIÓN NO PUNIBLE DE DROGAS EN EL CÓDIGO PENAL

2.1.1 Aspectos generales y antecedentes de su regulación normativa nacional.

Del análisis al código sustantivo penal se advierte la distinción entre la posesión de drogas para el tráfico y para el consumo; es decir, una clasificación de posesiones de drogas: el artículo 296 relacionado con la posesión para su tráfico; la posesión para la microcomercialización o microproducción en pequeñas cantidades en el artículo 298 y la posesión para el consumo personal en el artículo 299, sancionándose las dos primeras conductas y liberando de sanción penal en la tercera.

Entre los argumentos de no penalizar la posesión para el consumo es *la impunidad de la autolesión* y que *la sanción del poseedor de droga representaría una modalidad vedada de sancionar un vicio que ciertamente es cautelada unánimemente por la autoridad médica*. Bramont Arias & García (2013).

En nuestro país la penalización de la tenencia de drogas con finalidad de consumo propio ha sido variable y versátil. El Derecho penal peruano con el transcurrir del tiempo adoptó variados patrones, desde uno eminentemente punitivo, pasando por otro con posibilidad de descriminalizadora hasta adoptar una de exclusión de punibilidad, pero condicionada.

Como refiere Prado, Víctor (2016), desde el año 1921 al 2014 el desarrollo de la normativa penal de la posesión para el consumo personal de droga en nuestro país comprende a la Ley N° 4428 del Código Sanitario relacionado con la *Posesión injustificada de drogas punible*; el D. L. 22095 respecto con la *Posesión para el consumo no punible de adictos*; el D. Legislativo 122 relacionado con la *Posesión para el consumo no punible solo en caso de*

fármaco-dependientes; el Texto original del Código penal de 1991 con la regulación de la *Posesión no punible de dosis personal para el propio e inmediato consumo*; la Comisión de expertos 2003 respecto a *La posesión para el consumo es atípica*; y, actualmente con lo regulado en el primer párrafo del artículo 299 del código sustantivo penal que refiere la exención de responsabilidad ante la *Posesión no punible para el propio e inmediato consumo con cantidades determinadas y exclusión de posesión plural de drogas*.

Con el código penal sustantivo de 1991 se incorporó en el artículo 299 un nuevo y original precepto disponiendo la exención de sanción por tenencia de drogas para consumo personal sujeta a que no supere de una porción personal a evaluarse en cada supuesto y caso considerando puntos de vista de poca practicidad como el “peso-dosis”.

En la actualidad si bien se ha incorporado al texto original del mencionado artículo 299 cuantías umbrales para distinguir la cantidad límite de drogas equivalente a dosis personales para ser consumidas por una persona, del mismo modo también se dispuso la incorporación de un segundo párrafo excluyendo la eficacia del primero ante la posesión de dos o más tipos de drogas; que justamente es materia de investigación y estudio ante las incertidumbres y debates expuestos por los operadores y juristas en nuestro sistema penal; pues, al margen de su contravención al principio de mínima intervención del Derecho penal se advierten cuestionamientos al interpretarse que aquellas personas que superen las porciones establecidas o posean más de dos tipos de drogas estarían incurso en un delito.

Las controversias bien pueden resumirse en cuestionarse si es sancionable la tenencia de drogas para el inmediato y personal consumo si superan las porciones fijadas en el artículo 299; asimismo, si resultaría sancionable que se posea conjuntamente dos o más clases de drogas para el personal e inmediato consumo, no obstante que dichas porciones para cada clase de

drogas que se tenga no superen las cuantías prescritas en el mencionado artículo; y, finalmente si respecto de los supuestos anteriores son dignos de recibir una respuesta y además si es afirmativa la interrogante del tipo penal y la sanción que correspondería.

Desafortunadamente los cuestionamientos antes comentados están relacionados con el principio de legalidad, en la actualidad no han sido vislumbrados por nuestro Tribunal Constitucional generando que el segundo párrafo del artículo 299 sea concebido como causa de justificación para un acto para la tenencia de drogas no regulada ni sancionada como delito; deviniendo por ello en no necesaria e inútil, por el contrario oportuna para advertir la violación de la libertad personal de ciudadanos permitiendo además el ejercicio abusivo de la autoridad a cargo la persecución de los delitos, situación esta última si conforme la siguiente información se puede apreciar el elevado porcentaje de policonsumidores de drogas en nuestro país, así como el elevado índice de operaciones policiales contra consumidores de dichas sustancias ilícitas.

EL MONOCONSUMO Y POLICONSUMO DE DROGAS

EN EL PERÚ

CLASE DE CONSUMO AL AÑO 2010		
Clase consumo	Droga consumida	Porcentaje (%)
Monoconsumo: 1 sustancia	Marhuana	46.6
	Éxtasis	0.3
	Inhalantes	5.3
	Cocaina	10.1
	PBC	12.7
	Otras	0.1
Subtotal		75.2
Policonsumo: 2 sustancias	PBC -Cocaína	2.6
	Marihuana-Cocaína	5.6
	Marihuana- Éxtasis	0.5
	Marihuana-PBC	6.3
	Marihuana – otras drogas	0.4
3sustancias		7.4
4 sustancias		2.0
Subtotal		24.8
Total		100

Fuente: Encuesta nacional consumo de drogas. DEVIVA-2010

2.1.2 Formula legal

De conformidad con el artículo 299 del Código sustantivo penal aprobado con decreto Legislativo N° 635, la Posesión no punible de drogas está regulado de la siguiente manera:

“No es punible la posesión de droga para el propio e inmediato consumo, en cantidad que no exceda de cinco gramos de pasta básica de cocaína, dos gramos de clorhidrato de cocaína, ocho gramos de marihuana o dos gramos de sus derivados, un gramo de látex de opio o doscientos miligramos de sus derivados o doscientos cincuenta miligramos de éxtasis, conteniendo Metilendioxianfetamina – MDA, Metilendioximetanfetamina – MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas.

Se excluye de los alcances de lo establecido en el párrafo precedente la posesión de dos o más tipos de drogas.

Tampoco será punible la posesión del cannabis y sus derivados con fines medicinales y terapéuticos, siempre que la cantidad sea la necesaria para el tratamiento del paciente registrado en el Ministerio de Salud, supervisado por el Instituto Nacional de Salud y la DIGEMID, o de un tercero que se encuentre bajo su cuidado o tutela, o para investigación según las leyes sobre la materia y las disposiciones que establezca el ente rector”.

Contrariamente a lo regulado, existe en nuestro país la concepción que el consumo de drogas es delito y consecuentemente no ha de legalizarse, así el Centro de Información y Educación para la Prevención del Abuso de Drogas – CEDRO en un estudio de opinión respecto a drogas en la población urbana peruana en el año 2013 considera que el 7.5% debe legalizarse el uso de drogas y en tanto el 92.5 % es de posición contraria, desconociéndose que el consumo personal puede ejercitarse como legítimo ejercicio de libertad personal.

2.1.3 Análisis del tipo

De conformidad al tipo penal del artículo 299 del código sustantivo penal, la posesión de droga para el propio consumo en dosis personal que además deberá ser inmediato, es decir poseer para consumir inmediata o seguidamente, se encuentra exento de pena o sanción penal.

Según Ossorio, M. (2010) por posesión se concibe a la *tenencia de una cosa por alguna persona, bajo su poder con la firme intención de supeditarla al ejercicio de un derecho de propiedad, actuando directamente o a través de otra.*

Siguiendo el análisis del artículo 299 la posesión a que hace referencia es a la tenencia de droga, pero en cantidades consideradas como de dosis personal.

Doctrinariamente por *dosis personal* se concibe a la porción de droga para cada día o que cotidianamente un individuo podría ingerir a través de cualquier vía; de otro lado, es de señalar que en caso la tenencia u posesión exceda de dicha dosis inexorablemente conllevará a dudar sobre el final destino de las dosis que aun cuando también tengan como objetivo el consumo personal, pues bien podrían estar orientadas a su tráfico.

2.1.4 Aspectos relacionados con Valoraciones dogmáticas y de Política criminal

Como bien lo sostiene Peña Cabrera, Alonso (2016): *El Derecho penal se introducirá en el ámbito de la libertad de los ciudadanos al exteriorizarse un comportamiento que dañe, perjudique o coloque y exponga a peligro los valores o bienes jurídicos protegidos y cautelados penalmente; ello guarda relación con los alcances del principio de “ofensividad” que transforma en legal y razonable la liberación punitiva estatal como la firme y enérgica porción de coacción afectando las fundamentales libertades de todos los ciudadanos. Tales fundamentos de un democrático Derecho penal tienen que*

ser observados y garantizados con toda precisión; pues de lo contrario estaríamos incorporándonos en una esfera oscura, tenebrosa, confusa y hasta tétrica en la que predomina y prevalece el abuso, la arbitrariedad, el absolutismo del poder penal, muy particular y consustancial de arbitrarios Estados, que niegan y se rehúsan a la libertad y los fundamentales derechos.

En ese sentido con el Código procesal penal de 1991 se fijó y estableció las bases de un “*Derecho penal del acto*”; esto es, en conexión, relación y reciprocidad con la “*culpabilidad por dicho acto*”; consecuentemente sólo se podrá castigar a través de una pena aquella conducta comitiva u omisiva que revele de modo expreso e idóneo una inseguridad o amenaza contra la intangibilidad de los intereses o bienes jurídicos tutelados y protegidos penalmente. En consecuencia, no estará dentro del ámbito de acción del derecho penal, los supuestos de sospechas, asomos u otras conducciones de los individuos portadoras de juicios apriorísticos, presunciones que por su propio contenido y naturaleza corresponden a regulaciones punitivas no compatibles con los principios y reglas de un estado constitucional de Derecho.

Dando por sentado que, dentro de un Estado de Derecho, el Derecho penal se enfatiza y recalca con la inclusión normativa de linderos y límites al *ius puniendi* en concordancia con el principio de culpabilidad no podrán sancionarse “modos de ser” sino actos, conductas u comportamientos queridos o también que por imprudencia hubieren sido generados por el agente.

Resulta innegable que con el Estado liberal de Derecho se garantiza las fundamentales libertades; así el Derecho penal jamás intervendrá ante situaciones que evidencien autorrealización personal falto, carente o de escaso rasgo de lesividad social. En consecuencia, en tanto nuestras conductas no se excedan de una esfera de circularidad, el poder penal del

Estado no podrá intervenir; ello quiere decir que aquella parte de la personalidad de las personas no será reprimida.

2.1.5 Fundamento político criminal del consumo impune

Partiendo del indiscutible suceso de quien voluntaria y libremente procede a consumir sustancias ilícitas; esto es, una conducta carente de:

Lesividad y perteneciente al ámbito de plena disponibilidad del consumidor ajeno a la esencia espiritual del bien protegido jurídicamente en el ámbito de la delincuencia y lo criminal como es la salud pública, es necesaria la determinación de la base dogmática para la exención de la responsabilidad penal más aun cuando con la regulación en el código sustantivo penal a través de sus prohibitivos enunciados lo que se pretende es evitar que se divulgue, se extienda o publicite a que se consuma ilícitas sustancias, por el contrario que aminorar su oferta y como consecuencia igualmente su demanda.

Estando a lo antes señalado debemos de precisar que se debe desechar toda posibilidad de encontrarnos ante una causa o motivo de:

Atipicidad penal, por cuanto la drogas para el propio e inmediato consumo de modo alguno comprende o lesiona el jurídico interés supra individual que sí reviste de contenido delictual con el agregado que el sujeto pasivo en los ilícitos de drogas ilegales no es el consumidor, sino la sociedad u colectividad, por tanto, siendo el consumidor la víctima de su mismo autoconducción adictiva.

Continuando con las posiciones indubitables y concluyentes pasamos a;

Las causas de justificación en que la identidad de los mandatos autoritativos generará que la lesión, perjuicio o daño de la conducta se presente aceptada por el marco normativo jurídico, al subyacer intereses legales

predominantes. Dicho ello, como lo refieren muchos juristas, no se advierte sustento válido para identificar un estado de necesidad justificante, como tampoco en la esfera del consentimiento, por cuanto: *i) es imposible frente a bienes jurídicos supraindividuales; y, ii) Es el mismo consumidor quien realiza la conducta descrita como autolesión.*

Del mismo modo, debemos de descartar:

Estados de inexigibilidad, pues no estamos frente a un conflicto de bienes protegidos legalmente que tengan un similar valor; deduciéndose que el consumidor no está inmerso en una situación que pudiera considerarse excepcional que pueda conllevarlo a afectar un ajeno bien jurídico, al tratarse de su individual salud, su mismo organismo colocándose en un estado de riesgo.

Estando a lo antes señalado, la evaluación de la culpabilidad quedará a consideración de un estricto discernimiento de imputación individual como centro referencial del agente, Es aquí donde podría considerarse que la exención de la pena se erige y crea con la completa anulación de la conciencia humana, concordante con la figura jurídica de “grave alteración de la conciencia” contenida en el primer inciso del artículo 20 de nuestro código sustantivo penal; cuando la incidencia del consumo de la droga solo lesione de manera ocasional y temporal que pueda controlar su comportamiento; por ello no es capaz de orientar su comportamiento de acorde con sentido de la norma penal cual manifestación de manía u obsesión.

Sobre lo señalado se advierte dos fundamentales objeciones:

- i) Para conducir a la evaluación de la “imputabilidad” del autor, debemos de acreditar que nos encontramos frente a un injusto penal verdadero; pues de lo contrario, devendría realmente en innecesario*

introducírnos en el ámbito de la individualidad humana; puesto que en el caso materia de estudio no se advierte ser un acto típico ni antijurídico el consumo personal de prohibidas drogas.

- ii) La exención de la responsabilidad penal no se encuentra supeditada al adicto u toxicómano, pues se admite también para aquel ciudadano que por vez primera consume la ilícita droga como también para quien consume ocasionalmente. Es decir que las disposiciones legales penales en estudio, no están concebidas de manera exclusiva para adictos y por tanto ello ha de develar un reproche reducido de culpabilidad o una situación absoluta de inimputabilidad.

De aceptarse lo señalado en el párrafo precedente conllevaría a la imperiosa necesidad de tener que analizar, primeramente si el autor se encuentra inmerso en actos de comercialización o tráfico de sustancias ilícitas, para luego deliberar si la respuesta pertinente es una medida de seguridad y no necesariamente una pena; de ello dependerá sí la eliminación de la motivabilidad de la norma resulta ser completa o incompleta; así, si el consumidor no cometió delito, no podrá recaer en represión penal; estando prohibidas todas las medidas de seguridad predelictivas, en íntima concordancia con las garantías del derecho penal democrático.

Del mismo modo ha de desestimarse igualmente un posible “actio libera in causa”; por cuanto ello comprendería una dolosa preordenación a delinquir o ingresar en una condición de inimputabilidad de modo imprudente, por cuanto el consumo de sustancias ilícitas por sí no configura por sí solo un acto ilícito u delictivo; consecuentemente no podría invocarse dicha figura jurídica para sustentar una situación que devendría en contraria; esto es, su sanción cuando el juicio de desaprobación personal se retrotraiga a un instante u oportunidad previo y anterior a la comisión del injusto penal.

A modo de conclusión resulta válido señalar que el consumo de sustancias ilícitas no será reprimido por cuanto:

- El bien jurídico a cautelar es la salud pública que obviamente no es advertida en el “consumo personal del propio adicto”.
- Existe un reconocimiento a las fundamentales libertades de toda persona como ser humano, dentro de un marco normativo democrático de Derecho, en el cual consumir drogas ilícitas si bien implica y comprende una elección u alternativa dañosa para la salud del consumidor, ello no justifica que el Derecho penal intervenga en una esfera absolutamente de plena libertad personal del mencionado adicto. La intervención del Derecho punitivo será legítima en los supuestos que la dependencia u drogadicción sea resultado de un acto de coacción o bien en el supuesto que dicho consumidor carezca de capacidad de distinción, de discernimiento.

Si bien podrá existir realidades distintas a la nuestra en que se sancione el propio consumo, como en la española; ello para nuestra realidad, implicaría una inadmisibles posición política criminal, por cuanto comprendería un flagrante atentado a la libertad personal en una situación pervertida para proteger la salud, evidentemente de difícil compatibilidad con importantísimos presupuestos constitucionales; supondría la persecución de una finalidad imposible con evidentes consecuencias negativas en la percepción de la validez de normas legales jurídicas, que ocasionaría más daños que beneficios o ventajas, además se contrapondría al principio de ultima ratio que ha de sustentar la normatividad en materia penal y por el contrario contradeciría principios de la propia Constitución que expresamente prescribe actos para reducir e eliminar las ilícitas demandas y con miras a destacar la reducción del sufrimiento y padecimiento humano.

2.1.6 Consideraciones para no sancionar la conducta

La exoneración de la responsabilidad penal de quienes poseen ilícitas drogas para su personal consumo, que además debe ser inmediato; conlleva necesariamente a meditar desde la óptica de la política criminal y desde una

categoría dogmática, a inquirir los fundamentos por los que un comportamiento así considerado no será sancionado por el Derecho penal; a partir de ello, podemos identificar dos consideraciones al respecto, así: *Distinguir y reconocer si existe o no lesión social en este tipo de conducta*, de acuerdo con la semejanza de bien jurídico que se tutela y protege; y, *Determinar cuál será el tratamiento jurídico ha brindar a esta clase de agentes*.

El comportamiento regulado en el artículo 299 del código sustantivo penal de modo alguno representa o contiene un injusto penal verdadero; ello de modo alguno indica que estamos ante un supuesto de “*excusa absolutoria*”, “*estado de inexigibilidad*” o de otra figura jurídica análoga, evidenciándose que el legislador opta por considerar que dicho comportamiento humano no es delictivo e independientemente de otras legislaciones que la puedan reprimir.

Para sancionar la posesión de la droga prohibida deberá de acreditarse fehacientemente y con solvencia probatoria suficiente que la posesión o tenencia tiene como fin el tráfico, ese es el límite que divide la exención de la responsabilidad penal con la conducta tipificada en el artículo 298 del propio código sustantivo penal relacionado con la microcomercialización.

Lo antes señalado guarda vinculación en cuanto nos encontramos analizando una conducta regulada dentro del capítulo cuyo bien jurídico tutelado es la “salud pública” de naturaleza supraindividual, que únicamente estará en peligro cuando al mercado de consumidores ingrese una cantidad significativa de drogas ilegales; así el artículo 296 del mismo código reprime actos de comercialización como de tráfico de droga ilegal.

Partiendo del supuesto que teniendo los adultos capacidad para libremente autoconducirse en sociedad; esto es, realizar lo que consideren más conveniente a su propio ámbito psicosomático independientemente de

distinguir y aceptar que la misma vida no es un bien jurídico de plena disposición para su titular; lo que se trata de establecer es sí una persona realiza ciertas acciones o conductas que redundan en una vulneración u afectación de su propio cuerpo u organismo, tal conducta deberá ser considerada como una “autolesión” y por tanto una conducta que no será castigada. En consecuencia, para quien de mutuo propio se somete de manera prolongada, habitual o continua a estados de drogadicción nos conduce necesariamente a denegar y desestimar de plano todo estado o situación de desvalor que pudiera justificar de manera válida la formulación de algún pacto penal bajo el nomen iuris de la Sección Segunda del Capítulo III de nuestro código sustantivo penal.

