

DELIMITACIÓN Y DISTINCIÓN DOGMÁTICA DE LAS CONDUCTAS TÍPICAS EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

Dr. Omar Arpasi Manrique¹

PRIMERO: DE LOS VERBOS RECTORES PROMOVER, FAVORECER Y FACILITAR EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS – POSIBILIDAD INTERPRETATIVAS.

1.1 COMO UN TÉRMINO INDISTINGUIBLE:

El “promover, favorecer o facilitar” puede verse como un *totum* (Arpasi, 2019, p. 146), como una expresión inseparable de aplicación plena. Desde la idea precedente, Jiménez explica que “*la conducta de promover, favorecer o facilitar se «cerraba» a través de conductas concretas, de modo que había que tener el ánimo propio de promover, favorecer o facilitar y que la conducta supusiera objetivamente este tipo de actuación*”², resaltándose el número singular –“el que”- de la conducta; en similar postura, Jiménez Moriano nos de dichos verbos como un tipo objetivo³. También para Rey, las conductas castigadas deben estar dirigidas hacia aquellos tres verbos⁴, esto es, su dolo exige saber que se está promoviendo, facilitando o favoreciendo⁵, sin distinción de cuál en particular. Caro⁶, refiere que aquellos verbos suponen todo comportamiento que suponga una contribución al consumo.

Rosas hace referencia de tales verbos a modo de un término, el cual es un fin concreto por alcanzar, una intención, finalidad o propósito ulterior diferente⁷ -adicional, diríamos- al dolo de saber que se delinque -para Yacobucci, ultraintención⁸-; esto

¹ Abogado egresado de la Universidad Nacional de Piura. Magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Piura. Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Pedro Ruiz – Lambayeque. ExDocente universitario de la Universidad Alas Peruanas. Fiscal Provincial Antidrogas Titular en Tumbes, Piura, Lambayeque, La Libertad, Santa, Amazonas, Loreto, Ucayali, Puno, Apurímac. Actual fiscal provincial Antidrogas en San Martín. Expositor.

² Alfonso Jiménez Marín, “Formas imperfectas en los delitos de tráfico de drogas”. En *Boletín del Ministerio de Justicia* 61 (2007), 9 y 13.

³ Óscar Jiménez Moriano, *El delito de tráfico de drogas en España* (Madrid, Wolters Kluwer Legal & Regulatory, 2022), 60.

⁴ Huidobro, *Comentarios a la legislación penal*, 137; nociones que reprodujo en su obra de 1999, anteriormente citada, 22.

⁵ Frieyro Elícegui, *La participación y grados de ejecución*, 160 y 167; al igual que en su obra de 2017, página 51. De igual parecer, Mohamed Hammu, *Análisis jurisprudencial del delito de tráfico*, 18.

⁶ En Ambos, et al., *Drogas ilícitas y narcotráfico*, 177.

⁷ Rosas Castañeda, *Examen dogmático del delito de promoción*, 149. También en sus aportes de 2017, páginas 110, 134 y 137, y en *Los delitos de tráfico ilícito*, 249. Este propósito ulterior es mencionado, en la precedente obra, 251.

⁸ Fichter y Lorea Bonete, *Ánimo de tráfico*, 6.

significa, pretender con los actos de tráfico o fabricación de drogas expandir su consumo. García y Rey las engloban a modo de expresión⁹, y Pérez, a guisa de cláusula¹⁰.

Falcone, en ciertos momentos¹¹ alude a este querer “promover, favorecer, facilitar o difundir el tráfico de drogas”, sin hacer distinciones entre estos verbos, tanto más si la legislación argentina, no utiliza esta terminología.

En la doctrina española, el uso unívoco (los tres verbos juntos), parcial (tomando dos de los tres, en cualquier orden) o individual de los verbos resulta indistinto. Orts, refiere que el transportista, el intermediario, quien dona drogas “...*todos favorecen o facilitan el consumo de drogas*”¹²; y la donación es una forma de promoverlo o facilitarlo. Otro ejemplo rescatar De la Cuesta, para quien la donación podría promover, favorecer o facilitar el consumo¹³, también Jiménez, cuando afirma difícil pensar que cualquier acción dirigida a acercar el estupefaciente al consumidor no pueda subsumirse en alguno de los verbos generales de “promover”, “facilitar” o “favorecer”¹⁴.