Como en el suicidio, al consumidor no se le podrá atribuir comportamiento como antijurídico y típico, situación diferente de referirnos a la penalización de quienes instiguen u coadyuven al suicida a planificar su propia extinción. La afectación que pudiera resultar como consecuencia de la misma adicción a las ilícitas sustancias, representa una información que se enlaza en la individualidad humana, evitando que sea valorado de modo positivo en orden a proponer sea castigado penalmente.

2.1.7 La intervención del Derecho penal

En consonancia con lo señalado en los numerales anteriores, a decir de Pena Cabrera, Alonso (2016):

El Derecho penal solo intervendrá cuando otras personas, distintas al consumidor, sean quienes oferten las sustancias ilícitas e ilegales en el mercado; pues con ello se amenaza la salud pública de la sociedad y no con la autolesión del consumidor.

El consumidor en modo alguno será considerado autor u partícipe de conductas que promocioe o favorezca ilegalmente su propio perjuicio.

2.1.8 El Tratamiento para el consumidor

El establecimiento del tratamiento para el consumidor transformado en toxicómano, esto es lamentablemente en un prisionero de las ilícitas sustancias, deviene en otro de los temas necesarios de vislumbrar.

Al respecto es de considerar el “sistema vicarial” regulados también en el código penal considera la “vigencia de penas y de medidas de seguridad”, de acuerdo al grado o nivel de imputabilidad o inimputabilidad del autor intelectual; es decir ante agentes con una “imputabilidad relativa”, de conformidad al artículo 77 del código sustantivo penal, la respuesta sancionadora en primer momento será una medida de seguridad y posteriormente una pena, siendo que dicha pena podrá ser dispensada en el supuesto que el juez verifique que el tratamiento fue exitoso.

Dicho dispositivo normativo refiere:

“Artículo 77.- APLICACION DE INTERNACION ANTES DE LA PENA

Quando se necesite aplicar una medida de internación a un imputable relativo, o a un toxicómano o alcohólico imputable, el Juez dispondrá que ella tenga lugar antes de la pena. El período de internación se computará como tiempo de cumplimiento de la pena sin perjuicio que el Juez pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración atendiendo al éxito del tratamiento”.

Al respecto Bacigalupo citado por Peña Cabrera, Alonso (2016) refiere que, *partiendo de una especial prevención, una medida que dure de manera indeterminada como es el internamiento señalado para los inimputables cuenta con posibilidades muchas de más eficaces que la*

aplicación simple una pena, pues considerando su naturaleza es advertida como absolutamente inadecuada para solucionar la drogadicción, concebida como un real e innegable problema social.

De otra parte, el internamiento cuenta con la posibilidad de poder ser cambiado o reemplazado en ciertas condiciones por un procedimiento de naturaleza ambulatoria, permitiendo un control y seguimiento progresivo de los resultados de dicho tratamiento.

De otro lado es de señalar que las medidas de seguridad son impuestas en íntima sujeción con el principio de legalidad; por cuanto su efectividad dependerá indispensablemente de la corroboración y verificación de un acto o comportamiento punible que escrupulosamente cumpla con los requisitos de tipicidad y antijuridicidad en concordancia con el artículo 72 del código sustantivo penal; en consecuencia, están descartadas las medidas de seguridad predelictivas, sustanciadas básicamente en la prognosis de peligrosidad, conforme lo sostenían los defensores del positivismo criminológico.

El Estado en modo alguno tiene capacidad de obligar a las personas o a la ciudadanía en general a conducirse o portarse de uno u otro modo o estilo; así, en el caso de consumo de drogas, no puede impedirles que lo hagan; de igual modo, el Derecho penal carece de opción para intervenir, siempre que el consumidor no cometa un delito, como sería las conductas concretas el tráfico de drogas ilícitas y prohibidas.

Ante lo señalado en el párrafo anterior y la interrogante *¿Qué le corresponde al Estado?* resultaría oportuno señalar que, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, el Estado tendrá la posibilidad de brindar y dedicar una gama de alternativas para abandonar el estado de dependencia y adicción, pero no coactivamente; tal situación devendría en impensable en un Orden democrático de Derecho.

El tratamiento y sus medidas de realización han de sustentarse en el derecho que tienen los ciudadanos a escoger, optar y decidir someterse a dichas medidas o no; de tal suerte que cuando el consumidor pierda la capacidad para elegir y se advierta manifiestos trastornos, alteraciones, anormalidades o turbaciones en su personalidad, será la propia sociedad que podrá sustituir la decisión del usuario.

Siguiendo a Lamo de Espinosa, el autor Bustos Ramírez mencionado por Peña Cabrera, Alonso (2106) refiere:

No será legítimo señalar a las personas adultas, ciudadanos, como han de conducirse, como vivir; menos lo que han de hacer consigo mismos; por cuanto la normativa es ineficaz y toda sanción ineficaz no es justo, es injusto, por cuanto no solo es ineficaz sino también perjudicial, nocivo y pernicioso, pues aspirar e intentar controlar a la criminalidad y el hampa, al contrario, lo genera. Otorgar dicha intervención de tutela al Estado carece de legitimidad alguna y a todas luces es contrario al sistema democrático (esto es, regresar al régimen pasado de vinculación personal y jerarquizada)

Respecto al fenómeno problemático de las drogas en una sociedad democrática necesariamente comprenderá resignarse a observar cómo una cantidad significativa de ciudadanos decaen en el precipicio de la dependencia y adicción, en la autodestrucción.

El Derecho penal solo será empleado por la sociedad y el Estado cuando dichos ciudadanos faciliten o promuevan el tráfico de drogas ilegales; deviniendo en válida la reflexión de sí en dicha situación devendría en desafortunada e infeliz la repercusión del Derecho punitivo, de quien trafique las sustancias ilícitas para poder suministrar su propia dependencia o adicción.

2.1.9 Límites de la exoneración de responsabilidad en el artículo 299.

La exoneración de la responsabilidad penal contenida en el artículo 299 del código sustantivo penal, no está limitado o restringido a los ciudadanos que puedan ser identificados como “toxicómanos” u “drogodependientes”, que están hundidos en un estado indómito e incontenible de dependencia y adicción; sino por el contrario a todas aquellas personas que por vez primera se arriesgan y disponen a consumir drogas ilícitas o también lo realizan de manera no frecuente.

Partiendo de la posición antes señalada ha de establecerse que la exención de la sanción no ha de fundamentarse en una prueba farmacológica, que pericialmente sustente con certeza que el ciudadano es *consumidor habitual de sustancias ilícitas*.

Requerir o sostener la necesidad de una pericia que acredite la habitualidad en el referido consumo para la exención de la responsabilidad no solo representará una equivocación sino también un despropósito que debe ser rehusado por los operadores de justicia, pues como lo refieren algunos autores no resulta inusual que para considerar como posesión no punible se requiera un examen, una demostración o verificación de la drogadicción del agente, cuando por interpretación en contrario presumen que están frente a un traficante; siendo que no debe bastar la cuantía de la droga apresada; sino que debe acompañarse de información demostrativa y objetiva que señalen con seguridad tal finalidad. Entender de modo distinto implicaría la creación de un delito de sospecha, un patrón de un Derecho penal de autor, que no puede conciliarse con un Derecho penal del acto; por ello, ha de sostenerse que la tenencia de la droga ilícita que sean de mayores cantidades a los establecidos para el consumo individual del agente, no deviene en suficiente para sancionar conforme los alcances del artículo 296 o 298 del código sustantivo penal, debiéndose de acreditarse que la finalidad es el de tráfico.

Como lo refiere una gran mayoría de doctrinarios nacionales: *Las disposiciones contenidas en el artículo 299 del código sustantivo penal requiere para la no punición u exención de la responsabilidad del consumidor que concurran legales condiciones de índole cuantitativo y cualitativo temporal, como establecer u obligar que la porción deba ser consumirla de manera inmediata; con ello se está propiciando un sistema de condiciones que no admite cuestionamientos en contrario, que debe ser aceptado de pleno derecho que la finalidad es el tráfico de no satisfacerse las condiciones legales para la determinación de la tenencia de una porción personal.*

2.1.10 Cantidades y variedades de droga para el propio consumo exento de pena

La cantidad de droga que no es reprimida por estar destinada para el inmediato y propio consumo de quien las posee, no deben exceder de:

- Cinco gramos de pasta básica de cocaína.
- Un gramo de látex de opio o doscientos miligramos de sus derivados.
- Dos gramos clorhidrato de cocaína
- Doscientos cincuenta miligramos de éxtasis, conteniendo Metilendioxianfetamina – MDA, Metilendioximetanfetamina – MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas.
- Ocho gramos de marihuana o dos gramos de sus derivados.

Asimismo, por mandato de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley que regula el uso medicinal y terapéutico del Cannabis y sus derivados, Ley N° 30681 publicada el 17 de noviembre de 2017 y vigente desde el día siguiente, que dispuso la modificación del artículo 299 del Código Penal, también está exenta de responsabilidad penal la posesión de Cannabis y sus derivados:

- ***Con fines medicinales y terapéuticos***, dicha exención está condicionada a:

- a) Qué, la cantidad sea la requerida para el tratamiento del paciente; y,
 - b) Qué, el paciente esté registrado en el Ministerio de Salud, bajo supervisión del Instituto Nacional de Salud y la DIGEMID. También se admite la posibilidad que en el registro se consigne a un tercero a cargo del cuidado o tutela del paciente.
- **Para investigación**, en sujeción a las normas sobre la materia y lineamientos que prescriba el ente rector.

2.1.11 Supuestos que se excluyen de la exención de la pena

Del análisis al artículo 299 del código penal advertimos que tanto los tipos o clase de drogas no señaladas expresamente, así como cuando la posesión de las cantidades señaladas para consumo propio e inmediato superen el límite máximo no estará comprendido dentro de los alcances de la exención de la pena y como consecuencia serán objeto de represión y castigo.

Lo antes señalado presenta ciertos cuestionamientos, que ciertamente compartimos, en el entendido que conforme lo señala Peña Cabrera, Alonso (2016) al sostener:

El que se encuentre a una persona con porciones mayores a los indicados en el artículo 299 del código sustantivo penal, no ha de entenderse irrefutablemente que sea un traficante.

El sostener lo contrario es advertido como un problema ocasionado por una política criminal limitada en guiar su norte informador y preventivo relacionados con esquemas normativos y valorativos, incurriendo en resoluciones u disposiciones indiscutibles que no resultan satisfactorias como en el supuesto cuando se sanciona a un adinerado que tiene porciones de droga que supera las cantidades permitidas que tienen como finalidad el ser compartidas con otros ciudadanos sea en una reunión que ha organizado.

Dicho usuario de modo alguno podrá ser considerado como traficante, menos en potencia, pues afirmar lo contrario es aceptar un tipo de agente normativo presunto, situación inadmisibles en el Derecho penal no autoritativo.

De igual modo es de señalar que por disposición expresa del segundo párrafo del citado artículo, la tenencia de dos o más tipos de las drogas señaladas no estará exenta de sanción, por el contrario, será reprimida penalmente.

2.1.12 La represión penal por tenencia de dos o más tipos de drogas.

Como se ha señalado en numerales precedentes, la política criminal relacionada con drogas ha de orientarse a luchar y lidiar contra organizaciones criminales o el conjunto de éstas dedicadas a su comercialización como a introducir inmensas cantidades de ilícitas sustancias al mercado de consumidores con la finalidad de lucrar y obtener ilícitos beneficios sacrificando la salud pública.

Si bien se advierte como legítima y válida la finalidad preventiva de la pena de forma general en el espectro de los variados tipos penales contenido en el código sustantivo penal, es de indicar que de manera específica al referirnos al artículo 298 conlleva la necesidad de aprestarse a contar con sanciones de tipo diferente como las de contenido económico ejemplo la pérdida de dominio o el decomiso; no obstante ello debemos ser meticolosos en considerar que la función preventiva se ciña al origen de la legitimidad del Derecho penal pero conforme a una sociedad democrática de Derecho, con la orientación de equilibrar las bifurcaciones de participación criminal con expresiones típicas de autoría, así como sancionar comportamientos u actos simplemente preparatorios con la finalidad de clausurar el círculo criminal del tráfico ilícito de drogas pues en el futuro ocasionará una afectación a principios como de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad.

La simple disposición legal advertida en el segundo párrafo del artículo 299 del citado código donde establece la *exclusión de exención de responsabilidad penal por la posesión de dos o más tipos de drogas* referidas en su párrafo precedente y consecuentemente será objeto de represión, atenta contra el principio de mínima intervención del Derecho penal, por ello los operadores de justicia deberán también de aparejar con otras situaciones que se ha atentado real y efectivamente contra la salud pública, bien jurídico protegido en el tráfico ilícito de drogas.

Actuar de modo contrario conllevaría a una indebida focalización de represión penal; pues existiría la posibilidad de sancionar a quienes hacen de la drogadicción su modo de vida o consumen las sustancias ilícitas en tipos combinados e incluso ocasionalmente sea por vez primera o curiosidad. Dicha penalización implicaría también desarticular los cimientos del estado constitucional de Derecho, la reprimirse actos que también son privativos de la personalidad humana, igualmente pertenecientes a la íntima esfera de la persona que actúa en ejercicio de su libertad de proceder con su propio organismo o cuerpo lo que considere, al margen también de quienes no hubieren alcanzado un desarrollo anatómico a plenitud o bien estar ante individuos inimputables manifiestamente.

La exclusión de la exención de punibilidad conforme el segundo párrafo del artículo 299 implica la aplicación de posiciones y puntos de vista que van más allá de lo jurídico, alejándose por completo de todo aspecto u apariencia de substancia de índole material atravesando en posturas religiosas, éticas y moralistas, cuya manifiesta relatividad comprendería sin lugar a dudas un distanciamiento o divorcio con principios y preceptos que legitiman al Derecho penal democrático; sostener lo contrario implicaría además tener que criminalizar el consumo variado e indiscriminado de tabaco u alcohol que genera tan igual o mayor daño a nuestra salud, pero ello no es así por los intereses tributarios y económicos que implican; situación diferente sería que

se advierta una conducta destinada a introducir grandes cantidades de diversas y variadas clases o tipos de sustancias ilícitas con susceptibilidad de ser difundidas y propagadas a su consumo .

Como lo enseñan autores como Peña Cabrera, Alonso (2016):

Si bien se comulga con la despenalización del consumo propio e inmediato de drogas, es expreso el desacuerdo que el límite delimitable entre la posesión de sustancias ilícitas, conforme el artículo 298 que tipifica la microcomercialización, se establezca solamente basados en una posición cuantitativa; así bastará la aprensión del individuo con una porción superior a la establecida en el artículo 299 para sancionarlo penalmente como un acto orientado al tráfico de drogas ilícitas, pues existirá ciertas situaciones que acrediten con solvencia probatoria suficiente que dicha tenencia se dirige a la donación; igual criterio debe adoptarse cuando se trate de diversos tipos de drogas, como también podría ser para un consumo compartido de consumidores adultos libres para conducirse y comportarse a su libre voluntad.

No valorar o considerar lo antes señalado, que un consumidor o drogadicto poseedor de dos o más tipos de droga e incluso en cantidades permitidas, sea sancionado implicaría la creación de ilícitos de sospecha en que el hipotético peligro se construirá de acorde a una valoración probabilística, presuntiva lo cual desestabiliza las bases de un Derecho penal del acto, así como de un proceso penal acusatorio y democrático en que la carga de la prueba recae en el órgano acusador y no en el consumidor imputado.

Para sancionar la posesión de dos o más tipos de droga en cantidades consideradas legalmente para el consumo propio e inmediato es obligación que el representante del Ministerio Público acredite más allá de cualquier duda razonable que el poseedor tenía las sustancias ilícitas para traficarlas u

comercializarlas en el mercado de consumidores; actuar de modo distinto implicaría la utilización de estereotipos, rotulaciones sociales e incluso prejuicios identificando al consumidor drogadicto como un componente hiriente, corrosivo de la sociedad o una fuente de peligro que deberá ser retirado y aislado del resto de las personas para eludir contagio, como la propia transmisión del consumo de drogas.

Sancionar la posesión de dos o más tipos de droga en cantidades consideradas legalmente para el consumo propio e inmediato implicaría el encarcelamiento de adictos a drogas ilícitas por tiempos extensos y alargados bajo argumento de amparar los generales fines preventivos y preventivos especiales que generará efectos nulos, pues dichas personas seguirán consumiéndolos e inclusive por la corruptela en los propios centros penitenciarios. Siguiendo con el corolario debemos de señalar como opciones para enfrentar la problemática del consumo personal e inmediato de drogas de diversos tipos en las porciones permitidas, además del tratamiento y la propia desintoxicación no concebidas como penas sino por el contrario como medidas de seguridad con la predisposición del penado y siempre que hubiere cometido un probado y acreditado injusto penal; de lo contrario estaríamos confirmando la coacción de medidas de seguridad predelictivas que a todas luces contraviene y atenta los cimientos de un Derecho constitucional de Derecho.

Para evitar que los individuos se vean inmersos en el vicioso consumo de las drogas ilícitas deberá de formularse políticas de salud pública realmente preventivas a través de programas para informar a la colectividad iniciándose en las escuelas y centros de educación superior, así como por medio de reales centros públicos para rehabilitar a los consumidores con intervención y ayuda del sector privado, no así con la nefasta participación u aplicación del Derecho penal

2.1.13 Consumo personal: Constitución, Convención y Legislación Internacional.

El siglo XXI, a nivel global doctrinaria y judicialmente es tema de debate si el consumo personal de drogas debe ser criminalizado y en el ámbito nacional aun con las disposiciones contempladas en el primer párrafo del artículo 299 de nuestro código sustantivo penal despierta un interés para seguir profundizando su estudio, más aun considerando las disposiciones del artículo 8 de nuestra Constitución Política, para ello debemos remontarnos a las disposiciones que dicha carta magna contiene en su artículo 55 relacionado con la integración de tratados internacionales a nuestro ordenamiento jurídico pues refiere: ***“Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”***.

Al respecto el autor Llacsahuanga, Richard (2010) refiere: *la integración del derecho internacional de derechos humanos garantiza que se aplique rápidamente los tratados internacionales relacionados con derechos humanos por los órganos jurisdiccionales, los que adquieren superioridad constitucional por intermedio de la exegesis jurisdiccional por el más alto intérprete constitucional como el Tribunal Constitucional”*

Como corolario de lo antes citado es de precisar que con la incorporación de tratados internacionales sobre derechos humanos dentro de los ordenamientos jurídicos de cada país no solo implica la entrega y logro de un listado de derechos, sino que igualmente permitirá afianzar un Estado Constitucional, como sólidas bases para garantizar tales derechos, de lo que podemos inferir que en un Estado Social y Democrático de Derecho estará a salvo el respeto y la vigencia de dichos derechos.

En este avance de la investigación es necesario referir que en el ámbito internacional, con respecto a drogas, deviene en remitirnos a la Convención de la Naciones Unidas contra el ilícito tráfico de drogas estupefacientes o sustancias psicotrópicas del año 1988 o comúnmente identificada como la

“Convención de Viena” que adoptó el *paradigma Geopolítico Estructural* representando un importante referencial entre las políticas para enfrentar la problemática de drogas y que justamente versaba sobre el procedimiento penal que se consideraba aplicar a los actos o conductas de tenencia y posesión de drogas para el consumo propio de cada persona.

El referido modelo ideológico y político criminal, se erigió influenciado por el radical enfoque de “Guerra de las drogas” planteando la criminalización general y absoluta de la totalidad de conductas relacionadas con el ciclo de la droga; consecuentemente se sostenía que la problemática de la droga tenía que estudiarse antes que sus consecuencias y resultados sanitarios en sus nefastas y nocivas repercusiones para la defensa interior de cada Estado; consecuentemente todo acto que fortalezca, promueva o encubra el organizado crimen relacionado u vinculado con drogas debió ser penalmente reprimido; por ello que para el paradigma geopolítico estructural el consumir o traficar representaba dos lados de una misma moneda, por ello debía de penalizarse el consumo como su tráfico.

En la actualidad dicha circunstancia represora para criminalizar la tenencia de drogas para el propio consumo no es homogénea entre los suscribientes de la Convención, al garantizarse también que cada Estado conserva sus principios constitucionales y nociones fundamentales de su orden jurídico interno. Tal ausencia de recepción general en el Derecho comparado ocasiona que podamos advertir hasta tres categorías de comprender la esencia de la tenencia de drogas para el personal consumo como también de actos destinados para el consumo propio.

Dentro de la primera categoría se encuentran los países que dedica una respuesta penal de cara a la posesión o tenencia respecto al consumo como el derecho brasileño; del mismo modo, se advierte una segunda categoría conformados por quienes optan solamente por aplicar una pena para los comportamientos de tenencia o posesión cuando la finalidad sea el ilícito

tráfico o ilegal comercialización con miras a proveer a terceros en su consumo de drogas como se puede apreciar en el derecho español y como tercera y última categoría advertimos aquellos países que reaccionan penalmente con una mayor amplitud que inclusive comprende la posesión de drogas con diferente finalidad que el consumo propio o el ilícito tráfico como lo advertimos en la legislación venezolana.

En la actualidad, en el derecho extranjero la tendencia está orientada a penalizar la tenencia de drogas para el consumo propio cuando la cuantía poseída no supere lo semejante a la dosis personal o ésta sea insignificante; dicho supuesto es advertida en la legislación chilena, uruguaya y mexicana.

Es de precisar que en Colombia la tenencia de droga para el consumo propio era reprimida, más su Tribunal Constitucional en el año 1994 declaró ello como inconstitucional.

Estando a lo antes señalado es de evidenciar que en nuestro país no criminaliza formalmente el consumo personal de drogas, pues como se reitera se acoge su práctica como un legítimo ejercicio de la libertad personal constitucional que se reconoce a los ciudadanos y no obstante que la mayoría de la población conciba que está penalizado y no ha de legalizarse como se ha señalado anteriormente.

Finalmente, como refiere Prado, Víctor (2016) *Respecto a la eficacia del artículo 8 de nuestra Constitución, para consolidar una eventual penalización de la tenencia de drogas para el consumo propio como de los actos con dicha finalidad por un consumidor potencial (que fabrica su propia droga para su consumo o comprarla a terceros) rebalsaría en dichos supuestos lo señalado en dicho en la Constitución*. Pues si bien el imperativo mandato constitucional de luchar y castigar el ilícito tráfico de drogas conlleva a que se penalmente se persiga y criminalice el **indebido consumo** de dichas sustancias, **ello de modo alguno lo autoriza ni faculta; por ello,**

asumir una posición sancionadora contravendría el ámbito de la autodeterminación del ciudadano constitucionalmente garantizado como fundamental derecho en la evolución de su personalidad, así como de los fines que considere propios; tal concepción es recogida en el voto singular del tribuno Ramos Núñez en la sentencia del Expediente N° 07717-2013-PHC/TC de 9 de junio de 2015.

TÍTULO III

3.1 EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL

3.1.1 Introducción

Avocarnos en el estudio de la mínima intervención del Derecho penal conlleva necesariamente a repasar sobre los principios rectores del Derecho penal y la importancia e incidencia que esta rama del Derecho representa en la violencia encriptada en el Estado como una manifestación legítima y jurídica para contrarrestar aquellas afectaciones, de las más gravosas, contra bienes jurídicos considerados como fundamentales. Sin embargo, tal estado de presión a las libertades no debe ser aplicada de modo arbitrario u irregular pues las personas contamos con una serie de garantías que si bien en un inicio surgieron con un carácter declarativo con el correr de los tiempos han adquirido disposiciones recogidas en instrumentos que limitan y restringen fácticamente las versiones del ius puniendi.

La sociedad democrática de Derecho inexorablemente conlleva la democratización del Derecho penal, humanizándolo y despojándolo de toda sombra apocalíptica de una justicia penal que simplemente reacciona y reprime; esto es, que el Estado responde sin límites racionales lo que de por sí no representa una justicia auténtica; sino por el contrario es apreciada como una pública venganza degradando y situando al Estado en el mismo nivel del malhechor. En ese sentido el desarrollo de la filosofía humanista caló el razonamiento programático de las ideologías penales determinando en un primer momento de manera formal y posteriormente material de los principios del Derecho penal concibiéndolos como mandamientos de optimización, respetando al legislador en su tarea penalizadora y posteriormente al Juez y fiscal que como operadores jurídicos interpretan las normas jurídico penales.

Al respecto Peña Cabrera, Alonso (2016) refiere:

Resulta inconcebible una ciencia jurídico-penal veraz y real, sin antes haber definido el argumento práctico, utilitario, funcional y material de los elementales fundamentos del Derecho punitivo al ser éstos conformantes del armazón y organización de las normas penales ; consecuentemente deviene en inconcebible que puedan construirse convenios penales alejados de dichas consideraciones y posiciones rectoras en cuanto permitan una respuesta jurídica estatal; asimismo, el castigo sea una racional, ponderada y ecuánime reacción ante los delitos. Ello constituirá la exclusiva modalidad para prevenir que dicho mecanismo de control social sea concebido como instrumento opresor hacia la colectividad o de venganza pública.

En materia penal sus linderos no han de orientarse únicamente a demarcar como los jueces han de aplicar y entender las leyes o como los funcionarios tienen que ejecutar las penas; por el contrario, están concebidos también al momento de producir e instituir las normas, es decir en la labor legislativa, más aún cuando dichas normas son punitivas. De inexistir el control incidirá en el planteamiento de una constante reforma normativa punitiva, alejada de las garantías elementales de un Derecho penal democrático.

De otro lado Zaffaroni citado por Peña Cabrera, Alonso (2016) enseña:

La legitimidad del Derecho penal se sustenta en cuanto comprende y reduce la facultad y potestad de castigar.

No se legitimará el Derecho penal planificando las resoluciones jurídicas con la finalidad de escoltar el ejercicio de un punitivo poder que las oficinas jurídicas no ejercen; sino por el contrario que debe planificarse para delimitar su ejercicio; ello sustentará la pervivencia del Estado de Derecho.

El Derecho penal es concebido como prolongación del Derecho constitucional del Estado Constitucional de Derecho; y, junto con el poder jurídico encontrarán legitimidad en cuanto se ejerza el citado control delimitador; en tanto de encontrarnos en supuestos en que se adviertan la dimisión y abandono de la función quedará despojada de dicha legitimidad.

Dentro de los principios rectores del Derecho penal advertimos: *El Principio de legalidad penal, de protección de bienes jurídicos, de culpabilidad, de proporcionalidad de la pena y de mínima intervención.*

Dichos principios que los encontramos regulados en la Constitución, siendo respecto del último de señalados anteriormente que versa la presente investigación, difundirán la política criminal conforme las directrices propias del Estado constitucional de Derecho y darán soporte y sustento a regímenes que de manera excepcional establezcan limitaciones y restricciones para los ciudadanos; pues de lo contrario devendría en incomprensible en un sistema en el que debe imperar la igualdad como principio.

3.1.2 Antecedentes.

Pretender evocar los antecedentes de la mínima intervención del Derecho Penal necesariamente nos conduce a reflexionar sobre las arbitrariedades perpetradas por los autoritarios y nacionalistas gobiernos del siglo XX con mayor incidencia en el nacional-socialismo en Alemania en la Segunda Guerra Mundial que conllevó el crecimiento de una filosofía humanista resaltando de manera más revolucionaria los valores humanos en comparación con lo que proponía la Ilustración y el Iluminismo avalados por el “Constitucionalismo social”, permitiendo con ello erigir y construir los cimientos y fundamentos del “garantismo penal” que fue perfeccionándose con el transcurso de los años, trazando y proyectando un razonamiento

ideológico que fue penetrando a la perfección en los modelos y patrones político-criminales recogidos en los diversos convenios y acuerdos a nivel internacional relacionados con la consagración del constitucionalismo, sirviendo de entrada a los valores concebidos como fundamentales de la persona como tal y de la sociedad misma, que ha de perfeccionar y pulir a la política jurídica del Estado, de especial importancia la relacionada con la disciplina penal.

3.1.3 Definición y alcances.

Dentro de los preceptos y fundamentos de un Derecho penal democrático, considerando que la violencia a penalizarse requiere necesariamente de afectación a ciertas libertades consideradas como fundamentales, dicha afectación debe ser aminorada y cortada a su máxima expresión; es decir que en la medida que el Derecho punitivo va desarrollándose, los alcances del ámbito jurisdiccional más represivo, restrictivo y coercitivo que posee el orden jurídico deberá de intervenir de modo subsidiario.

En concordancia con lo antes señalado es unánime la posición de juristas que como Zugaldía Espinar, citado por Peña Cabrera (2016) refieran que el Derecho penal posee un carácter fragmentario a través del cual ha de garantizarse que su intervención deberá de darse sólo ante comportamientos y conductas que atenten y contravengan reglas, pero no cualquier regla, sino aquellas que resulten ser de mínima convivencia social, en salvaguarda de valores o bienes con connotación jurídica pero fundamental de las personas o de la sociedad misma, en última instancia; condicionado a que los citados comportamientos se materialicen de una forma esencial y especialmente considerada como grave.

De lo antes señalado, el principio de mínima intervención es advertido y distinguido como la inequívoca expresión de humanización del Derecho penal, en contraposición y contraste al extremo punitivo que todo sanciona

y castiga como evidente expresión de tiranía y abuso del poder monárquico concebido como aquel mecanismo aplicado básicamente a oprimir y reprimir a la ciudadanía en un intento de contener y controlar toda posibilidad e intento de cisma política.

La intervención mínima es resultado de la desconcentración del poder político y jurídico, distribuido a los poderes del Estado que si bien implicó el surgimiento de la *división de poderes* también constituyó un equilibrio en las determinaciones criminalizadoras, siendo dicha potestad acogida por el Parlamento de modo exclusivo sirviendo de corsé al sistema democrático de Derecho.

3.1.4 El Rol del Derecho Penal a razón del Principio de Mínima Intervención

Peña Cabrera, Alonso (2016) enseña que *El Derecho penal ha de limitarse en su intervención en el supuesto que los demás instrumentos de control y vigilancia social con los que dispone el Estado y la sociedad resultan reducidos, defectuosos e insuficientes para poder prevenir y reprimir ciertas conductas o manifestaciones de comportamiento evidencien un necesario desvalor íntimamente vinculado con un bien jurídico que ha de ser protegido penalmente; es decir, un valor o bien que en la vida de las personas es cautelado y garantizado por la ley y que puede ser intangible o no, considerado como valioso y de ahí la necesidad de ser garantizado y protegido por la ley a fin de no ser violentado o lesionado por acto de terceros.*

Lo antes señalado evidencia un enlace íntimo y armonioso que resulta vinculado con el principio de custodia de bienes jurídicos con el principio de mínima intervención.

En la misma orientación Quintero Olivares, citado por Peña Cabrera, Alonso (2016) refiere: *La ley penal únicamente reprimirá los valores estimados y apreciados por la comunidad en general, y respecto de los cuales los*

intereses de contenido jurídico requieran de tutela y protección punitiva, bajo premisa que los demás instrumentos y mecanismos de índole legal se muestran y presentan ausentes y carentes de eficiencia para realizar y satisfacer; en tal sentido, dentro de un Estado de Derecho democrático las leyes de naturaleza penal han de justificarse de manera exclusiva por cuanto están prestas a otorgar y conceder tutela a valores que por ser concebidos y aceptados como fundamentales y esenciales deben respetarse y protegerse penalmente los mínimos presupuestos y condiciones para asegurar una convivencia social.

3.1.5 El Garantismo y el Derecho Penal Mínimo.

Peña Cabrera, Alonso (2016) citando a Ferrajoli enseña que El garantismo y el Derecho penal mínimo tienen idéntico significado, de ahí que sean percibidos como sinónimos, e evocan un modelo normativo y teórico del Derecho penal, idóneo y capacitado para minimizar el rigor y la dureza de la injerencia punitiva, sea en la circunspección legal de los delitos así como en su verificación judicial , sujetándola a límites rigurosos establecidos con la finalidad básica de cautelar los derechos reconocidos a las personas.

Del mismo modo es de precisar que, es a partir de las disposiciones programáticas del garantismo que la mínima intervención alcanzó y logró perfecta consonancia y concordancia con los fundamentos del Derecho penal democrático, conllevando que la injerencia estatal sea minimizada; maximizando con ello las fundamentales libertades de las personas fundamentándose básicamente en el ámbito de un Estado Liberal de Derecho sustentado en la separación de poderes públicos y en la democracia por cuanto el orden jurídico está organizado y sistematizado sobre la aceptación de las libertades concebidas como fundamentales genera la condición de ciudadano trascendiendo en el citado ámbito de actuación en que interviene el Estado sancionando, asegurándose la exclusividad de la cautela y

protección de los derechos subjetivos sustentados y apoyados principalmente en la individualidad humana.

Punto aparte resulta acoplar u encajar la mínima intervención a las exigencias y carencias vigentes de las sociedades; para ello resulta meditar que una cosa es profundizar sobre una alocución punitiva exenta de límites y fronteras, despojados de toda legitimidad, apoyado sobre propósitos y metas ideológicas y políticas; y, otra muy divergentes es la reformulación de la política criminal, conforme a las actuales presentaciones relacionadas y con alusión del Estado, la persona y la sociedad. Justamente dicha vinculación triangular propicia una realidad bastante complicada en la que aparecen novedosas interrelaciones sociales, enérgicas actividades industriales y comerciales, el cambio de servicios y bienes generando un aumento e incremento extensiva de empresas, agrupaciones transnacionales cuya información criminológico a considerar será la producción de peligros, riesgos nuevos que con anterioridad no representaban una amenaza a la intangibilidad de los bienes jurídicos considerado como supraindividuales; ocasionando que se debata si los citados nuevos ámbitos de orden social tienen mérito o no para ser resguardados por el Derecho Penal.

En relación a lo indicado Baratta, citado por Peña Cabrera, Alonso (2016) refiere: *El impulso de bienes cautelados jurídicamente tiene dos acepciones: Una dislocación en la relación entre sociedad y Estado; específicamente en relación a la cautela y producción de bienes jurídicos; y, la prevención infiere por si misma, en demasía, la distribución de los bienes que se producen en la sociedad civil y la administración de los riesgos que se añaden o escoltan a la producción.*

3.1.6 El rol de los bienes jurídicos en la intervención mínima del Derecho Penal

Los bienes jurídicos como adoctrina Roxin y lo refiere Peña Cabrera, Alonso (2016) *Carecen de una ilimitada validez iusnaturalista, sino por el contrario*

se ven alterados debido a la variación en la organización y configuración constitucional y por supuesto por las relaciones sociales. Ello conlleva inexorablemente que la teoría del bien jurídico es asunto de una reformulación tanto dogmática como del conjunto de políticas criminales resultado justamente del fenómeno de la actualización del Derecho Penal.

Quienes niegan la actualización del Derecho Penal se muestran contrarios a la extensión punitiva; por el contrario, quienes acogen y reconocen el cambio evolutivo de la organización social, así como que el Derecho punitivo está abocado a cautelar continua y constantemente bienes jurídicos, inmateriales o materiales en concordancia con los fines de la pena, específicamente con su finalidad preventiva aceptan de manera favorable dicha propuesta de política criminal. Lo antes señalado guarda relación con lo que también refiere Navarro citado por Pena Cabrera, Alonso (2016) en el sentido que *la expansión comprende a su vez el reconocer la protección y defensa penal a bienes jurídicos que jamás antes habían sido tutelados por el Derecho Penal; es decir bienes primeramente de índole colectivo.*

Finalmente es de señalar que la doctrina concuerda y converge en sostener de manera afirmativa que el Derecho Penal moderno perteneciente a la globalización está íntimamente relacionado con la tutela punitiva del ámbito económico como del medio ambiente; así al referimos a las figuras más comunes al interior del Derecho penal de la globalización supondría la existencia de una vinculación con la delincuencia tributaria o fiscal, con la estabilidad patrimonial de los Estados, el narcotráfico y la cautela del medioambiente.

Del mismo modo la concepción del bien jurídico y del principio de mínima intervención debe eludir y rehuir que el Derecho penal sea empleado como herramienta para aplicar u establecer ideas ideológicas o morales que son compartidas por un grupo o sector en la sociedad como precepto necesario de la moralidad de la generalidad, de la colectividad.

3.1.7 El Derecho Constitucional y el Derecho penal

Partiendo de la premisa que los poderes públicos emanan y circunscriben por la Constitución y que el Derecho penal presume e infiere la intervención más importante que podría asumir el estado respecto los fundamentales y elementales derechos de la persona, es buenamente comprensible que la Constitución establezca y prescriba limitaciones valiosas de tal modo que el Derecho penal debe satisfacer su función.

A decir por Aguado Correa, citado por Peña Cabrera, Alonso (2016):

Es correcto sostener que el Derecho penal deviene en aquella ramificación del marco jurídico que más enlazada está a la Constitución, respecto de lo cual no debe sorprendernos ni admirarnos si consideramos que es la que impacta y altera en principal medida a las personas, así como sus fundamentales derechos.

Resultaría incomprensible concebir una política criminal divorciada y alejada de los preceptos constitucionales pues desde su portal de valores es que el Derecho penal organiza su estructura básicamente cimentado en principios y fundamentos tomados de forma textual y enunciativo partiendo de la elevación de la dignidad humana como principal valor del ser humano; por lo tanto dichos valores vincularan al legislador penal, que deberá sujetarse al temario penal constitucional; esto es, a las proposiciones y premisas político criminales que conforman el ordenamiento normativo de cuyo regazo el legislador ha de respaldar sus decisiones y el juez deberá también obtener interpretativos y aplicativos criterios.

Sobre el particular Peña Cabrera, Alonso (2016) enuncia:

El Derecho penal y el Derecho constitucional nacieron, se desarrollaron y evolucionaron conjuntamente.