Al galimatías precedente, Bretones considera que inclusive la doctrina no es pacífica en exponer qué conductas deben incluirse en este bloque¹⁵.

Joshi¹⁶, nomina tácitamente al término como “requisitos comunes” o “elementos comunes” de las conductas de tráfico y, de modo ya expreso, como elemento objetivo del tipo, mientras Muñoz habla del término como una expresión¹⁷, Agudo, Vallejo y Pérez les dan el alcance de verbos generales¹⁸, y Almanza¹⁹, de elementos descriptivos, pues a su criterio, las conductas de promoción, favorecimiento o facilitación difunden o expanden el consumo.

Joshi, si bien realiza una distinción gramatical entre aquellos, no desarrolla ideas que evidencien que sólo uno u otro deban ser aplicados para algún caso en concreto. Para Rodríguez, vender drogas es tanto un acto de tráfico, como uno de promoción,

⁹ García del Rio, *Tráfico ilícito de drogas*, 19. Rey Huidobro, *Comentarios a la legislación penal*, 66.

¹⁰ Pérez del Valle, *Complicidad y tráfico de drogas*, 587.

¹¹ Falcone, *Derecho Penal y Tráfico de Drogas*, 202, 203 y 211.

¹² Orts Berenguer, *Derecho penal*, 800 y 801.

¹³ De la Cuesta Arzamendi, *El marco normativo de las drogas*, 390. Así también con Ganzenmüller Roig, et al., *Delitos contra la salud pública*, 134 y 136, apreciándola como asimilable en aquellos verbos. Para mayor ilustración, y sólo respecto de la donación de drogas, otras la implican a las conductas de facilitación y favorecimiento, así, Acale Sánchez, *Salud pública y drogas*, 52. Fátima Teresa Lluch Ramírez, *El delito de tráfico de drogas: aspectos penales, procesales y administrativos* (Trabajo fin de máster, Universidad de Alcalá, 2016), 9. También la STS del 25 de marzo de 1993, comprende a la donación como una acción de promoción: Escrihuela, por su parte, la encasilla como un acto de favorecimiento. Escrihuela Chumilla, *Todo penal*, 1728). Adicionalmente, Pedreira González, et al., *-El delito de tráfico de drogas*, 33-, refiere que, por ejemplo, los actos de elaboración han de cumplir con promover, favorecer o facilitar el consumo.

¹⁴ Jiménez Marín, *Formas imperfectas en los delitos*, 16.

¹⁵ Francisco Javier Bretones Alcaraz, *El delito de tráfico de drogas. Cometido por personas que pertenecen a una organización delictiva* (Madrid, Dykinson, 2020), 96.

¹⁶ Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, 99 y siguientes; 176 y siguientes.

¹⁷ Muñoz Conde, *Derecho Penal*, 622.

¹⁸ Agudo Fernández, Jaén Vallejo y Perrino Pérez, *Derecho Penal aplicado*, 321.

¹⁹ Almanza Altamirano, *La configuración del delito de tráfico*, 1h40m10s y 1h43m. Por otro lado, Ganzenmüller Roig, et al., *Delitos contra la salud pública*, engloban a los tres términos como una “finalidad”.

favorecimiento o facilitación²⁰, y que otras formas de “promover, facilitar o favorecer” sería, verbigracia, el hacer propaganda o el prestar dinero para adquirir sustancias.

Ganzenmüller *et al.* son más expresos en el tema apreciado: “*Destaca la utilización que el legislador hace de los sinónimos, cuando hubiere bastado con utilizar cualquiera de ellos, pues entre los tres verbos sólo pueden establecerse discretas matizaciones*”²¹, y así también Queralt converge en la idea reseñada, al manifestar: “*...esas conductas de expansión aludidas han de interpretarse... en sentido ordinario, pese a su reiteración, pues cualquiera de los tres vocablos es igualmente omnicomprendido del fenómeno de la droga*”²².

El mismo tratamiento indiferenciado denota la jurisprudencia española, pues en su argumentación no precisa si un hecho corresponde ser clasificado en uno u otro verbo -o en todos juntos-, llegando a mencionar en algunas oportunidades sólo el verbo promover (Sentencia del Tribunal Supremo -en adelante STS- del 28 de octubre de 1996), el favorecer o facilitar (STSs del 28 de diciembre de 1996, 19 de octubre de 1996), los tres verbos juntos (STSs del 16 de octubre de 1991, 14 de abril de 1993, 16 de julio de 1994 y 7 de abril de 1992, que inclusive habla de “facilitar, favorecer y, en definitiva, promover”, a modo de graduación), la facilitación (STSs del 29 de mayo de 1993 y 22 de octubre de 1992), promoción y favorecimiento (STSs del 24 de marzo de 1994 y 08 de febrero de 1991) y el sólo favorecimiento. En otras resoluciones se habla de “favorecimiento o expansión” (STSs 1441-2000 del 22 de setiembre y 1439-2001 del 18 de julio). Es ilustrativa también la STS del 3 de marzo de 1987, que además explica lo extenso de la participación: “*...dichas conductas van guiadas por el designio de servir o de colaborar con el tráfico, haciéndolo posible y, en definitiva, favoreciendo o facilitando la difusión o consumo...*”. Se ve de ella, que los términos no son excluyentes, sino a lo más, referenciales.

Granados²³ menciona la STS 994/1995 del 14 de octubre, la cual refiere que “*aportar dinero para que otros trafiquen es participación que favorece*” al consumo, no aludiendo a si tal acto de financiar sea también -o no- un acto de promoción o facilitación.

La misma tendencia se aprecia en la jurisprudencia nacional, como podemos apreciar de la siguiente decisión (Recurso de Nulidad 1290-2001-Lambayeque, recopilada por Urquizo²⁴), en la que, luego de encontrar drogas en un domicilio, se intervino al proveedor de las sustancias, “*por lo expuesto, se tiene que los procesados se han dedicado a promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal*”.

Nuestra doctrina utiliza esta indiferenciada utilización de los verbos, así Laines²⁵, refiere que el tráfico de drogas consiste en “facilitar o promocionar” el consumo de drogas; o Lamas, que menciona indiferentemente, la promoción o la “promoción o

²⁰ Alicia Rodríguez Núñez, et al., *La parte especial del Derecho Penal* (Madrid, COLEX, 2012), 624.

²¹ Ganzenmüller Roig, et al., *Delitos contra la salud pública*, 153.

²² Queralt Jiménez, *Derecho Penal Español*, 717. A parecida conclusión llega también Almanza, en su aporte de 2020, 1h43m33s.

²³ Carlos Granados Pérez, *Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el Delito de Tráfico De Drogas* (Madrid, La Ley, 2007), 23.

²⁴ José Urquizo Olaechea, *Código Penal* (Lima, IDEMSA, 2011), 868.

²⁵ Laines Chaviguri, *Tráfico ilícito de drogas*, 23.

favorecimiento”²⁶. Cabe agregar que tampoco al resolverse un caso, se califican los hechos específicamente sobre algún verbo en particular, como lo ha anotado oportunamente Bramont – Arias²⁷.

Prado y Rosas, respecto de este término, consideran²⁸ que en la doctrina es visto tanto como elemento subjetivo especial (desde la opinión de Rey y Rodríguez), o como un resultado – consecuencia (a decir de Bacigalupo). Agregan además que la asunción de la primera postura llevaría a configurar el delito en un peligro abstracto, mientras que optar por la segunda, lo configuraría en uno concreto. Los primeros, de consuno con Bacigalupo y Bustos, consideran la perspectiva de un peligro concreto, en tanto, al legislador le hubiera bastado el mero acto de tráfico o fabricación para punir -peligro abstracto-, no obstante, al agregar un resultado (promover, favorecer o facilitar) se va más allá del peligro abstracto e incide ya en una zona más cercana a la lesión del bien protegido. Por el contrario, si se acoge al delito como uno de peligro abstracto, el término “promover...” es solo un elemento subjetivo diferente al dolo, requerido en la comisión del delito, pero que no lo configura o no exige su concreción.