Ambos derechos representan dos parcelas del ordenamiento jurídico vinculados de manera estrecha e íntima; sea en relación a las fronteras del ius puniendi estatal, así como también en la conformación del programa de política criminal.

Actualmente, en la reforma legislativa de índole penal se evidencia una escisión respecto a las modificaciones en ciertos tipos penales de la Parte Especial del Código Penal con los propios principios prescritos en su Título Preliminar, apreciándose exagerado modelo casuístico al tipificar los delitos tradicionales como el robo, violación de menores, extorsión; entre otros, así se advirtió una marcada reforma a inicios del año 1999 los ilícitos contra la Administración Pública, dando como resultado comportamientos prohibidos, ambiguos y confusos o bien que en algunos supuestos sirvan de determinantes al establecer las penas lesionándose el principio de legalidad o bien la sanción de comportamientos u omisiones carentes de sustento legitimador, al no evidenciar lesiones o puestas en peligro de bienes protegidos legalmente y que por lo tanto lo haga titular de tutela penal. Todo no nos conlleva a otra conclusión que advertir una irracional punibilidad que será corregida por medio de la acertada interpretación por parte de los jueces llamados a interpretar los alcances de las normas respecto a las típicas conductas a través de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad; considerados éstos como ejercicios jurídicos. Para ello deberá de recurrir a los principios que limitan el ius puniendi del Estado, anteponiendo los principios constitucionales por medio del “*control difuso de la constitucionalidad normativa*”.

Mención aparte representa la necesidad de cautelar penalmente bienes jurídicos concebidos como supraindividuales, de naturaleza difusa que se originan como resultado de la consagración constitucional del “*Estado social*” en el que se otorga el primer estatus a los derechos de índole

económico, cultural y social que en la esfera del ámbito punitivo implicó que se incluya el medioambiente y el orden económico como valor de rango primero y constitucional y su inclusión al listado punitivo devino en legítimo como manifestación moderna del derecho penal resultando de íntima articulación con la posición filosófica de la “*intervención mínima*”.

Finalmente es de señalar que los principios jurídico penales representan el linero que la sanción punitiva no ha de sobrepasar ni mucho menos obviar; pues de lo contrario nos ubicaríamos en una esfera oscura en que prevalecería el poder sobre el Derecho; la organización programática del Derecho penal democrática implica todo lo opuesto; la escrupulosa consideración y respeto a las garantías inexorablemente nos conducirá a la protección de las fundamentales libertades frente el estatal poder penal.

TÍTULO IV

4.1 LA PERSECUSIÓN POLICIAL DE LOS CONSUMIDORES DE DROGA

4.1.1 Aspectos preliminares

Analizando la publicación “*Lucha contra las drogas en el Perú: Una batalla perdida*”, dentro del cual advertimos contenido relacionado con el Título que nos ocupa, emitido con motivo de dar continuidad a las publicaciones efectuadas por el Colectivo de Estudios Drogas y Derecho – CEDD y el Centro de Investigación Drogas y DDHH que investigan los efectos de las leyes relacionadas con las drogas dentro de nuestro sistema de justicia penal y específicamente en el sistema penitenciario; advertimos tópicos relacionados con el consumo de drogas, materia de la investigación, así como de políticas criminales que contrastadas con la realidad merecen ser reveladas.

El CEDD agrupa a juristas de distintos países de Latinoamérica y tiene como finalidad el análisis del impacto de la legislación penal y la praxis legal en temas de drogas; de igual modo; originar información de los caracteres y costos económicos, como sociales de la política en temas de drogas en América Latina, coadyuvando a informar respecto el debate de la efectividad de dichas políticas y en todo caso para formular recomendaciones con miras a políticas más efectivas como justas.

El CEDD ha revelado en más de una oportunidad que existe un sistema sobrecargado de leyes relacionados con las drogas cuyo peso es afrontado por los más vulnerables quienes terminan sobrepoblando los establecimientos penitenciarios sin mayor incidencia en los procesos del narcotráfico y que aun cuando se fortalece una prédica de mano dura contra su lucha, lo que se evidencia es un incremento permanente de los índices de prisionización supresión de beneficios penitenciarios, construcción de

nuevas prisiones y la denegatoria constante de conmutaciones de pena, indultos u otras gracias.

Constantemente en nuestro país, el combate contra las drogas es prohibicionista deviniendo en contraproducente e irrespetuoso con los derechos humanos dirigido al eslabón más endeble y frágil de la secuencia del narcotráfico quienes finalmente resultan más expuestos a las autoridades quienes los privaran de su libertad sin afectar las organizaciones criminales dedicadas a los ilícitos pues son agentes de fácil intercambio por sus situaciones de vulnerabilidad socioeconómica como las mujeres inmersas en drogas que arriesgan su bienestar por promesas de mejores condiciones de calidad de vida que finalmente resultan radicalmente distintas en la realidad.

4.1.2 La estigmatización del consumo de drogas.

Siguiendo en el análisis de la publicación, materia del presente Título, el CEED señala que el estigmatizar y penalizar el consumo agravan factores sociales e incluso personales que inciden en una drogodependencia y ello podrá advertirse, como se ha analizado en numerales anteriores y se volverá a referenciar posteriormente , de lo advertido en el segundo párrafo del artículo 299 del código sustantivo penal que en buena cuenta penaliza el policonsumo de drogas aun de tratarse que el consumir posea cantidades mínimas de drogas para su inmediato y propio consumo. Tal represión a los usuarios de las drogas fortalece el estigma y la penalización y el uso de drogas formando parte de un vicioso círculo que finalmente hace más gravosas situaciones sociales que supeditan la adicción a las sustancias ilícitas cuando lo ideal debería prevenir su uso, generando mayor inseguridad

Es innegable que en nuestra realidad la colectividad y los medios de comunicación demanden una represión mayor para los autores de los delitos y de tratarse de ilícitos de drogas aún más por estar directamente asociados

a la inseguridad ciudadana; en respuesta a ello, el Estado generalmente reacciona siempre de la misma manera que no es otra que la de “reprimir penalmente, pero a fin de garantizar su propia seguridad y no necesariamente de sus ciudadanos”.

Como corolario de lo antes señalado es de preguntarnos si a mayor endurecimiento de penas existirá mejor y mayor seguridad, siendo lastimosamente que la respuesta no es del todo satisfactoria; pues muy frecuentemente el remedio solo se circunscribe a retipificar y redefinir delitos, ello en conclusión genera que el Derecho penal peruano al menos en drogas adopte una posición errada afectando derechos humanos y siendo más realistas en las medidas a corto plazo se confrontan a una realidad con carencias inimaginables como los mínimos recursos con los que cuenta la Policía Nacional del Perú que para combatir el ilícito tráfico de drogas y la inseguridad ciudadana dirigen sus operaciones u intervenciones a detener a los consumidores cuando las pequeñas porciones de drogas que poseen no configura como delito conforme el artículo 299 del mismo cuerpo normativo; y prueba de ello es la siguiente información en que la DIRANDRO en el 2013 señaló que en el año 2012 más de la mitad de las detenciones en el 2012 en el país, por drogas fue por posesión de cantidades pequeñas para su consumo.

**Detenidos por delito de drogas
Año 2012**

Modalidad	Cantidad	Porcentaje (%)
-Consumo	9107	62
-Tráfico ilícito de drogas	3120	21
-Microcomercialización	2496	17
Total	14723	100

Fuente: DIRANDRO

Estando a la información revelada es evidente que la Policía Nacional se centra en una de las últimas piezas de la cadena que representa el narcotráfico en su conjunto, generando que se sobrecriminalice a individuos vulnerables perdiendo eficacia en su lucha contra el citado crimen organizado. A nivel mundial, en el 2013 nuestro país era considerado como uno de los dos mayores productores de coca y ciertamente, tal infeliz calificación, ha de persistir justamente por el conjunto de políticas criminales que bajo un enfoque de criminalización en lugar de prevención del delito se ha adoptado conforme se puede apreciar con la creación de nuevos tipos penales y el incremento de penas, además de las denegatorias de gracias como los indultos o las conmutaciones de penas, pudiendo concluir que vez de afirmar la existencia de una guerra contra las drogas es una guerra contra los más vulnerables.

Las drogas existieron siempre y seguirá así, pese a los trabajos de los Estados por lograr su erradicación, por ello la conceptualización de un mundo libre de sustancias ilícitas ha devenido en desuso, siendo necesario una variación de perspectiva en que los derechos en lugar de los estereotipos y prejuicios orienten las políticas contra las drogas.

4.1.3 La persecución policial de los usuarios de drogas.

Si bien en nuestra legislación penal no se sanciona la tenencia de pequeñas cantidades de droga para su consumo personal conforme el primer párrafo del artículo 299 del código sustantivo penal, en tanto su segundo párrafo dispone la no aplicación de la exención de responsabilidad ante la tenencia de dos o más clases de éstas drogas, nuestra Policía Nacional constantemente de manera ilegal detiene a consumidores u usuarios de éstas y realiza ello invocando el artículo 2 numeral 24 parágrafo “f” de la Constitución que en supuestos de ilícito tráfico de drogas prevé una detención policial hasta de 15 días naturales; no obstante ello y la exención de responsabilidad penal de la posesión para el consumo personal, como se ha señalado en el 2012

policialmente se detuvo a 9, 107 personas por consumo de un total de 14, 723 intervenidos relacionados con su tráfico ilícito, pese a que solo es punible la posesión para su ilícito tráfico; dichas detenciones pueden durar de una hasta de quince días naturales aun no tratándose del ilícito tráfico representando un elevadísimo costo para nuestra policía nacional, no obstante ello ante la interrogante del porqué ello, se esboza como respuesta que dichos operativos tienden como finalidad la identificación de los ciudadanos poseedores, el tipo y la cantidad que poseen a fin de verificar su punibilidad o no, para ello se efectúan pesajes y descartes como prueba e inclusive se dispone de la realización de exámenes toxicológicos, análisis químicos a las sustancias, además de la verificación de existencia de requisitorias y antecedentes policiales que no necesariamente se materializan en el mismo lugar de la intervención y con ello los fiscales puedan evidenciar o no la comisión de algún ilícito. Siguiendo dicho razonamiento basados en el pesaje de la sustancia que poseen, la autoridad policial determina si el intervenido es consumidor, estando expuestos a estar detenidos hasta por los referidos quince días.

Lo antes evidenciado, en algunos supuestos representa una praxis que además de generar actos de corrupción, se pretende que los intervenidos delaten a los micro comercializadores; es decir detienen para investigar debiendo de ser todo lo contrario, ello evidencia una afectación gravísima a los derechos fundamentales de las personas que consumen drogas y que ciertamente no les asiste deber u obligación de brindar información o exponer de quienes adquirieron, más aun cuando delito alguno no perpetraron.

En el año 2013 los detenidos en el Perú por delitos de drogas fueron 13,368 de los cuales 7, 759 lo fueron por consumo; esto es el 58% del total de detenidos; todo ello nos conlleva a afirmar la existencia de una persecución policial contra los consumidores de droga. Para la detención de probables

casos de micro comercialización o ilícito tráfico se deberá de contar con probatorios elementos que sustente la intervención o detención, por ello la Policía Nacional del Perú debe realizar una previa investigación a excepción de actos flagrantes de delitos; situación inobservada que no distingue de si los intervenidos son menores edad y ello se debe a la generalización de malas praxis en conjunción con indebidas interpretaciones de la norma penal e incluso de negativas y nefastas representaciones sociales en relación al consumo y uso de drogas. La policía como la colectividad tiende a generalizar y equivocadamente asociar el consumo de drogas a la comisión de delitos, pues aun cuando algunos agentes perpetren sus actos criminales bajos los efectos de sustancias ilegales o no, ello de modo alguno representa certeza que los consumidores están más propensos a cometer delitos.

A decir del CEED, en cifras, al año 2013 el 60% de la población penal en nuestro país tiene la condición de procesados y dentro de éste la mayoría es por temas relacionados con drogas, que no necesariamente son actos o comportamientos que son delito y ello no es sino un efecto de la mala praxis antes señalada y específicamente relacionada a consumidores adultos que luego de ser policialmente detenidos ingresaron a un establecimiento penitenciario como procesados por simplemente tener porciones superiores a las previstas en el artículo 299 del Código penal o poseer dos o más tipos de droga para su consumo o comúnmente conocido como policonsumo; tal situación, es la que justamente sustenta la esencia de nuestra investigación y partiendo de ella es que nos permite presentar las conclusiones y recomendaciones que postulamos con ella.

Lo antes expuesto representa, innegablemente, una violación a derechos humanos como la presunción de inocencia y libertad personal pues desconociendo reglas generales para la adopción de medidas como grilletes electrónico, comparecencias con restricciones, la caución e incluso la detención domiciliaria, se opta de manera generalizada por las que deben ser

excepcionales y nos referimos a la prisión preventiva; aún cuando sus contextos esté expresamente regulado en normas nacionales y supranacionales conformantes de nuestro ordenamiento jurídico, que aun cuando pretendiendo alegarse razones de lucha contra la inseguridad ciudadana y el tráfico ilícito de drogas no pueden ni deben ser amparados, pues en buena cuenta representa una pena anticipada que a su vez devienen en generar otras problemáticas como hacinamiento de los establecimientos penitenciarios, el contagio y propagación de enfermedades y costos para el Estado.

Mención especial merece indicar que de cada dos detenidos por la Policía Nacional, una es consumidor de drogas; es decir que la mitad de sus medios, recursos y esfuerzos están orientados a perseguir actos que no son delitos, pues como se ha señalado anteriormente la posesión de drogas para el consumo está exento de responsabilidad penal; de ahí la pertinencia de referir que ello también se debe al indebido sistema de cantidades en que se sustenta nuestra normativa penal por drogas en la determinación de la conducta del imputado al margen del grado de culpabilidad o la intencionalidad que pueda tener; así una persona micro comercializadora bien podría hacerse pasar como un consumidor al tener porciones que permite la norma y un real consumidor ser confundido con un microcomercializador por superar tales porciones; ello puede advertirse del elevado número de procesados por microcomercialización; así según el INPE a marzo de 2014, se advierte:

**Internos penitenciarios por microcomercialización
(Situación jurídica/Tiempo de reclusión)
A marzo 2014**

Microcomercialización		
Situación Jurídica		Tiempo de reclusión
Sentenciados	Procesados	
12	113	0-6 meses
40	107	6-12 meses
103	363	1-2 años
128	213	2-3 años
105	41	3-5 años
17	7	5-10 años
2	1	10-15 años
407 (30%)	945 (70%)	
Total 1352 (100%)		

Fuente: INPE, Unidad de estadística marzo 2014
CEED

Como justificación del elevado porcentaje de procesados nos adherimos a lo esbozado por el CEED en el sentido que deviene en innegable el elevado número de consumidores de sustancias ilícitas por los que se sobresee el proceso y también por el hecho que se condena a microcomercializadores con penas suspendidas, no efectivas con privación de su libertad personal, por la cuantía encontrada en cuyos casos resulta mas que evidente que la prisión preventiva no era necesaria. Finalmente, también podemos afirmar que deviene en engañosa nuestra normativa penal frente a lo cual corresponde preguntarnos realmente, *¿cuándo se estará ante un consumidor y un microcomercializador? ¿deberá detenerse a quién se cuente con suficientes indicios que está por vender o vende realmente las sustancias ilícitas?*; todo ello debe conducirnos a uniformizar criterios que no ha de

aperturarse un proceso sin que exista una vinculación evidente e indudable del procesado con el hecho ilícito no así, si el indicio no es serio ni concreto; no obstante ello aún cuando sea lamentable la realidad debemos de reiterar que nuestra policía detiene a consumidores para investigarlos cuando su actuar debe ser de modo contrario, atentándose infelizmente los derechos fundamentales de los consumidores que, como se ha manifestado líneas arriba, no están obligados a otorgar información alguna menos sindicarse a sus vendedores, por no haber cometido ilícito alguno.

Dicho de otro modo, las personas consumidoras jamás debieron de ingresar a establecimientos penitenciarios, deviniendo en injustas e ilegales las prisiones preventivas dispuestas a consecuencia de un populismo punitivo y de apreciaciones dañosas y hasta malignas que se tiene ante el uso de drogas que a su vez no solo irrogan incalculables gastos para el Estado que finalmente son trasladado a la ciudadanía e incrementan los niveles de hacinamientos en los penales; sino también que, mellan profundamente en los mismo internos sin condena que lógicamente se extiende más allá de la misma prisión, al afectar la salud y la economía, no solo de dichas personas sino también de su entorno familiar y laboral.

A fin de superar situaciones como las señaladas, deviene en necesaria la implementación de medidas eficaces como el aseguramiento de la independencia de jueces y fiscales en relación con toda presión mediática o al temor ante algún control disciplinario, además de asegurar la defensa eficiente y oportuna de los ciudadanos socio-económicamente vulnerables con la finalidad que únicamente sean internados los que representan un peligro a la sociedad, además de prever de un ordenamiento jurídico adecuado para nuestra Policía Nacional y la inclusión de un abordaje a nivel comunitario considerando aspecto como la prevención, temas de educación y reducción de daños y riesgos; y no desconociendo que los consumidores

son seres humanos que bien pueden consumir drogas lícitas o ilícitas, sea por una práctica experimental, ocasional, de recreo, social o habitual .

TÍTULO V

ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA

5.1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - EXPEDIENTE N° 07717-2020 13-PHC/TC LIMA – FUNDAMENTO DE VOTO DE RAMOS NÚÑEZ

5.1.1 Aspectos Generales

Es materia de análisis el Fundamento de voto del magistrado Ramos Núñez a la Sentencia emitida por el Pleno del Tribunal el nueve de junio de 2015 con motivo del Recurso de Agravio constitucional contra la resolución de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima del diecisiete de setiembre de 2013 presentado por el demandante y que confirmando la sentencia apelada declaró liminarmente improcedente la demanda.

Si bien el Tribunal dispuso declarar improcedente la demanda de hábeas corpus bajo argumentos de volver a examinar los medios probatorios, resolvió declararla fundada por afectar los principios de *non reformatio in peius* y de debida motivación, consecuentemente nula la resolución que condenaba al beneficiario del habeas corpus y se vuelva a expedir nuevo pronunciamiento.

5.1.2 Precisiones respecto a la demanda de Hábeas Corpus

La demanda fue interpuesta por M.V.L.L. el veintitrés de julio de 2013 en a favor de I.M.L.F. y la dirigió contra los magistrados superiores de la Tercera Sala Especializada en lo Penal para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima y los vocales supremos de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, argumentando que *la sentencia del seis de abril del 2010 a través del cual se condena a I.M.L.F. por el delito contra la salud pública (comercialización de cannabis sativa-marihuana-Expediente N° 768-08) y la resolución suprema de uno de diciembre del 2011 que dispuso no haber nulidad en el extremo condenatorio, pero sí nulidad en la pena impuesta y que reformándola*

dispuso seis años de pena privativa de la libertad; atentaban contra sus derechos de defensa, debido proceso y el de non reformatio in peius; consecuentemente solicitaba se las declare nulas y se disponga un nuevo juicio oral practicándose una pericia toxicológica, previamente.