Asumiendo una posición, estimamos que el término en realidad ocupa los espacios de resultado y además de dolo adicional. En cuanto a la consecuencia – resultado, no ha de entenderse en la misma como un objetivo a verificarse, sino uno verificable, en otras palabras, el resultado ha de ser posible, idóneo, alcanzable, mas no exige la configuración del delito, que se produzca. Haber incluido el término de marras tiene por finalidad que el acto realizado permita expandir el consumo. Respecto del dolo adicional, efectivamente, el agente no sólo deberá transportar sustancia ilícita sabiendo que lo hace, sino que además deberá completarse su acción conociendo él que tal actividad permite la expansión del consumo, y por ello se incluyen diversos alcances (promover, favorecer, facilitar) para que bajo cualquier óptica pueda ser factible expandir el consumo de drogas.

Vale traer a colación, las propias distinciones esbozadas por Roxin²⁹: “...en los delitos de peligro concreto la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado **realmente** en peligro en el caso individual. [...] En cambio, en los delitos de peligro abstracto, la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción **real** de un peligro” (Ennegrecido nuestro).

Visto así, siempre los delitos de tráfico de drogas se completan con la óptica de un peligro abstracto, pues el resultado exigido es también hipotético -también abstracto-, no real, y por ello tampoco se aproxima al peligro concreto.

²⁶ Lamas Puccio, *Tráfico ilícito de drogas*, 21.

²⁷ Bramont-Arias Torres y García Cantizano, *Manual de Derecho Penal*, 529.

²⁸ Prado Saldarriaga, *Reformas en la legislación*, 606 y 607. Rosas Castañeda, *Los delitos de tráfico ilícito*, 299 y 301.

²⁹ Citado por Francisco Figueroa, “Delitos de peligro”, Libro X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal (Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2010), 176.

1.2. POSIBILIDADES DE DISTINCIÓN

1.2.1. ARGUMENTO DE AUTORIDAD:

La doctrina nacional basa la distinción de tales verbos, desde la fórmula propuesta por Prado³⁰, quien a su vez recogió las ideas de Carbonell (1986). Desde un inicial punto de vista gramatical, se desarrolló una diferenciación entre aquellos, indicando que se promueve el consumo cuando éste no se ha iniciado³¹, que se favorece cuando se permite su expansión, y se facilita cuando se proporciona droga a quien está ya iniciado. Esta fórmula fue acogida mayoritaria y pacíficamente en nuestro país³², y también concretada en jurisprudencia, por ejemplo, las sentencias supremas 4619-2006-Chincha y 1458-2019-Lima.

Aun con el planteamiento propuesto, el propio autor nacional, al referirse a los actos de “promoción” en los insumos químicos³³ o en siembra de marihuana o amapola³⁴, refiere que son aquellos actos que predisponen o “favorecen” la realización de otros actos, pudiendo advertirse que la distinción planteada no es absoluta, confundiendo u homologándose términos supuestamente diferentes.

Otra intento de diferenciación es el propuesto por Peña³⁵, que la adoptó íntegramente de Sequeros (2000); y así, promover es iniciar una acción, favorecer implicaría ayudar y facilitar, sería mediar o intervenir para que alguien consiga una cosa, idea ampliada por Donna³⁶, que al verbo “iniciar”, incluyó el “adelantar” actos para iniciar la acción principal. Añade Peña además que promueve el que contribuye en forma decidida, con una contribución esencial, incluye el financiamiento y mediando en la entrega de insumos. A su criterio, favorece quien participa activamente en actos de elaboración (proveyendo instalaciones o ejecutando actos directos de producción o distribución). Finalmente, facilita quien hace posible los cometidos, sea allanando obstáculos o quien negocia con los custodios, o proveyendo instrumentos³⁷. Es de mencionar que esta precedente noción de favorecimiento es nominada por Prado más bien como facilitación, donde se aportan elementos o condiciones (logísticas o recursos

³⁰ Prado Saldarriaga, *Nuevo Proceso Penal*, 290. Distinción uniforme en su demás aportes de 2013 -página 607-; y de 2019 -página 393-.

³¹ Torio López, *Antinomias jurídicas e ideológicas*, 949.

³² Además de Prado, se tiene a: Juan Antonio Rosas Castañeda, “La posesión de droga para su tráfico ilícito. Examen dogmático del segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal”. En *Actualidad penal* 43 (2018), 123. Idea también replicada por este último en 2019, *Los delitos de tráfico ilícito de drogas*, 254, 258). Y también Meza Villar, *Cuerpo y subjetividad en las narrativas*, 49.

³³ Prado Saldarriaga, *Nuevo Proceso Penal*, 296. Así también, en la obra de 2017, antes reseñada -página 170-.

³⁴ Prado Saldarriaga, *Nuevo Proceso Penal*, 338.

³⁵ Peña Cabrera, *Curso elemental de Derecho Penal*, 69. Posición asumida también por Espinoza, en su obra de 2010 -página 100-.

³⁶ Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal. Parte Especial* (Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, 456.

³⁷ Este desarrollo de Peña es adoptado por otros autores, así, Laines, en su obra de 2018, -página 46-.

humanos)³⁸. Acale y Pedreira *et al.* diferencian³⁹ su posición con los anteriores planteamientos al sustentar que el favorecer es apoyar, y el facilitar es hacer posible algo.

Pese a la propuesta precedente, Peña concluye que en realidad no se advierte una gran distinción entre aquellos verbos, y para Almanza⁴⁰ ciertamente no la habría. Y es que no sólo no hay una verdadera diferencia entre las nociones precitadas, sino que la propia distinción de una complicidad necesaria o secundaria -ayuda en general- tampoco resulta plenamente definible, pues como refiriera Rey⁴¹, la distinción de estas figuras plantea indudables problemas de carácter aplicativo debido a la numerosa cantidad de situaciones concretas que en el delito en particular se pueden presentar.

A diferencia de los autores citados, Lorenzo y Luengo, proponen⁴² que la promoción está incurso en los actos de propaganda, ofertas y otros, conforme a normas administrativas anteriores.

Con específica atención al verbo facilitar, Rey⁴³ enuncia dos distinciones del término, una genérica, correspondiente a la facilitación al consumo, y una más específica, correspondiente a la facilitación de drogas, como directa entrega o suministro de sustancia a menores; lo que nomina Tazza⁴⁴ como tráfico impropio. Aún con esta distinción existió jurisprudencia española que asimiló la frustrada entrega de droga a menores como una facilitación *in genere* al consumo (STS del 25 de marzo de 1993).

1.2.2. OTROS INTENTOS DE DISTINCIÓN:

A. ROSAS CASTAÑEDA: Proyecta⁴⁵ una distinción para los tres verbos, promueve quien crea bases para iniciar operaciones o mejora su desarrollo, sin participar directamente en aquel, facilita el que apoya en la expansión del negocio, y favorece quien de alguna manera hace más fácil el consumo de drogas. Como apreciamos, estas nociones no zanján la distinción, pues en promover incluye tanto a autores como cómplices *lato sensu*, mientras que para favorecer o facilitar, no sólo se dan criterios también difusos, sino que un hecho concreto podría recalar en cualquier supuesto, y el autor, en estas diferenciaciones, tampoco las desarrolla en supuestos fácticos. Con relación a esta postura, en ciertos apartados, dicho autor habla de tales verbos como actos⁴⁶ que se incardinan con los otros actos de fabricación y tráfico, y en otros pasajes, de un “*elemento*

³⁸ Prado Saldarriaga, *Nuevo proceso penal*, 297.

³⁹ Acale Sánchez, *Salud pública y drogas*, 48. Pedreira González, et al., *El delito de tráfico de drogas*, 37.

⁴⁰ Almanza Altamirano, *La configuración del delito de tráfico ilícito*, 1h38m38s.

⁴¹ Rey Huidobro, *El delito de tráfico de drogas*, 177.

⁴² José María Lorenzo Salgado, *Las drogas en el ordenamiento penal español* (Barcelona, Bosch, 1983), 113. También Luengo Celadilla, *Estudio doctrinal y jurisprudencial*, 54. Similar opinión esboza Molina, en su obra de 2005 -página 109-.

⁴³ Rey Huidobro, *Comentarios a la legislación penal*, 212.

⁴⁴ Tazza, *El comercio de estupefacientes*, 58.

⁴⁵ Rosas Castañeda, *Criterios para la distinción de los comportamientos*, 129. Posición uniforme en sus aportes, así en *Los delitos de tráfico ilícito*, 251.