5.1.3 Consideraciones adicionales en el Fundamento de Voto

El tribuno Ramos Núñez juzgando necesario realizar dos consideraciones adicionales a las expuestas en la sentencia, se refirió respecto a los alcances de: *i) El derecho al libre desarrollo de la personalidad y su relevancia constitucional en relación con el consumo personal de drogas; y ii) La posibilidad de tutelar el consumo personal de drogas a través del proceso de habeas corpus.*

5.1.3.1 En relación a: *El derecho al libre desarrollo de la personalidad y su relevancia constitucional en relación con el consumo personal de drogas.*

Refiere que jurisprudencialmente, de modo inequívoco se reconoce el derecho al desarrollo libre de la personalidad, el mismo que resguarda una libertad general que permite al ser humano actuar en relación a cada ámbito de su desarrollo individual; en ese sentido se encuentra protegido para sostener relaciones de índole amoroso, a fumar e inclusive de renunciar a realizar el servicio militar.

Qué; lo incautado al denunciado serían muestras alegadas para su consumo personal, por ello el Tribunal debe determinar si la alegación es de relevancia constitucional, o no.

Ante dicha interrogante, es de considerar que es consustancial al libre desarrollo de la personalidad, lo conocido como “autonomía de la persona o principio de autodeterminación”, así nuestra Constitución en su artículo 2, inciso 1) prescribe el derecho esencial al libre desarrollo, estableciendo una línea fronteriza que custodia la libertad

individual o personal frente a toda intervención externa e incluso por parte del propio Estado; ello no implica el respeto solo a como la persona se conduce en el ámbito privado, sino que se reconoce el derecho para que la persona adulta pueda adoptar sus libres decisiones de manera soberana respecto a su modo de vida que emprenda. En consecuencia la propia persona decide única y exclusivamente cómo vivir, es la única autorizada a decidir; no obstante, como con otros derechos, su goce y ejercicio debe de encuadrarse a límites que también la Constitución regula y que guardan relación con otros derechos de relevancia constitucional; por tanto en el supuesto de pretender la penalización o restricción de un comportamiento privado deberá de existir un fundamento constitucional de mayor protección que la libertad y la privacidad personas.

En relación al consumo personal de drogas, el voluntario desarrollo de la personalidad es advertido como la atribución que poseemos a fin de decidir cómo nos conducimos en la vida; consecuentemente, toda intervención, particular o estatal, que la restrinja o atente arbitrariamente no será aceptada en nuestro ordenamiento constitucional. De no contar con el poder de decidir por nuestro propio destino, nos reduciría como personas.

La Corte Constitucional en Colombia mantiene una posición similar; así, al debatir la constitucionalidad del consumo personal de drogas señaló que el libre desarrollo de personalidad se atentaría cuando se decida por otra persona; ello representaría el brutal arrebatamiento de su estatus ético, minimizándola a situación de un objeto, la convertiríamos en una cosa. (Corte Constitucional de Colombia-Sentencia C-221/94)

Lo antes señalado en modo alguno está relacionado con el consumo personal de drogas, sino en la irrestricta concepción de la persona como capaz para decidir, aun cuando en otras realidades se prohíba dicho consumo. Así, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el caso Gareth Anver vs. Sudáfrica, reconociendo el derecho a la vida cultural de las minorías de acuerdo al artículo 27 del Pacto, concluyó que no podía arribar a concluir que una prohibición general de posesión y consumo de cannabis represente una defensa no razonable para restringir los derechos del agente en consideración con dicho artículo y precisar que los sucesos no evidencian una infracción del artículo 27 (Comunicación 1474/2006).

De otro lado es de señalar que el consumo personal de estupefacientes o drogas ocasiona gran controversia por todo lo que en sí mismo comprende y abarca para la persona. No obstante ello; considera el tribuno, el máximo intérprete de la Constitución en modo alguno puede “dirigir”, menos "direccionar" a que las personas asuman ciertos modelos de vida bajo el argumento de ser "correctos"

Asimismo, refiere, que se evidencian fundamentos prácticos que sustentan la exención de la pena a dichas conductas. Por su parte en Argentina, su Corte Suprema de Justicia en su leading case Arriola, despenalizó el consumo personal de drogas al considerarlo opuesto a la libertad personal.

Finalmente refiere que se evidencia razones éticas y prácticas que sustentan la no penalización del personal consumo de drogas; que se advierte un comportamiento que, en tanto no lesione con otros bienes o derechos de terceros, para la visión del derecho, será inofensiva, pues se encuadra dentro de una esfera de la personalidad siendo evidente también que no contrapone a bienes o derechos de terceras

personas, bajo el amparo del libre desarrollo de la personalidad; ello concordante si, como lo refiere la Organización de Estados Americanos, devendría en contradictorio si considerando al drogodependiente como un enfermo, se le penalice por su consumo.

5.1.3.2 En relación a: *La posibilidad de tutelar el consumo personal de drogas a través del proceso de hábeas corpus.*

Habiendo precisado que la opción de consumir algún tipo de droga en porciones particulares se circunscribe a la esfera del desarrollo de la personalidad, en los casos se atente contra dicho atributo el máximo intérprete de la Constitución debe pronunciarse respecto del fondo de la afectación; así, en relación sí el hábeas corpus es la vía óptima y pertinente para invocar una vulneración al desarrollo libre de la personalidad en esta clase de controversias refiere que el demandante cuestionó la pena privativa de la libertad. Que la porción de sustancias incautada es superior a las dosis permitidas, así si dicho Tribunal se pronuncia respecto al fondo del cuestionamiento implicaría volver a examinar las pruebas y hechos que, oportunamente fueron considerados por el juzgador penal; por tanto tal situación requerida en modo alguno se encuadran dentro de sus atribuciones y competencias constitucionales, deviniendo en improcedente la demanda.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

1. Actualmente en tiempos de comunidad y economía social globalizada la comercialización de drogas, cuyo consumo genera dependencia y adicción nociva además de muchos daños colaterales no solo en las personas adictas sino también para la sociedad en general, se encuentra sometida a un rígido control legislativo exteriorizado en un marco normativo interno especial en todos los países que cuentan con su propio Código Penal y fuera de éstos suscribiendo tratados y convenios también especializados de cooperación y colaboración internacional en su prevención, sanción y erradicación de las diversas fases de su tráfico, siempre será necesario el esfuerzo conjunto de la sociedad y las diversas instituciones jurisdiccionales dentro de un Estado de Derecho.
2. El principio de intervención mínima no será utilizado como pretexto u excusa para que el Derecho Penal sea conformado o modelado de modo obsoleto y clásico, en palabras distintas de manera liberal, dirigiéndolo a reproducir de manera sistemática relaciones sustentadas en poder o de predominio injustas asociándolas prácticamente exclusivamente a aquella delincuencia que es violenta o también en oposición a la propiedad; es decir, a una criminalidad característica y peculiar de los sectores sociales esencialmente marginales.
3. En un arrastre de una política criminal más congruente, racional y razonable, además de realista con el fenómeno problemático de la adicción y dependencia a las sustancias o drogas ilícitas, debe considerarse que los pequeños traspasos gratuitos de dichas sustancias advertidas en la esfera del consumo como bien podría tratarse de donaciones, convites u obsequios compasivos a adictos, actos de compraventa conjunta o consumo participativo de ningún modo deberá de ser calificadas como ilícitas u delictivas; claro está, marcando posición distante y contraria de aquellas

producidas en la esfera de una oferta delictual y criminal carentes de aptitud difusora del consumo de dichas sustancias y de trascendencia social.

4. Del análisis de la posesión no punible del artículo 299 del código sustantivo penal debemos de señalar que a fin de calificar si la exención que regula deviene en improcedente, serán los órganos jurisdiccionales penales los llamados a acreditar que la tenencia de las sustancias ilícitas están destinadas o tienen como fin la comercialización su tráfico; en estricta sujeción con principios como el acusatorio y el de presunción de inocencia; quedando proscrita la inversión de la carga de la prueba en el sentido que es el agente quien debe acreditar que las sustancias retenidas son para su propio e inmediato consumo; pues sostener lo contrario perturbaría las bases de un proceso penal garantista y democrático, así como del Derecho penal del acto que requiere exteriorización de la conducta del agente lesionando el bien jurídico cautelado, a fin que devenga en procedente la responsabilidad y culpabilidad por el acto. Sostener lo contrario conllevaría a detener a consumidores bajo sospecha de tratarse de traficantes, en tanto no sean sometidos anticipadamente a pericia a fin de establecer si verdaderamente la sustancia que poseía o que fuera ubicada en el lugar de su detención o captura era poseída para ser consumida o para ser promocionada.

5. Si bien el ordenamiento nacional e internacional conlleva el deber constitucional de nuestro país de reprimir el ilícito tráfico de drogas, ello de ninguna manera ha de circunscribirse en la simple descripción típica de comportamientos delictuales en un código sustantivo o leyes especiales reprochando dicho delito con sanciones severas proporcionales a los bienes jurídicos cautelados constitucionalmente y que son afligidos, sino que también para alcanzar su cometido debe intentar que se establezca investigaciones que resulten eficaces, además de objetivos en sus resultados, pues de lo contrario implicaría la infracción constitucional de sus propias disposiciones; en ese sentido, la exención de responsabilidad penal advertida en el segundo párrafo del artículo 299 del Código penal sin contar con otros elementos o situaciones que pudiera evidenciar una comercialización y tráfico

ilegal de drogas contravendría las disposiciones del artículo 8 de nuestra Constitución, pues existiría la posibilidad de estar sancionando un policonsumidor de drogas.

ANÁLISIS DE ENTREVISTAS

Resultados de las entrevistas aplicadas a Fiscales Penales (adjuntos/provinciales) con despachos relacionados con el tema en investigación y abogados penalistas con labores relacionadas también en asuntos de la investigación.

a. Resultados de las entrevistas aplicadas a Fiscales Penales (provinciales y adjuntos) del Distrito Fiscal de Amazonas.

Se formularon cinco preguntas directamente vinculadas con nuestra problemática en investigación, debiendo de precisar que sus respuestas deben considerarse como opiniones de estricto contenido académico.

Fiscales Penales (Provinciales y Adjuntos):

Sede	Cantidad	Total
Amazonas	5	5

1. Se formuló la siguiente interrogante: Con relación a la exclusión de la exención de responsabilidad penal, por la posesión de dos o más tipos de drogas, del segundo párrafo del artículo 299 del Código Penal que regula la posesión no punible de drogas; usted considera, qué:

Los magistrados respondieron de la siguiente manera:

Posición	Contraviene el principio de mínima intervención del Derecho penal	Representa un ejercicio legítimo del ius puniendi del Estado
Cantidad	4	1
Porcentaje	80.00%	20.00%
Total	100.00%	

Entre los argumentos de los magistrados que refieren mayoritariamente que la exclusión de la exención de la responsabilidad penal del segundo párrafo del artículo 299 del

Código Penal contraviene el principio de mínima intervención del Derecho penal, sostienen:

- Dicha exclusión convierte a los consumidores de más de un tipo de droga en potenciales delincuentes, si el primer párrafo del artículo 299 excluye de responsabilidad penal la posesión de drogas para el consumo inmediato, no tendría por qué ser punible la posesión de dos o más tipos de drogas que tendrían el mismo objetivo, más aún si no excede lo permitido por ley.
- La norma deviene en imprecisa y acarrea la aplicación de sanciones desproporcionadas, puesto que en el primer párrafo se señala claramente la cantidad que no sería punible, conforme al tipo de sustancia, sin embargo, el segundo párrafo se limita a señalar que la posesión de dos o más sustancias distintas sería punible, sin precisar ninguna cantidad, y afectando con ello los principios de igualdad y de mínima intervención, puesto que en la práctica es posible que una persona posea dos gramos de pasta básica y dos gramos de marihuana, que juntos no alcanzarían los mínimos establecidos en el primer párrafo, sin embargo, si se sanciona este hecho; por ello es necesaria la precisión de criterios que sustenten su punición, así como la sanción misma, pues no establece que sanción correspondería.
- La exclusión de la exención de responsabilidad será para cuando se compruebe que la droga no sea para uso personal, por lo que es indiferente si se trata de uno o dos tipos de drogas, con dicha exclusión se contraviene el principio de mínima intervención pues el Estado no puede inmiscuirse en decisiones tan íntimas como el consumo de estas sustancias.
- La exclusión de la exención de la responsabilidad a la posesión mínima de dos tipos de drogas en cantidades mínimas no resulta razonable, pues si la razón de la no punibilidad de la posesión de un solo tipo es para su propio consumo, resulta un exceso que se condene el solo hecho de tener dos tipos de droga siempre que se

establezca que también es para su propio consumo, no debería merecer una sanción por ello.

La posición mayoritaria de los magistrados entrevistados reafirma la viabilidad de la hipótesis propuesta en la presente investigación, así como los argumentos expuestos en nuestro marco teórico pues conforme los fiscales penales (provinciales y adjuntos) no resulta justificable la exclusión de la exención de la responsabilidad penal prescrita en el segundo párrafo del artículo 299 del Código penal en el entendido que la posesión de dos o más tipos de drogas, en porciones para consumo personal no atenta contra el bien jurídico protegido como es la salud pública, salvo que se trate de una posesión con fines de comercialización.

En relación con el magistrado que refiere que la exclusión de la exención de la responsabilidad penal dispuesta en el segundo párrafo del artículo 299 del Código penal representa un ejercicio legítimo del Ius Puniendi del Estado, en clara contradicción con la posición de la mayoría refiere:

- Porque el artículo 299 establece cantidades que por ser ínfimas eximen de responsabilidad, pues es posible colegir que son para el propio e inmediato consumo. Pero ello no se puede colegir cuando se tienen ínfimas cantidades de dos o más drogas, en tal sentido lo precisa el tipo penal

Al respecto es de advertir que aun cuando la posición en análisis no se asemeja a la postura de la mayoría de sus colegas, es necesario tener una visión más amplia de la realidad y en específico con aquella que evidencia la presencia de los policonsumidores, a la que el Derecho no debe ser esquivo; por ello, aun con la posesión de dos o más tipos de drogas en cantidades personales para el consumo personal también debe estar exento de responsabilidad, conforme la propuesta de la presente investigación.

2. Se les formuló la siguiente pregunta: Ante la regulación del segundo párrafo del artículo 299 del Código penal que sancionaría la posesión de dos o más tipos de droga aun con cantidades mínimas para el consumo personal, usted considera, que con ello:

Los especialistas manifestaron:

Alternativa	Fiscal 1	Fiscal 2	Fiscal 3	Fiscal 4	Fiscal 5
- Se protege la salud pública, bien jurídico cautelado en el Tráfico Ilícito de Drogas.			X		
- Se afecta la libertad individual de las personas y representa una situación perversa para proteger la salud pública.		X		X	
- Representa un Indebido control asistencial del Estado para con los consumidores de drogas.				X	
- Representa una regulación que desconoce la existencia de policonsumidores (que consumen más de un tipo de drogas).	X				
- Contraviene el principio de mínima intervención del Derecho penal, deviniendo en innecesaria e inútil, pues no se advierte idóneamente alguna inseguridad o amenaza contra la intangibilidad de los intereses o bienes jurídicos protegidos penalmente.		X		X	X

Fuente: Entrevistas a Fiscales Penales
Elaborado por: El Investigador

Para el especialista que, el segundo párrafo del artículo 299 del Código penal representa una regulación que desconoce la existencia de policonsumidores refirió que, es evidente la existencia de diferentes tipos de drogas y que los consumidores pueden preferir más de una; al respecto, compartimos la posición del magistrado y conforme se ha señalado en el numeral 2.1.1 del marco teórico respecto a los aspectos generales y antecedentes de la regulación normativa de la posesión no punible de drogas en nuestro código sustantivo penal, ratifica no solo nuestra realidad problemática sino también la necesidad de precisión del referido artículo haciéndose extensiva la exclusión de la exención de responsabilidad penal de tratarse de posesión para el propio e inmediato consumo y no ser desconocer una realidad que conforme lo advertido por DEVIDA en su encuesta nacional de consumo de drogas del año 2010 señalado en el citado numeral, los policonsumidores representan un alto porcentaje dentro de los consumidores de drogas.

En relación a los especialistas para quienes con el segundo párrafo del artículo 299 del Código penal se afecta la libertad individual de las personas y representa una situación perversa para proteger la salud pública; y, que contraviene el principio de mínima intervención del Derecho penal, deviniendo en innecesaria e inútil, pues no se advierte idóneamente alguna inseguridad o amenaza contra la intangibilidad de los intereses o bienes jurídicos protegidos penalmente; sostuvieron:

- Tal regulación no cumple con el fin de proteger la salud pública, sino que se trata de un exceso, conforme a lo señalado por la **Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en el Expediente: 1551-201**: “(...) los principios rectores del derecho penal exigen intervención que se produzca estrictamente cuando el ilícito ocasionado tenga una alta trascendencia que altere el desarrollo normal de la sociedad, se tiene que la normativa penal no puede intervenir en ilícitos menores que puedan ser resueltos por otros mecanismos legales de nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, pese a que los hechos atribuidos a la investigada puedan configurar el tipo penal imputado, no obstante, en aplicación del principio de mínima intervención, el derecho penal no podrá acudir a sancionar dicha conducta. En consecuencia, resulta idóneo analizar en el caso concreto la viabilidad de la postulación de la excepción de naturaleza de acción, pues si la conducta atribuida no es merecedora de pena, carece de relevancia proseguir con el desarrollo del proceso penal. (...)”.
- Qué básicamente la problemática está directamente vinculada con la vulneración del principio de mínima intervención.
- Partiendo del supuesto que la droga esta dirigida para el consumo del poseedor, es de entender cada caso concreto, siempre que la posesión sea mínima, resultaría ir en contra del principio de mínima intervención del Derecho Penal.

Al respecto; nuevamente, es evidenciada la posición mayoritaria de los especialistas que contrasta nuestra posición en relación que el segundo párrafo del artículo 299 del Código penal vulnera el principio de mínima intervención del Derecho Penal, afectando

la libertad individual de las personas y representando una situación pervertida; pues sancionar penalmente la posesión mínima de dos o más tipos de drogas no se limita a lo indispensable, ni comprende la protección de conductas lesivas a bienes jurídicos en su modalidad de ataque más peligrosas para ellos.

Respecto al magistrado que considera que con el segundo párrafo del artículo 299 del Código penal se protege la salud pública, bien jurídico protegido por el Tráfico Ilícito de Drogas sostiene:

- Porque el tipo penal no solo exige la mínima cantidad de droga si no, además, que esta sea para el propio e inmediato consumo. Si no se verifica esto último y por contrario de verifican indicios de tráfico por más mínima q sea la cantidad no se puede eximir de responsabilidad

En relación a la postura en análisis es de señalar; que si bien en el Tráfico Ilícito de Drogas el bien jurídico protegido es la salud pública, las disposiciones del artículo 299 del Código penal están relacionadas con el consumo no punible; esto es, no afectándose a la salud pública y aún cuando fuere la posesión de cantidades mínimas para el consumo propio lo afectaría, supuesto contrario en caso tenga como finalidad su comercialización por ello, es justamente que ante interpretaciones como la advertida no solo cobra justificación de nuestra investigación sino también la propuesta legislativa que proponemos a fin de superar las confusiones que pudieren acarrear el segundo párrafo del referido artículo.

3. Ante la pregunta Considera acertadas las actuales políticas criminales nacionales, de un discurso de mano dura, en la lucha contra las drogas que se materializan en el aumento progresivo de penas, incremento de plazos ordinarios en investigaciones y juzgamientos, prohibición de beneficios penitenciarios y denegatorias a derechos de gracia.

Los magistrados unánimemente señalaron:

Posición	Las consideran acertadas	Las consideran no acertadas
Cantidad	-	5
Porcentaje	-	100.00%
Total	100.00%	

Entre los argumentos de los magistrados que refieren no acertadas las actuales políticas criminales nacionales, de un discurso de mano dura, en la lucha contra las drogas; sostienen:

- Dicha política criminal no ha tenido el efecto que se esperaba, por el contrario, el tráfico ha ido incrementando, incluso existen nuevas drogas que se están comercializando en el mercado y los traficantes ven nuevas formas de seguir con el comercio.
- Las políticas criminales nacionales no son acertadas porque no tienen eficacia, puesto que no existe un índice de disminución de los delitos relacionados el tráfico ilícito de drogas, ya que no se trata de un problema únicamente jurídico, sino estructural, a nivel nacional e internacional, que debe combatirse con políticas que ataquen a los grandes productores y comercializadores, y no se limiten a sancionar a los micro comercializadores, los que transportan o almacenan, generalmente cantidades mínimas respecto a los grandes narcotraficantes, quienes generalmente son favorecidos por la corrupción, que les permite actuar impunemente; como consecuencia, los únicos que son procesados y para quienes están dirigidos tales políticas criminales, son las personas “utilizadas” por las grandes bandas del narcotráfico.
- No son acertadas porque en la mayoría de casos esa mano dura es para traficantes que podrían denominarse de mandos medios o inferiores en una estructura de TID y no los segmentiza de los cabecillas o propietarios de los medios de producción de las drogas ilícitas.

- Las políticas que se aplican no resultan adecuadas, al aumentar la pena no reduce los índices o incidencia delictiva, es necesario fortalecer más la efectividad de los órganos de administración de justicia en su aplicación, para lograr una sanción efectiva de los hechos.

Del análisis a las posiciones antes expuestas, coincidimos con los entrevistados especialistas al no considerar como acertadas las actuales políticas criminales que evidencian un claro discurso de mano dura, en la lucha contra las drogas y específicamente con los consumidores de éstas sustancias pues para evitar que los personas estén involucrados en su consumo debe formularse políticas de salud pública realmente preventivas a través de programas para informar a la colectividad iniciándose en las escuelas y centros de educación superior, así como por medio de reales centros públicos para rehabilitar a los consumidores con intervención y ayuda del sector privado, no así con la nefasta participación u aplicación del Derecho penal.

4. Ante la consulta: Qué consecuencias generan la actual regulación del segundo párrafo del artículo 299 del Código penal.

Los magistrados manifestaron:

Posición	Fiscal 1	Fiscal 2	Fiscal 3	Fiscal 4	Fiscal 5
- Malas prácticas a nivel policial, que se traducen en actos de corrupción, extorsión, abusos físicos y psicológicos, amenazas, detenciones arbitrarias.		X			X
-Permite el ejercicio abusivo de la autoridad a cargo de perseguir los delitos		X			X
- Sobrecarga del sistema judicial	X	X	X	X	X
-Sobrepoblación en cárceles		X		X	

Fuente: Entrevistas a Fiscales Penales
Elaborado por: El Investigador

Al respecto los fundamentos de cada especialista entrevistado, fueron:

- Por cuanto se está criminalizando una conducta que puede considerarse no punible.

- Partiendo de nuestra realidad, en la práctica esa regulación permite que los efectivos de la policía nacional actúen en muchas ocasiones en forma arbitraria, incluso “sembrando” droga, puesto que para que se configure el tipo no se requiere cantidades mínimas, sino únicamente que se posea dos sustancias distintas, lo que a su vez acarrea que se generen más casos por investigar y procesar, y finalmente, más personas condenadas en los penales.
- Sobrecarga siempre y cuando no exista una adecuada aplicación de la eximente de responsabilidad penal pues puede ocurrir que, si un consumidor fue intervenido en posesión de dos drogas en cantidades mínimas, pero existen indicios o evidencias de que resulta ser consumidor, se configura la eximente de responsabilidad, no obstante, una mala práctica sería que a pesar de lo mencionado se penaliza dicha conducta.
- Penalizar la posesión para el consumo de mínimas cantidades resulta un exceso; pues excluir la exención considerando el uso de otros tipos de drogas, siempre que se determine que es un consumidor
- Son muchas las consecuencias de la aplicación de esta norma, pero habría que contrarrestarlas con la realidad a fin de verificar cuál de ellas se presenta en un determinado tiempo y espacio.

Las posiciones de los especialistas reafirman la viabilidad de nuestra posición planteada, así como de nuestra problemática al haberse expuesto malas prácticas a nivel policial en las intervenciones de personas que padecen del consumo de drogas que se traducen en actos de corrupción, extorsión, abusos físicos y psicológicos, amenazas, detenciones arbitrarias; pues como se ha señalado se detiene para luego investigar cuando debe de actuarse de modo contrario, acentuando la problemática de la sobrecarga del sistema judicial con la irremediable carga procesal y la sobrepoblación de los establecimientos penitenciarios; pues justamente la regulación contenida en el segundo párrafo del artículo 299 del Código penal permite que personas consumidoras ingresen

a establecimientos penitenciarios, deviniendo en injustas e ilegales las prisiones preventivas dispuestas a consecuencia de un populismo punitivo y de apreciaciones dañosas y hasta malignas que se tiene ante el uso de drogas que a su vez no solo irrogan incalculables gastos para el Estado que finalmente son trasladado a la ciudadanía e incrementan los niveles de hacinamientos en los penales; sino también que, mellan profundamente en los mismo internos sin condena que lógicamente se extiende más allá de la misma prisión, al afectar la salud y la economía, no solo de dichas personas sino también de su entorno familiar y laboral.

5. Ante la pregunta: Respecto a la actual regulación del segundo párrafo del artículo 299 del Código penal por el que se sancionaría la posesión de dos o más tipos de droga aun con cantidades mínimas para el consumo personal, usted considera que dicha regulación debe:

Los magistrados señalaron:

Posición	Derogarse	Modificarse, haciéndose extensivo a las disposiciones del primer párrafo del citado artículo 299
Cantidad	2	3
Porcentaje	40.00%	60.00%
Total	100.00%	

Entre los argumentos de los magistrados que refieren debe derogarse el segundo párrafo del artículo 299 del Código penal se advierte: Por la falta de lesividad y por cuanto debe exigirse una correcta aplicación de la norma adjetiva.

Asimismo, respecto de la mayoría que sostienen que el segundo párrafo del artículo 299 del Código penal debe modificarse, haciéndose extensivo a las disposiciones del primer párrafo en el citado artículo sostienen:

- La modificación de tal norma, conforme a las disposiciones del primer párrafo del artículo 299° sería lo más adecuado, tiendo en cuenta el principio de igualdad y de

mínima intervención; si bien tampoco se señala sanciones proporcionales de acuerdo a la cantidad de sustancias que superen los máximos establecidos, luego de cual se presume que cualquier cantidad será punible, es necesario hacer extensiva tal regulación sobre los topes en la cantidad de las sustancias a fin de no intervenir en situaciones que no generen lesividad relevante para el bien jurídico protegido, y por otro lado, para no afectar el derecho a la igualdad de las personas.

- Debe modificarse la actual regulación de esa norma, y debe hacerse una sola redacción en el sentido que lo que busca es no penalizar la posesión de drogas para el consumo, pues ello es una intromisión a la libertad y desarrollo de la libre personalidad de las personas
- La modificación debe corresponder; pues, debe probarse que es un consumidor y comprobarse que la posesión si está dirigido para el consumo y también aplicarse la exclusión de la exención de la responsabilidad, para fortalecer el control respecto a los micro comercializadores.

Analizadas a ambas posiciones, nos adherimos a la mayoría; en ese sentido, conforme nuestra propuesta legislativa debe modificarse el mencionado artículo 299 en concordancia con el artículo 8 de nuestra Constitución lográndose con ello reducir el número de intervenciones policiales a consumidores, además de evitar el incremento del ingreso de éstos a establecimientos penitenciarios por dicho tema, que finalmente son puestos en libertad al garantizarse el libre desarrollo de su personalidad y la autonomía de la persona o principio de autodeterminación concordante con el artículo 2, inciso 1) de la misma Constitución que configura el derecho fundamental al libre desarrollo; consecuentemente en el primer párrafo del mencionado artículo se incluirá la posesión de droga para el propio e inmediato consumo, de uno o más tipos en las cantidades ya establecidas y en tanto en el segundo párrafo se excluirán los alcances del primer párrafo cuando la posesión de dos o más tipos de drogas sean con fines distintos al propio e inmediato consumo; es decir para su comercialización.

b. Resultados de las entrevistas aplicadas a abogados penalistas con labores relacionadas con el tema en investigación pertenecientes al Distrito judicial de Amazonas.

Se formularon cinco preguntas directamente vinculadas con nuestra problemática en investigación, debiendo de precisar que sus respuestas también deben considerarse como opiniones de estricto contenido académico.

Abogados penalistas:

Sede	Cantidad	Total
Amazonas	10	10

- 1. Se formuló la siguiente interrogante: Con relación a la exclusión de la exención de responsabilidad penal, por la posesión de dos o más tipos de drogas, del segundo párrafo del artículo 299 del Código Penal que regula la posesión no punible de drogas; usted considera, qué:**

Los especialistas respondieron de la siguiente manera:

Posición	Contraviene el principio de mínima intervención del Derecho Penal	Requiere la precisión de criterios que sustenten su punición, así como la sanción misma, pues no establece que sanción correspondería	Se sujeta a las disposiciones del artículo 8 de nuestra Constitución	Representa un ejercicio legítimo del ius puniendi del Estado
Cantidad	6	2	1	1
Porcentaje	60.00%	20.00%	10.00%	10.00%
Total	100.00%			

Entre los argumentos de los letrados que mayoritariamente refieren que la exclusión de la exención de la responsabilidad penal del segundo párrafo del artículo 299 del Código Penal contraviene el principio de mínima intervención del Derecho penal, se advierten:

- Si bien el artículo 8 de nuestra carta magna, señala que el Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas, ello debe ser regido por los principios del derecho penal, entre ellos el de mínima intervención, que no es otra cosa que, reservar la aplicación

del derecho penal, para conductas lesivas, en ese sentido, el segundo párrafo del artículo 299 del código penal, a todas luces contraviene el principio de mínima intervención, siempre y cuando, las drogas en posesión, no superen las cantidades mínimas establecidas en el primer párrafo, según el tipo de droga.

- Sancionar penalmente a la conducta de aquella persona que es encontrada en posesión de dos o más tipos de droga en cantidades mínimas contraviene el principio de mínima intervención del derecho penal toda vez que el derecho penal solo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, es decir cuando el problema o conflicto social no pueda resolverse con mecanismos extrapenales de control menos gravosos. Lo cual sucede en este caso, pues sancionar la posesión de dos sustancias en cantidades mínimas que individualmente son consideradas no punibles, resultaría un exceso del Derecho Penal, motivado por una interpretación errónea de la política criminal por parte del legislador, toda vez que ellos supondría sancionar penalmente a aquellas personas que lejos de tener como finalidad la microcomercialización de drogas tienen como propósito el consumo de las mismas; lo cual resulta ser el ejercicio de su derecho a decidir libremente sobre su cuerpo y su salud. Aunado a ello; si bien es cierto la posesión de drogas en mínimas proporciones resulta ser una conducta intolerable y socialmente perturbadora, bien puede ser resuelta por otras normas de control social, sin necesidad de amenazar la libertad de los individuos con sanciones penales por el hecho de disponer libremente sobre su propia salud.
- Se entiende que el Estado debe abocarse a punir conductas altamente lesivas por lo que la posesión de dos o más tipos de drogas puede ser calificada como no punible.
- La exclusión de la exención de responsabilidad penal regulado en el segundo párrafo del artículo 299 del Código Penal, contraviene el principio de mínima intervención, toda vez que, el hecho de estar en posesión de dos o más tipos de drogas en mínima cantidad, en la que se puede inferir que los mismos son para el consumo inmediato y no encontrándose fundadas sospechas que los mismos tienen la finalidad de comercio o tráfico, constituyen conductas propias de la libertad y voluntariedad

humana; en ese sentido, en estos casos no se lesiona el bien jurídico Salud Pública, pues para que el mismo pueda verse en peligro, ha de identificarse una conducta encaminada a introducir fuertes cantidades de droga prohibida para la comercialización a los potenciales consumidores.

- En principio se debe comprender que en nuestro país el consumo de drogas no está penalizado, con mucha más razón, la drogodependencia, motivo por el cual sancionar a una persona por su adicción a más de una sustancia sin lugar a dudas contravienen principios básicos del Derecho Penal, como el descrito.
- El derecho Penal solo debe operar cuando se afecten de manera grave los bienes jurídicos, mas no en aquellos casos que resulten intrascendentes.

La posición mayoritaria de los especialistas entrevistados convalidan también la pertinencia y oportunidad de nuestra hipótesis propuesta en la investigación, así como los argumentos expuestos en nuestro marco teórico pues conforme los abogados penalistas no resulta justificable la exclusión de la exención de la responsabilidad penal regulada del segundo párrafo del artículo 299 del Código penal en el entendido que la posesión de dos o más tipos de drogas, en porciones para consumo personal no atenta contra el bien jurídico protegido como es la salud pública, salvo que se trate de una posesión con fines de comercialización.

En relación con los abogados que señalan que se requiere la precisión de criterios que sustenten su punición, así como la sanción misma, pues no establece que sanción correspondería, sostuvieron:

- Se necesita una exposición de motivos fundamentados para conocer el por qué se está penalizando la posesión mínima de cualquier tipo de drogas cuando sean de dos o más tipos, pareciera que se está penalizando indirectamente el consumo de drogas, teniendo en cuenta que algún adicto puede tener un mínimo de marihuana y uno de cocaína, y ambas al ser drogas está afectando el mismo bien jurídico, esto es la salud pública. No estamos pues ante un delito pluriofensivo como es el caso del hurto en

inmueble habitado que afecta diferentes tipos de bienes jurídicos. Por otra parte, no se cumple a cabalidad con el principio de legalidad, pues no se tiene certeza de la sanción en estos casos.

- El Código Penal establece claramente que cantidad que no excede de lo mínimo permitido para el uso del consumo o propio, sin embargo, al considerar en una intervención, la posesión de dos o más drogas sin exceder del mínimo permitido contraviene lo normado, por cuanto el ordenamiento jurídico no explica una sanción que le correspondería por tener varios insumos sin superar el mínimo permitido.

Sobre el particular y aun cuando la posición minoritaria en análisis no se asemeja a la postura de la mayoría de entrevistados no consideramos que la solución a la problemática pase por la precisión de criterios que sustenten su punición, así como respecto a la sanción misma al no establecer el segundo párrafo del artículo 299 la pena correspondería; sino, en que se haga extensiva la exclusión de la exención de responsabilidad penal conforme nuestra propuesta legislativa.

En relación a los especialistas que sostienen que el segundo párrafo del artículo 299 se sujeta a las disposiciones del artículo 8 de nuestra Constitución; así como que representa un ejercicio legítimo del ius puniendi del Estado, manifestaron respectivamente:

- Como lo indica la carta Magna, el Estado Peruano tiene la tarea de combatir el Tráfico Ilícito de Drogas, y con ello asegurar que exista una estabilidad social y económica ante las consecuencias que acarrea el Narcotráfico. El segundo párrafo del artículo 299 del Código Penal Peruano, no atenta contra el Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal, en tanto éste importa que “el derecho penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino sólo en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos” (BLANCO LOZANO, CARLOS. 2003, Derecho Penal, Parte General. Editorial La Ley. p. 122); por lo que no debemos perder de vista que la Lucha Antidrogas, tiene como centro a la persona misma en dos vertientes. Por un lado, no negarle la posibilidad de una vida digna y pacífica en

sociedad donde no impere el Narcotráfico, y por el otro, en la generación de conciencia sobre las consecuencias que genera el consumo de esas sustancias ilícitas, y que significa en muchas ocasiones, el truncamiento de proyectos de vida.

En ese entendido, siendo el bien jurídicamente protegido en los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, la Salud Pública, la labor del Estado en la prevención, tratamiento y erradicación de este delito, de ninguna forma generaría un exceso en la función fragmentaria del Derecho Penal.

- Las consecuencias jurídicas representan un episodio en particular de su comunidad, por lo que la respuesta del Estado para regular ciertas acciones de sus integrantes se expresa en medidas legales como esta.

Al respecto y conforme a nuestro marco teórico, si bien el tráfico ilícito de drogas representa una innegable expresión de criminalidad estructurada y organizada a nivel nacional y transnacional afectando y lesionando valores constitucionales reveladores y elocuentes para los Estados y la sociedad; y por ello nuestra Constitución considera disposiciones orientadas a sancionar diversas conductas concebidas como mandatos implícitos y directos orientados a su criminalización, específicamente su artículo 8 con preceptos constitucionales de repercusión en la guía y pauta del Derecho penal positivo, cierto también es que el consumo personal no está penalizado y es justamente a éste último tema que está orientada la investigación, por lo que se convalida nuestra propuesta legislativa a fin de realizar las prescripciones necesarias a fin de superar confusiones como las advertidas en la posición de los especialistas cuya posición es puesta en análisis.

2. Del mismo modo se consultó: Ante la regulación del segundo párrafo del artículo 299 del Código penal que sancionaría la posesión de dos o más tipos de droga aun con cantidades mínimas para el consumo personal, usted considera, que con ello:

Los especialistas manifestaron:

Posición	Abog 1 y 8	Abog 2	Abog 3 y 5	Abog 4,7 y 9	Abog 6 y 10
- Se protege la salud pública, bien jurídico cautelado en el Tráfico Ilícito de Drogas.			X		
- Se afecta la libertad individual de las personas y representa una situación perversa para proteger la salud pública.	X	X			
- Representa una regulación que desconoce la existencia de policonsumidores (que consumen más de un tipo de drogas).		X		X	
- Contraviene el principio de mínima intervención del Derecho penal, deviniendo en innecesaria e inútil, pues no se advierte idóneamente alguna inseguridad o amenaza contra la intangibilidad de los intereses o bienes jurídicos protegidos penalmente.		X			X

Fuente: Entrevistas a Abogados Penalistas
Elaborado por: El Investigador

Para los especialistas entrevistados a quienes consideran que con la regulación del segundo párrafo del artículo 299 del Código Penal que sancionaría la posesión de dos o más tipos de droga aun con cantidades mínimas para el consumo personal, afectándose la libertad individual de las personas y representando una situación perversa para proteger la salud pública, fundamentaron su posición en:

- Lo citado contraviene la libertad individual de las personas, pues al tener el mínimo permitido a pesar que sean dos o más tipos de drogas no se infiere automáticamente que dicha persona esté traficando drogas. La persona dentro de los límites permitidos debería poseer para su consumo cualquier tipo de drogas sin importar los tipos de las mismas, siendo que es un acto personal y esto en nada afecta la salud pública, como sí lo hace al castigar a quién se dedica a la venta de los mismos.
- Se ve vulnerada la libertad individual de las personas porque el Estado actúa como un ente represivo atacando los intereses de los particulares en este caso a los intervenidos con varias sustancias alucinógenas sin superar el mínimo establecido, procesándolos por ende por microcomercialización.