⁴⁶ Rosas Castañeda, *Los delitos de tráfico ilícito*, 257, 305 y 308. La descripción como elementos subjetivos, en las páginas 301 y 309. La descripción como consecuencia, en la página 309, ello pese a que este autor no comparte en esta obra la visión de los verbos como resultado o consecuencia.

subjetivo diferente al dolo, requerido en la comisión del delito, pero que no lo configura”, y en líneas aparte, de una consecuencia.

Para Molina, desde otra perspectiva, el tráfico es un acto de favorecimiento, mientras que el cultivo y la elaboración devienen en actos de facilitación⁴⁷. Para otros autores, la promoción pone en marcha la expansión del consumo, pero adicionan como promotor, al que, sin ejecutar directamente el delito, garantizan el menudeo.

Oportuno es considerar también, aunque analizado desde otro delito -Trata de Personas- la distinción recogida en el Acuerdo Plenario 03-2011, donde la promoción, implica un comportamiento que estimule, instigue, anime o induzca el favorecimiento; y la facilitación, involucra todo acto de cooperación, ayuda o contribución.

B, COMO GRADOS DE PARTICIPACIÓN:

Más allá del concepto unitario de autor (cómplice igual a autor, ergo, similar tipo penal y similar pena), podríamos decir⁴⁸ que “promover” es adecuado a la conducta cometida por un autor *sensu strictu*, en “favorecer” encajarían actos pertenecientes a cómplices primarios, y “facilitar” se destinaría a los actos propios de un cómplice secundario. Como ejemplo, podría decirse que el dueño de la droga promovería el tráfico, una persona que prestara su laboratorio rústico para elaborar droga favorecería el tráfico, y alguien que acoge en su hogar a un traficante o a un burrier, lo facilitaría. Bajo esta perspectiva, por ejemplo, a criterio de Laje, el facilitar lugar o elementos para el tráfico de drogas, resulta una complicidad secundaria⁴⁹, o, en cualquier caso en el que se advierta la poca relevancia de su intervención, como ilustra Joshi⁵⁰.

Blanco describe casuística considerada en España como complicidad necesaria – lo que desde esta óptica sería favorecer-, así: la participación de los pilotos en navíos con droga, el guardar la sustancia de terceros, el intermediar en el negocio⁵¹, entre otros. En cuanto a complicidad secundaria -en esta óptica, facilitar-, alude este autor a la persona que indica el lugar de expendio de drogas, o al que acompaña al comprador a dicho lugar, en consonancia además con la STS de 9 de julio de 1987.

En estos niveles de participación, se puede incluir la ocultación ocasional y de periodo brevísimo de una pequeña parte de droga (STS de 30 de mayo de 1991, 30 de mayo de 1997 y 15 de octubre de 1998), o la ayuda que presta quien no es dueño de droga a otra persona poseedora para que intentase hacerla desaparecer ante la intervención policial inmediata (STS de 16 de junio de 1995).

Si bien esta opción no guarda plena coincidencia en la doctrina, se tiene la opinión rayana de Molina y Luengo, pues para ellos⁵² el favorecer y el facilitar son conductas de auxilio, ora al que promueve, ora al consumidor. Resulta oportuno citar las análogas ideas de Donna⁵³, para quien en los delitos relativos al proxenetismo, el promotor impulsa la

⁴⁷ Molina Pérez, *El elemento objetivo y subjetivo*, 108.

⁴⁸ Arpasi Manrique, *El tipo base del delito de tráfico*, 147.

⁴⁹ Laje Anaya, *Narcotráfico y Derecho Penal*, 139.

⁵⁰ Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, 253.

⁵¹ Bianco, *Narcotráfico y estupefacientes*, 386 y 387.

⁵² Molina Pérez, *El elemento objetivo y subjetivo*, 109. Luengo Celadilla, *Estudio doctrinal y jurisprudencial*, 54.

⁵³ Donna, *Derecho Penal*, 457 y 458.

creación de un estado –de corrupción-, mientras que el facilitador es un partícipe en la acción creada, y así, toda cooperación implica facilitación, mas no tiene un dominio del hecho como el promotor.