Al respecto consideramos válida la posición de los especialistas pues efectivamente con la regulación en análisis se afecta la libertad individual de las personas y representa una situación pervertida para proteger la salud pública, por no encontrarnos frente a supuestos de Tráfico Ilícito de Drogas sino ante una situación consumo personal, contrastando nuestra hipótesis y la propuesta que postulamos.

En relación al especialista para quien el segundo párrafo del artículo 299 del Código penal además de afectar la libertad individual de las personas y representar una situación pervertida para proteger la salud pública; representando también una regulación que desconoce la existencia de policonsumidores y, que contraviene el principio de mínima intervención del Derecho penal, deviniendo en innecesaria e inútil, pues no se advierte idóneamente alguna inseguridad o amenaza contra la intangibilidad de los intereses o bienes jurídicos protegidos penalmente; sostiene:

- En efecto, sancionar la posesión de dos o más tipos de drogas en cantidades mínimas que individualmente son consideradas no punibles resulta un exceso del derecho penal que contraviene el principio de mínima intervención, pues si bien es cierto dichos comportamientos en efecto son socialmente no aceptados; sin embargo estas conductas no menoscaba o lesiona el bien jurídico salud pública, toda vez que sancionarla penalmente implicaría tener por aceptado y acreditado que toda persona que se encuentre en posesión de dos o más drogas en cantidades mínimas tiene por finalidad la microcomercialización de las mismas, negando con ello la posibilidad de que exista policonsumidores. En ese sentido, sancionar penalmente a una persona por este tipo de comportamientos, sería sancionar conductas objetivamente inidóneas de poner en peligro el bien jurídico: salud pública.

Al respecto; nuevamente, es ratificada nuestra posición en relación que el segundo párrafo del artículo 299 del Código penal vulnera el principio de mínima intervención del Derecho Penal, afectando la libertad individual de las personas y representando una situación pervertida; pues sancionar penalmente la posesión mínima de dos o más tipos

de drogas no se limita a lo indispensable, ni comprende la protección de conductas lesivas a bienes jurídicos en su modalidad de ataque más peligrosas para ellos.

Respecto a los especialistas que consideran que con el segundo párrafo del artículo 299 del Código penal se protege la salud pública, bien jurídico protegido por el Tráfico Ilícito de Drogas sostienen:

- La tipificación del segundo párrafo del artículo 299 del Código Penal Peruano, tiende a proteger la Salud Pública como bien jurídico protegido en los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas; pero debemos resaltar la importancia de proteger no sólo a la salud pública sino también la salud individual; es decir, la situación de bienestar y vida pacífica en sociedad que implica la erradicación del Narcotráfico; así como la protección del ciudadano consumidor ante las consecuencias devastadoras de su dependencia a esas sustancias ilícitas.
- Se entiende que no solo se previene el comercio mayor, sino aquel que mediante el “hormiguelo” prolifera en las calles.

Del mismo modo como se señaló en el análisis de las posiciones de los Fiscales; si bien en el Tráfico Ilícito de Drogas el bien jurídico protegido es la salud pública, las disposiciones del artículo 299 del Código penal están relacionadas con el consumo no punible; esto es, no afectándose a la salud pública y aun cuando fuere la posesión de cantidades mínimas para el consumo propio lo afectaría, supuesto contrario en caso tenga como finalidad su comercialización por ello, es justamente que ante interpretaciones como la advertida no solo cobra justificación de nuestra investigación sino también la propuesta legislativa que proponemos a fin de superar las confusiones que pudieren acarrear el segundo párrafo del referido artículo.

En relación a los abogados que consideran que el segundo párrafo del artículo 299 del Código penal constituye una regulación que desconoce la existencia de policonsumidores (que consumen más de un tipo de drogas), nuevamente es de precisar que dicha regulación representa una regulación que desconoce la existencia de

policonsumidores; esto es de diferentes tipos de drogas y éstos pueden preferir más de una; al respecto, también compartimos la posición de los entrevistados y conforme se señaló en el numeral 2.1.1 del marco teórico respecto a los aspectos generales y antecedentes de la regulación normativa de la posesión no punible de drogas en nuestro código sustantivo penal, ratifica no solo nuestra realidad problemática sino también la necesidad de precisión del referido artículo haciéndose extensiva la exclusión de la exención de responsabilidad penal de tratarse de posesión para el propio e inmediato consumo y no ser desconocer una realidad que conforme lo advertido por DEVIDA en su encuesta nacional de consumo de drogas del año 2010 señalado en el citado numeral, los policonsumidores representan un alto porcentaje dentro de los consumidores de drogas.

Finalmente, para los especialistas que consideran a la regulación del segundo párrafo del artículo 299 del Código penal, que sancionaría la posesión de dos o más tipos de droga aun con cantidades mínimas para el consumo personal, como contravención al principio de mínima intervención del Derecho penal, deviniendo en innecesaria e inútil, pues no se advierte idóneamente alguna inseguridad o amenaza contra la intangibilidad de los intereses o bienes jurídicos protegidos penalmente, consideramos que circunscribe la posición que postulamos y que nos permite contrastar la hipótesis fundamentando también nuestra propuesta legislativa. .

3. Ante la pregunta Considera acertadas las actuales políticas criminales nacionales, de un discurso de mano dura, en la lucha contra las drogas que se materializan en el aumento progresivo de penas, incremento de plazos ordinarios en investigaciones y juzgamientos, prohibición de beneficios penitenciarios y denegatorias a derechos de gracia.

Los abogados especialistas unánimemente señalaron:

Posición	Las consideran acertadas	Las consideran no acertadas
Cantidad	2	8
Porcentaje	20.00%	80.00%
Total	100.00%	

Entre los argumentos de los especialistas para quienes son acertadas las actuales políticas criminales nacionales, de un discurso de mano dura, en la lucha contra las drogas; sostienen:

- Sí, y es preciso señalar que el Estado peruano cada quinquenio establece una Estrategia Nacional de Lucha Contra las Drogas, y la que se encuentra actualmente vigente es Estrategia Nacional de Lucha Contra las Drogas 2017-2021, elaborada por la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas-DEVIDA. Esta ENLCD se compone por tres ejes estratégicos, como son: Desarrollo Alternativo Integral y Sostenible, Control de la Oferta y Control de la Demanda; y tiene como objetivo guiar las políticas de drogas, desde su Misión y Visión.
- Si, en la medida que su aplicación sea regida por el principio de mínima intervención.

De otro lado para los especialistas que no consideran como acertadas las actuales políticas criminales nacionales, de un discurso de mano dura, en la lucha contra las drogas; señalan:

- Respecto a la tenencia para consumo de dos o más tipos de drogas, es un exceso de intervención estatal, pues fácilmente se podría implantar otro tipo de acciones educativas para poder sobrellevar este problema.
- Se considera incorrecta la política criminal nacional, no solo en el tema de la investigación sino también en otro tipo de ilícitos penales; pues el aumento de sanciones penales o prohibición de beneficios penitenciarios lejos de ser una forma satisfactoria de prevenir el delito resulta ser una manifestación ilegítima de los medios utilizados para enfrentar la delincuencia toda vez que se transgreden las garantías jurídico penales.

- Cuando se enfocan en las organizaciones criminales, es una buena medida; no obstante, respecto de los poli consumidores debe entenderse abierta la posibilidad de que su conducta podría ser calificada como no punible.
- Desacertada, pues resulta evidente que el tráfico de drogas se ha incrementado con mayor amplitud en los últimos años.
- La represión penal ha de focalizarse en complejas redes de actuación delictiva, y no en aquellos casos en los que el intervenido ha hecho de la drogadicción su *modus vivendi* o el hecho de consumir sustancias prohibidas de forma ocasional, o lo hacen por primera vez; debiéndose valorar para ello aquellas circunstancias que indiquen con suficiente solvencia probatoria que las posesiones de sustancias prohibidas se dirigen al tráfico o comercialización en el mercado de consumidores, dejando de lado solo el carácter cuantitativo para la tipificación de esta conducta.
- Las actuales políticas criminales son DESACERTADAS, pues de manera histórica se ha establecido que el incremento de las penas no necesariamente contribuye a la disminución del delito, en el caso específico, el consumo de drogas, está directamente relacionado a la libre determinación de las personas y ello no puede servir de base para su punición.
- Son desacertadas, pues los fines de prevención de la pena no han dado resultados.
- Desacertadas, pues los resultados saltan a la vista.

Del análisis a las posiciones a favor o en contra, nos adherimos a la posición de la mayoría de especialistas al no considerar como acertadas las actuales políticas criminales que evidencian un claro discurso de mano dura, en la lucha contra las drogas y específicamente con los consumidores de éstas sustancias pues para evitar que los personas estén involucrados en su consumo debe formularse políticas de salud pública realmente preventivas a través de programas para informar a la colectividad iniciándose en las escuelas y centros de educación superior, así como por medio de reales centros

públicos para rehabilitar a los consumidores con intervención y ayuda del sector privado, no así con la nefasta participación u aplicación del Derecho penal.

4. Ante la consulta: Qué consecuencias generan la actual regulación del segundo párrafo del artículo 299 del Código penal.

Los magistrados manifestaron:

Posición	Abog 1	Abog 2	Abog 3	Abog 4 y 5	Abog 6	Abog 7	Abog 8	Abog 9	Abog 10
- Malas prácticas a nivel policial, que se traducen en actos de corrupción, extorsión, abusos físicos y psicológicos, amenazas, detenciones arbitrarias.	X		X			X		X	
-Permite el ejercicio abusivo de la autoridad a cargo de perseguir los delitos	X								
- Incrementa el elevado índice de operaciones policiales contra consumidores de drogas	X	X				X	X	X	
- Sobrecarga del sistema judicial	X	X			X	X		X	X
-Sobrepoblación en cárceles	X	X				X		X	X
-No consideran que genere consecuencias				X					

Fuente: Abogados penalistas
Elaborado por: El Investigador

Los fundamentos de los entrevistados, fueron:

El primer especialista, señaló: Todas las alternativas son consecuencias de la actual regulación indicada, pues no solo es un acto, sino que eso conlleva en cadena a abrir las puertas malas intervenciones, abusando del cargo de quienes intervienen (en muchos casos), lo que a su vez sobrecarga el ya alicaído sistema judicial y por ende la ya tan reclamada sobrepoblación de los penales, esto sin duda en lugar de ser una “cura” está generando una enfermedad peor, pues es bastante conocido que las cárceles, sobre todo las peruanas no sirven para la reeducación, rehabilitación y resocialización conforme la literatura especializada, sino que por el contrario son una “universidad” para aprender malos hábitos que se verán reflejados una vez cumplan sus respectivas condenas.

El segundo especialista, manifestó: La regulación del segundo párrafo del artículo 299 del Código Penal, al verse obligados los operados jurídicos de su aplicación; generaría una carga laboral excesiva por parte de la administración pública toda vez que toda persona intervenida en posesión de dos cantidades mínimas de drogas tendrían que ser procesadas; y posiblemente internadas en un establecimiento penal; lo cual genera gastos innecesarios al erario nacional; que bien pueden ser evitados, primero en atención a una correcta aplicación de las políticas criminales nacionales y segundo respetando los principios rectores del derecho penal como es el de mínima intervención o ultima ratio.

De otro lado el tercer entrevistado, refiriendo que es necesario combatir el narcotráfico desde los primeros eslabones, permitiendo no generar impunidad en los micro comercializadores que cubren su actividad delictiva dando apariencia de simples consumidores; también señaló, pues con tipificaciones como ésta se reduce la disponibilidad de drogas que afectan a la población nacional, y que son ofertadas por mafias locales y/o familias, que viven de este negocio ilícito y son abastecidas por organizaciones del Tráfico Ilícito de Drogas que operan en el país. No debemos olvidar que, “los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas son injustos de gravedad en mérito a la naturaleza del bien jurídico protegido, al involucrar una esfera importante de la sociedad; por ello, el legislador fijó marcos penales muy drásticos” (PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. “Tráfico Ilícito de drogas y delitos conexos. Perspectivas dogmáticas y político criminales”. Tercera decisión. Setiembre - 2018. Editorial ideas. Lima – Perú. p.19.).

Por su parte el cuarto letrado, señaló: La policía Nacional del Perú está llamada a garantizar el orden público según la Constitución. En este aspecto, consideramos que la actual regulación genera que el personal policial gaste recursos públicos en acciones que deben ser no punibles dada la calidad de los poli consumidores.

El quinto abogado refiere que no necesariamente trae consecuencias negativas.

El sexto especialista manifestó: La consecuencia de la actual regulación del segundo párrafo del artículo 299 del Código Penal, es la encarcelación de muchas personas adictas al consumo de sustancias ilícitas, lo que no soluciona el problema real de la disminución del consumo de estupefacientes, pues, estos seguirán consumiendo debido a la corrupción que hay en los establecimientos penitenciarios; debiendo optar por el tratamiento y desintoxicación, no como penas sino como medidas de seguridad, contando con la voluntariedad del sentenciado.

Por su parte el sétimo letrado entrevistado sostuvo que sin lugar a dudas la deficiente regulación que existe en el segundo párrafo del artículo 299° del Código Penal, no hace más que incrementar, de un lado la carga procesal e indirectamente el amotinamiento en los centros penitenciarios, pues, existe la posibilidad que un policonsumidor con antecedentes penales purgue una condena efectiva en un centro de reclusión por consumir precisamente más de una sustancia psicotrópica.

El octavo abogado señaló: Con el fin de identificar a los poseedores de estas sustancias, hace caer en error por no encontrarse debidamente establecido o regulado que el portar dos o más sustancias que no superen el mínimo establecido, la autoridad a cargo ejerza un abuso de su autoridad con la finalidad de combatir la lucha contra las drogas, vulnerando la libertad individual de los consumidores.

El noveno abogado se limitó a señalar que la actual regulación del segundo párrafo del artículo 299 del Código penal acarrea como consecuencias: Malas prácticas a nivel policial, que se traducen en actos de corrupción, extorsión, abusos físicos y psicológicos, amenazas, detenciones arbitrarias; el incremento del elevado índice de operaciones policiales contra consumidores de drogas y la sobrecarga del sistema judicial, sin precisar sustento o fundamento.

Finalmente, el décimo abogado entrevistado sostiene que: Se genera la sobrecarga del sistema judicial y sobrepoblación en cárceles, en tanto los operadores de justicia,

regidos por el principio de legalidad, deben aplicar el segundo párrafo del artículo 299 del código penal, que dará como resultado, masivos ingresos a los diferentes establecimientos penitenciarios.

Conforme se ha señalado en el marco teórico de la presente investigación, todas las opciones representan y constituyen consecuencias que se producen con la regulación del segundo párrafo del artículo 299 del Código penal y ello es reconocido por los especialistas entrevistados, a excepción del quinto que refiere no generar ninguna consecuencia y menos grave aún; posición que dista de la mayoría de sus colegas, posición singular que no compartimos, por el contrario aun de la variada fundamentación vertidas por éstos en síntesis también ratifican la viabilidad de nuestra realidad observada y planteada, pues no solo doctrinariamente sino también estadísticamente hemos verificado las malas prácticas a nivel policial en las intervenciones de personas que padecen del consumo de drogas que se traducen en actos de corrupción, extorsión, abusos físicos y psicológicos, amenazas, detenciones arbitrarias; pues como se ha señalado se detiene para luego investigar cuando debe de actuarse de modo contrario, acentuando la problemática de la sobre carga del sistema judicial con la irremediable carga procesal y la sobrepoblación de los establecimientos penitenciarios; de ahí la necesidad de la modificación legislativa que proponemos al artículo en mención a fin de evitar que consumidores de drogas continúen ingresando a establecimientos penitenciarios, por ser injustas e ilegales, que no responden sino para satisfacer un populismo punitivo y de apreciaciones dañosas y hasta malignas que se tiene ante el uso de drogas que a su vez no solo irrogan incalculables gastos para el Estado que finalmente son trasladado a la ciudadanía e incrementan los niveles de hacinamientos en los penales; sino también que, mellan profundamente en los mismo internos sin condena que lógicamente se extiende más allá de la misma prisión, al afectar la salud y la economía, no solo de dichas personas sino también de su entorno familiar y laboral.

5. Ante la pregunta: Respecto a la actual regulación del segundo párrafo del artículo 299 del Código penal por el que se sancionaría la posesión de dos o más tipos de

droga aun con cantidades mínimas para el consumo personal, usted considera que dicha regulación debe:

Los letrados especialistas señalaron:

Posición	Derogarse	Modificarse, haciéndose extensivo a las disposiciones del primer párrafo del citado artículo 299
Cantidad	5	5
Porcentaje	50.00%	50.00%
Total	100.00%	

Entre los argumentos de los especialistas cuya posición es la de derogarse el segundo párrafo del artículo 299 del Código penal se advierte:

- Bastaría con derogarse y lo demás quedaría tal cual, pues ya está estipulado las cantidades máximas, se sobreentendería que por cada tipo de drogas está permitido hasta tal cantidad.
- La existencia de poli consumidores por sí misma no implica una afectación a la comunidad por lo que no cabe que el Estado se enfoque en castigar a dichos consumidores.
- Si en verdad se pretende evitar que muchos ciudadanos caigan en el vicio de la drogadicción de estas sustancias prohibidas, se deben formular políticas de salud pública, que realmente cumplan con su eficacia, a través de difusión de programas informativos a la población, empezando por las escuelas y las universidades; asimismo, en la implementación de verdaderos centros de rehabilitación.
- La posesión de menores cantidades de dos o más drogas a las prohibidas por el artículo 298, deben se derogada de la norma penal, en el sentido que nuestro sistema penal no penaliza la posesión de drogas, cuando se trata para el personal e inmediato

consumo, pues considero que se trata de un ejercicio abusivo del Derecho cuando los operadores jurídicos y sobre todo miembros de la Policía Nacional llegan a considerar que los consumidores de drogas necesariamente son micro comercializadores.

- Por aplicación del principio de lesividad.

Del mismo modo; respecto de los especialistas entrevistados que sostienen que el segundo párrafo del artículo 299 del Código penal debe modificarse, haciéndose extensivo a las disposiciones del primer párrafo en el citado artículo señalan:

- Debe modificarse haciéndose extensiva a las disposiciones del primer párrafo del artículo 299 del Código Penal por su colisión con el principio de mínima intervención del derecho penal y porque el consumidor con su comportamiento no lesiona de ninguna forma el bien jurídico: salud pública.
- El segundo párrafo del artículo 299 del código penal, debe modificarse a fin de ser concordante con el primer párrafo, respecto a las cantidades mínimas de las drogas en posesión, teniendo en cuenta el principio de mínima intervención, y sin dejar de combatir y sancionar el tráfico ilícito de drogas que impone el artículo 8 de la Constitución Política del Perú.
- La tipificación del segundo párrafo del artículo 299 del Código Penal Peruano, debe mantenerse en el ordenamiento jurídico; pues en procesos de Tráfico Ilícito de Drogas, muchas veces las investigaciones seguidas contra éstos “consumidores” se archivan por considerar que a pesar de subsumirse en el segundo párrafo es un exceso al carácter de última ratio del Derecho Penal. Sin embargo, a pesar de tener un Derecho Penal de acto y no de autor, no podemos dejar de advertir que el Sistema de Gestión Fiscal tiene diversas investigaciones contra éstos “consumidores”, y que por su experiencia han sabido realizar sus actividades con el cuidado y conocimiento que permita su impunidad, sin valorarse otros elementos indiciarios como la cantidad de ketes encontrados, la forma como la droga ha sido previamente

acondicionado y lista para su venta, el dinero encontrado, los lugares conocidos para la venta de droga donde son siempre intervenidos, entre otros.

- Al parecer, las últimas modificaciones al Código penal no están siendo lo suficientemente debatidas, o los profesionales que forman parte de las comisiones encargadas, no ven más allá de la teoría del derecho. El Código debe adecuarse a la realidad, tomando referencias holísticas.
- A fin de no afectar la libertad personal de los consumidores, si no sobrepasa las cantidades permitidas no tendría sentido procesar por microcomercialización porque está claro lo estipulado en el primer párrafo del artículo 299 del Código Penal y por ende, habría la exclusión de la exención de responsabilidad penal.

Del análisis a ambas posiciones, que por cierto representa un perfecto y equilibrado posicionamiento a favor de la derogación y la modificación respecto a la actual regulación del segundo párrafo del artículo 299 del Código penal por el que se sancionaría la posesión de dos o más tipos de droga aun con cantidades mínimas para el consumo personal, nos adherimos a la posición del grupo que considera que dicha disposición normativa debe modificarse conforme a nuestra propuesta legislativa en concordancia con el artículo 8 de nuestra Constitución con lo que se conseguirá reducir el número de intervenciones policiales a consumidores, además de evitar el incremento del ingreso de éstos a establecimientos penitenciarios por dicho tema, que finalmente son puestos en libertad al garantizarse el libre desarrollo de su personalidad y la autonomía de la persona o principio de autodeterminación concordante con el artículo 2, inciso 1) de la misma Constitución que configura el derecho fundamental al libre desarrollo; consecuentemente en el primer párrafo del mencionado artículo se incluirá la posesión de droga para el propio e inmediato consumo, de uno o más tipos en las cantidades ya establecidas y en tanto en el segundo párrafo se excluirán los alcances del primer párrafo cuando la posesión de dos o más tipos de drogas sean con fines distintos al propio e inmediato consumo; es decir para su comercialización.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES

1. No debe emplearse el Derecho penal en la defensa y protección de intereses de minorías e innecesarios para que funcione el Estado de Derecho; pues no justificaría su protección con medidas coactivas. Debemos recurrir al Derecho penal y sus graves sanciones para asegurar una tutela idónea y concordante con otras herramientas jurídicas no penales; pues la pena es un mal que no puede revertirse y una solución que deviene en imperfecta, debe emplearse únicamente ante la ausencia de remedios, tras advertir que fracasó todo algún otro modo de protección; la pena es la última ratio que nos conlleva a la reducción máxima del empleo del Derecho Penal y su mínima intervención, conforme a su alcance ontológico, cautelando y protegiendo valores esenciales según las aceptadas reglas mínimas de convivencia social; pues ha de garantizarse que el resorte punitivo del Estado se reduzca a su expresión mínima, sin que ello constituya un relajación a su deber de tutelar los bienes jurídicos.

2. Procederá la sanción penal por la posesión mínima de dos o más cantidades de drogas cuando dicha posesión sea con fines distintos al propio e inmediato consumo; con ello se garantizará la posición crítica de un Derecho penal mínimo, resguardándose la garantías en la esfera de un sistema democrático de derecho; de tal suerte que la participación e injerencia punitiva y sancionadora del Estado será limitada al mínimo y todo sustento de ella representará a su vez un cimientamiento de reducción y no de extensión de su vigilancia.

3. Es necesario modificar el artículo 299 del Código penal, para regular adecuadamente la posesión de cantidades mínimas de drogas diversas, conforme nuestra propuesta legislativa; pues la conducta de la persona humana está subordinada a diversos factores y la política criminal como óptica o punto de vista de la dogmática penal en su inclinación de prevención general se presenta como dominante.

Lo antes señalado es a razón de las críticas al segundo párrafo del citado artículo que afecta el principio de mínima intervención del Derecho penal por lo que revisando la dogmática jurídica penal debe aspirarse a revisarlo, construyéndolo y conceptualizándolo de manera diferente es decir desde una perspectiva sociológica, conllevando a una dogmática de nuevo estilo, conforme a un derecho penal humanista aparejando como misión o labor principal y primordial la reformulación de enunciados conforme los principios y garantías del derecho penal desde la visión que deben ser útiles para limitar y restringir la intervención punitiva cuya aplicación progresiva y concreta nos conllevara a logran un nivel máximo y óptimo de racionalidad limitando el poder punitivo.

CAPÍTULO VI: RECOMENDACIÓN

1. Considerando los resultados de las entrevistas aplicadas, podemos advertir que no solo contrastan la realidad problemática observada sino también la viabilidad de la hipótesis propuesta, concordante con los argumentos doctrinarios que forman parte del marco teórico, recomendándose por ello la siguiente propuesta legislativa, sustentada en:

Primero: En salvaguarda del libre desarrollo de la personalidad y la autonomía de la persona o principio de autodeterminación concordante con el artículo 2, inciso 1) de la misma Constitución que configura el derecho fundamental al libre desarrollo, concordante con el artículo 8 de la misma Constitución se debe reformular el artículo 299 del Código Penal, en el sentido de concordarlo con la finalidad de comprender dentro de la posesión no punible para el propio e inmediato consumo de uno o más tipos de drogas, manteniéndose en su segundo párrafo la exclusión de la no penalización cuando la posesión de dos o más tipos de drogas en cantidades personales sea con fines distintos al propio e inmediato consumo; se propone la siguiente modificación legislativa, conforme el siguiente proyecto de ley:

PROYECTO DE LEY

LEY QUE COMPRENDE DENTRO DE LA POSESIÓN NO PUNIBLE PARA EL PROPIO E INDEMIATO CONSUMO DE UNO O MÁS TIPOS DE DROGAS Y MANTIENE SU EXCLUSIÓN CUANDO LA POSESIÓN SEA CON FINES DISTINTOS PARA EL PROPIO E INMEDIATO CONSUMO

De conformidad con el Artículo 107° de la Constitución Política del Perú, el Decano del Colegio de Abogados de Amazonas presenta el proyecto de Ley, en ejercicio a su iniciativa legislativa; en salvaguarda del libre desarrollo de la personalidad y la autonomía de la persona o principio de autodeterminación concordante con el artículo 2, inciso 1) de la misma Constitución que configura el derecho fundamental al libre desarrollo.

1. Exposición de motivos

Referirnos al tráfico ilícito de drogas, resulta especialmente sensible en una sociedad como la nuestra, situación que se encuentra plenamente justificada en el afán de proteger, principalmente, a nuestros jóvenes de este “problema social”; y, por ello el Estado peruano, ha establecido como parte de su política nacional, la lucha frontal contra el narcotráfico, hecho que todos los peruanos apoyamos sin mediar reparo alguno, sin embargo hay pequeñas circunstancias o casos específicos en los cuales, el Derecho penal, por su naturaleza y rigor, necesariamente debe tratar estos temas desde una óptica principialista, por cuanto existen otros mecanismos de control social llamados a tratar de manera efectiva estos conflictos.

Como corolario de lo antes señalado, nuestra Constitución en su Artículo 8 relacionado con el Tráfico Ilícito de Drogas prescribe: El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, regula el uso de tóxicos

sociales; en tanto en el nuestro Código Penal, el Tráfico Ilícito de Drogas se encuentra tipificado en el artículo 296 encontrándose comprendido dentro de la *Sección II: Tráfico Ilícito de Drogas del Capítulo III: Delitos contra la Salud Pública* del Título XII: Delitos contra la Seguridad Pública del Libro Segundo: Parte Especial: Delitos.

En el tráfico ilícito de drogas el valor esencial o fundamental atribuido a la persona como ser humano y su ambiente social, conocido como bien jurídico cautelado por mandato y regulación de nuestro ordenamiento jurídico, es la salud pública.

Analizado el código sustantivo penal, advertimos la distinción entre la posesión de drogas para el tráfico y para el consumo; es decir, una clasificación de posesiones de drogas: el artículo 296 relacionado con la posesión para su tráfico; la posesión para la microcomercialización o microproducción en pequeñas cantidades en el artículo 298 y la posesión para el consumo personal en el artículo 299, sancionándose las dos primeras conductas y liberando de sanción penal en la tercera.

Entre los argumentos de no penalizar la posesión para el consumo es *la impunidad de la autolesión* y que *la sanción del poseedor de droga representaría una modalidad vedada de sancionar un vicio que ciertamente es cautelada unánimemente por la autoridad médica.*

Con la incorporación en el código penal sustantivo del artículo 299 se dispuso un nuevo y original precepto disponiendo la exención de sanción por tenencia de drogas para consumo personal sujeta a que no supere de una porción personal a evaluarse en cada supuesto y caso considerando puntos de vista de poca practicidad como el “peso-dosis”.

Actualmente si bien se ha incorporado al texto original del mencionado artículo 299 cuantías umbrales para distinguir la cantidad límite de drogas equivalente a dosis personales para ser consumidas por una persona, del

mismo modo también se dispuso la incorporación de un segundo párrafo excluyendo la eficacia del primero ante la posesión de dos o más tipos de drogas, lo que ha generado incertidumbres y debates; pues, al margen de su contravención al principio de mínima intervención del Derecho penal se advierten cuestionamientos al interpretarse que aquellas personas que superen las porciones establecidas o posean más de dos tipos de drogas estarían incurso en un delito.

Las controversias bien pueden resumirse en cuestionarse si es sancionable la tenencia de drogas para el inmediato y personal consumo si superan las porciones fijadas en el artículo 299; asimismo, si resultaría sancionable que se posea conjuntamente dos o más clases de drogas para el personal e inmediato consumo, no obstante que dichas porciones para cada clase de drogas que se tenga no superen las cuantías prescritas en el mencionado artículo; y, finalmente si respecto de los supuestos anteriores son dignos de recibir una respuesta y además si es afirmativa la interrogante del tipo penal y la sanción que correspondería.

Qué; la no exención de la responsabilidad penal por la tenencia de dos o más tipos de drogas en cantidades para el consumo propio e inmediato, conforme el segundo párrafo del artículo 299 deviene en innecesaria, pues conlleva a advertir la violación de la libertad personal de ciudadanos permitiendo además el ejercicio abusivo de la autoridad a cargo la persecución de los delitos, situación esta última si conforme está acreditado el elevado porcentaje de policonsumidores de drogas en nuestro país, así como el elevado índice de operaciones policiales contra consumidores de dichas sustancias ilícitas; en concordancia con lo revelado en la Encuesta nacional consumo de drogas. DEVIDA-2010.

Por lo tanto, resulta necesario la modificación del citado artículo 299 del Código Penal a fin de que se comprenda dentro de la posesión no punible para el propio e inmediato consumo de uno o más tipos de drogas, manteniéndose

en su segundo párrafo la exclusión de la no penalización cuando la posesión de dos o más tipos de drogas en cantidades personales sea **con fines distintos al propio e inmediato consumo.**

Lo antes señalado guarda relación con el principio de mínima intervención del Derecho penal, advertido y distinguido como la inequívoca expresión de humanización del Derecho penal, en contraposición y contraste al extremo punitivo que todo sanciona y castiga como evidente expresión de tiranía y abuso del poder monárquico concebido como aquel mecanismo aplicado básicamente a oprimir y reprimir a la ciudadanía en un intento de contener y controlar toda posibilidad e intento de cisma política.

2. Efectos de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional

La modificación del artículo 299 del Decreto Legislativo N° 635 – Código Penal, no resulta contraria a nuestra Constitución Política por el contrario, guarda relación con su artículo 8 y conllevara a reducir el número de intervenciones policiales a consumidores, además de evitar el incremento del ingreso de éstos a establecimientos penitenciarios por dicho tema, que finalmente son puestos en libertad al garantizarse el libre desarrollo de su personalidad y la autonomía de la persona o principio de autodeterminación concordante con el artículo 2, inciso 1) de la misma Constitución que configura el derecho fundamental al libre desarrollo

Fórmula legal

**“Ley que modifica el artículo 299° del Decreto Legislativo N°
635 – Código Penal”**

Artículo 1°.- Declaratoria de Interés nacional

Modifíquese el artículo 299° del Código Penal, en los siguientes términos:

“Artículo 299 Posesión no punible

No es punible la posesión de droga para el propio e inmediato consumo, **de uno o más tipos**, en cantidad que no exceda de cinco gramos de pasta básica de cocaína, dos gramos de clorhidrato de cocaína, ocho gramos de marihuana o dos gramos de sus derivados, un gramo de látex de opio o doscientos miligramos de sus derivados o doscientos cincuenta miligramos de éxtasis, conteniendo Metilendioxianfetamina – MDA, Metilendioximetanfetamina – MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas.

Se excluye de los alcances de lo establecido en el párrafo precedente la posesión de dos o más tipos de drogas, **con fines distintos al propio e inmediato consumo.**

...”

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

En Lima, a los veintisiete días del mayo del mil veintiuno.

MIRTHA VÁSQUEZ
Presidenta del Congreso

AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

FRANCISCO SAGASTI
Presidente Constitucional de la República

VIOLETA BERMÚDEZ VALDIVIA
Presidenta del Consejo de Ministros

BIBLIOGRAFÍA

MATERIALIZADAS

✓ Libros y Revistas

BERNAL, C. (2010). *“Metodología de la Investigación”*. Tercera Edición. Pearson Educación.

BRAMONT ARIAS TORRES, Luis & GARCÍA CANTIZANO, María. (2013). *“Manual de Derecho Penal. Parte Especial”*. Sexta Edición. Lima. Editorial San Marcos

CABEZAS, E. , ANDRADE, D., Y TORRES, J. (2018). *Introducción a la Metodología de la Investigación Científica*. Universidad de las Fuerzas Armadas.

<http://repositorio.espe.edu.ec/jspui/bitstream/21000/15424/1/Introduccion%20a%20la%20Metodologia%20de%20la%20investigacion%20cientifica.pdf>

FLAMES, A. (2012). *“Trabajo de Grado Cuantitativo y Cualitativo”*. Universidad Bolivariana de Venezuela. Caracas.

LLACSAHUANGA CHÁVEZ, Richard. (2010). *“Constitución y Proceso Penal”*. Recuperado el 26/11/16 en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/filesarticulos/a_20110107_02.pdf.

MOLINA, T. (2005). *“El elemento objetivo y subjetivo en el delito de Tráfico Ilícito de Drogas”*, en Anuario Jurídico y Económico Escurialense.

OSSORIO, M. (2010). *“Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”*. Buenos Aires. Editorial Heliasta SRL.

OSUNA, A. (1996) *“La Hermenéutica Jurídica en la perspectiva de la razón práctica”*.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. (2016) *“Crimen Organizado y Sicariato. Tratamiento penal de la delincuencia e inseguridad ciudadana”*. 1º Edición. Lima. Ideas Solución Editorial SAC.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. (2016) *“Criminalidad Organizada”*. 1º Edición. Lima. Pacifico Editores SAC.

RODRÍGUEZ, A., PÉREZ, A. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. *Revista Escuela De Administración De Negocios*(82), 179-200. doi:<https://doi.org/10.21158/01208160.n82.2017.1647>

ROSAS YATACO, Jorge. (2009). *“Derecho Procesal Penal. Con aplicación al Nuevo Proceso Penal Decreto Legislativo N° 957”*. Lima. Editorial Jurista Editores.

SALINAS SICCHA, Ramito. (2008). *“Derecho Penal. Parte Especial”*. Tercera Edición. Lima. Editora Jurídica Grijley.

SCHROEDER, F. (2004). *“La Posesión como hecho no punible”*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Madrid.

SULLCARAY, S. (2013). *“Metodología de la Investigación”*. Lima. Editorial de la Universidad Continental.

TAMAYO, M. (2003). *“El Proceso de la Investigación Científica”*. México D.F.. Editorial Limus

✓ **Tesis**

ESPINOZA (2017). *“La posesión impune de drogas y la calificación de delito de tráfico ilícito de drogas según jueces y fiscales de la Corte Superior del Callao, 2017”*, Universidad Cesar Vallejo.

GAMBOA (2017). *“Análisis del delito de la posesión de dos o más tipos de drogas en la ley Penal Peruana”*, Universidad Cesar Vallejo.

MOHAMED (2015). *Análisis Jurisprudencial del Delito de Tráficos de Drogas*, Universidad de Granada.

NARVÁEZ (2010). *Revisión y análisis de criterios judiciales aplicados en la interpretación de la expresión pequeñas cantidades del artículo 4° de la ley 20.000 en la región de coquimbo entre los años 2005 y 2009*, Universidad de Chile.

PÉREZ (2018). *“Efectos de la Detención Indebida por la Posesión de Drogas, Callao 2017”*, Universidad Cesar Vallejo.

PRADO (2016). *El tratamiento penal de la posesión de drogas para el propio consumo en la legislación peruana*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

SEMBRERA (2017). *“Tratamiento legal de la posesión de dos tipos de drogas para el autoconsumo en el Ministerio Público de la Provincia Constitucional del Callao”*, Universidad Cesar Vallejo

SILVESTRE (2015). *“Ausencia de parámetros legales para determinar la cantidad de droga en el delito de posesión para el consumo”*, Universidad Rafael Landívar - Guatemala.

SIPIÓN Y MARRUFO (2011). *Incumplimiento normativo en la utilización de la prueba obtenida vulnerando el Derecho Constitucional de Inviolabilidad de Domicilio en el delito de micro comercialización de drogas en el Distrito de José Leonardo Ortiz, septiembre del 2010 - Julio del 2011*, Universidad Señor de Sipán.

✓ **Jurisprudencia**

- SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - EXPEDIENTE N° 07717-2020 13-PHC/TC LIMA – FUNDAMENTO DE VOTO DE RAMOS NÚÑEZ

✓ **Normativa**

- Constitución Política del Perú de 1993.
- Decreto Legislativo N° 635, Código Penal.
- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988
- El Plan de Acción Hemisférico sobre Drogas 2016-2020.

✓ **Enlaces**

- Informe Perú (drogasyderecho.org) recuperado el 21 de abril de 2021
- 1988Convention_S.pdf (incb.org) recuperado el 26 de abril de 2021
- La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (unov.org), recuperado el 28 de abril de 2021

Trujillo, junio de 2021