Un excepcional pronunciamiento judicial –que además va contra el espíritu de la norma antidrogas- se estableció en el Recurso de Nulidad 2389-2018-Nacional, en el cual fue considerado cómplice secundario quien alquiló su inmueble para que terceros acondicionen droga en madera; bajo tal condición empero, fue reducida su pena bajo los alcances generales penales.

A mayor abundamiento, Sequeros⁵⁴ explica que con aquellos verbos se equiparan la cooperación necesaria con la simple complicidad, mientras que la STS del 27 de marzo de 2004, refiere que los tres verbos aportan al traficante principal la posibilidad de tráfico. En línea con lo desarrollado, Prado⁵⁵ buscaba que en el Decreto Legislativo 122, se redujera la sobrecriminalización, atenuando por ejemplo las penas a los cómplices secundarios, a quienes se les excluyó tal posibilidad por norma expresa.

Esta posible distinción, tendría cierta base gramatical. Promover, para la DRAE, significa impulsar, y, desde el propio argot jurídico, denota tomar la iniciativa; así, autor resultaría aquel que toma la iniciativa, impulsa o inicia su propio delito particular.

Favorecer, significa apoyar, amparar o ayudar -actividades pertenecientes al auxilio contenido del 25, primer párrafo del Código Penal-, insumos de calificación para complicidad primaria. Facilitar, por su parte, significa particularmente, tanto hacer posible la ejecución de algo, como proporcionar o entregar algo -actividades rayanas al “de cualquier otro modo, prestar asistencia” del segundo párrafo del artículo 25-, insumos para la calificación de un cómplice secundario.

Si bien expresamente Balladares⁵⁶, no asume este criterio de distinción, sí asume una distinción afín entre estos verbos, diferenciándolos también desde el punto de vista gramatical, para castigar el promover el consumo mediante la fabricación, el favorecer el consumo mediante la fabricación, o el facilitar el consumo mediante la fabricación, considerándose así tres subconductas diferentes. Vale agregar que, curiosamente, el autor no realizó esta separación de verbos para con los actos de tráfico (promover el consumo mediante tráfico, favorecer el consumo mediante tráfico, o facilitarlo mediante tráfico).

Abonando a esta perspectiva, Araujo⁵⁷, considera que favorecer y facilitar son formas de participación accesoria, al igual que varios autores más, quienes anotan que tales verbos implican en sí la complicidad reglada por la parte general penal, por lo que, con ello, el juzgador ya no analiza la parte general, como concluye Vivanco⁵⁸.

C. OTRAS POSIBLES DISTINCIONES

⁵⁴ Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas*, 97.

⁵⁵ Prado Saldarriaga, *El tráfico de drogas*, 402.

⁵⁶ Balladares Aparicio, *El delito de tráfico ilícito*, 93.

⁵⁷ Citado por Rosas Castañeda, *La posesión de droga para su tráfico*, 162. Rodríguez Núñez, et al., *La parte especial del Derecho Penal*, 625. Rosas, en la precitada obra -171-; y en, *Los delitos de tráfico ilícito de drogas*, 253.

⁵⁸ Vivanco Murillo, *El principio de lesividad*, 48.

Desde un panorama paralelo -trata de personas-, Montoya, en cierto modo, asume también esta forma de graduación, pues encaja los actos de promoción en la inducción o instigación, conforme el artículo 24 del Código Penal, y los de favorecer y facilitar, como una complicidad, desde el artículo 25⁵⁹. Enfoque afín es el que describe Bramont-Arias, con relación al promover; mientras que, para él, homogéneamente, tanto el favorecer como el facilitar allanan obstáculos⁶⁰, así también, Pérez, quien considera tanto el favorecer y el facilitar, como formas de cooperación⁶¹. A criterio de Creus, promueve el que con su iniciativa -en caso de trata-, busca conseguir que la víctima asuma el estado de prostitución, lo mantenga o intensifique, y “facilita” aquel que elimina obstáculos en la ejecución del delito o suministra medios para dicha ejecución⁶². Un acto singular es enunciado por Torio, quien considera que entregar un cigarrillo de marihuana a petición de otro, es una acción formal del tipo penal, un acto de facilitación⁶³.

En una similar distinción, Prado⁶⁴ engloba a la promoción como inducción, al favorecimiento como expansión o generación de condiciones favorables en el delito, o también un aporte prescindible y eventual, mientras que la facilitación resultaría en una colaboración material o intelectual.

Visto minuciosamente, una eventual distinción entre los tres verbos del artículo 296 resulta difícil de enunciar, y más aún, una eventual aplicación excluyente de un verbo sobre los otros dos, resulta aún más improbable, por ello algún sector en la doctrina nacional ha advertido en cierta forma esta dificultad, así, podemos leer con Prado, que la facilitación involucra cualquier forma de colaboración⁶⁵, y para Ambos⁶⁶, que los términos promover y favorecer son muy parecidos y apenas podrían ser delimitados. Igualmente, Pérez⁶⁷ considera que con la forma de configuración legal se impide siquiera aproximar a la distinción entre la complicidad necesaria y no necesaria. Aunado a lo descrito, Bascur, utiliza indistintamente el favorecer o facilitar como formas de complicidad, sin precisar tampoco si alguna se vincule a la complicidad primaria o a la secundaria⁶⁸. Para Molina, los actos de cultivo o elaboración son actos de favorecimiento o facilitación⁶⁹. Así también, en Chile, Politoff⁷⁰, considera que el financiamiento es una actividad inserta en el inducir, promover o facilitar el consumo.

⁵⁹ Julio Rodríguez Vásquez, e Yván Montoya Vivanco, *Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación. Dirigido a juezas y jueces penales* (Lima, PUCP, 2020), 70 y 98.

⁶⁰ Luis Alberto Bramont-Arias Torres, “Recientes modificaciones en la tipificación de los delitos de tráfico ilícito de drogas”. En *Actualidad Jurídica* 117 (2003), 72.

⁶¹ Pérez del Valle, *Complicidad y tráfico de drogas*, 590. O formas de participación, tal como precisa Lorenzo Salgado, *Las drogas en el ordenamiento penal*, 112 y 123.

⁶² Carlos Creus y Jorge Eduardo Buompadre, *Derecho penal. Parte especial. Tomo I* (Buenos Aires, Astrea, 2007), 234. Igual consideración expresaba Donna, *Derecho Penal*, 457.

⁶³ Torio López, *Antinomias jurídicas e ideológicas*, 943.

⁶⁴ Prado Saldarriaga, *Política criminal nacional*, 62 y 63.

⁶⁵ Prado Saldarriaga, *Derecho penal y política criminal*, 398.

⁶⁶ Ambos, *Acerca de los intentos de control*, 409.

⁶⁷ Pérez del Valle, *Complicidad y tráfico de drogas*, 606.

⁶⁸ Bascur Retamal, *Consideraciones sobre la delimitación*, 178, 206, 213 y 218.

⁶⁹ Molina Pérez, *El elemento objetivo y subjetivo*, 103.

⁷⁰ Politoff Lifschitz, et al., *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, 579.

A consecuencia de la poca revisión dogmática de esta parte del artículo 296, Peña Cabrera concluyó que “...de cierta forma se asemejan a conductas propias de instigación y de complicidad, pues promover, importa determinar a otro a la realización de una determinada conducta...”⁷¹.

Joshi planteó una distinción particular afín, al referir que la elaboración, tráfico y posesión describen conductas de autoría, y las de promoción, favorecimiento y facilitación, conductas de inducción y cooperación⁷². Sobre este segundo aspecto, coinciden también Prado y Pérez⁷³, al desarrollar esta idea consideran que el cooperador necesario y el inductor posibilitan la lesión, mientras que el cómplice sólo la favorece.

Otra particular noción se recoge en la STS del 27 de marzo de 2004, por la cual tanto los actos de promoción, como los de favorecimiento y facilitación, consisten en aportar al traficante principal la posibilidad del tráfico. A la diversa clasificación reseñada se suma también la de Diez, quien explica que los supuestos de inducción, cooperación necesaria y complicidad se tipifican de modo específico con los términos de participación⁷⁴.

Una diferente propuesta es la aportada por Berrú, Manrique y Castellares, quienes asumen que la facilitación implica el suministrar, proveer o abastecer, el favorecimiento, colaborar, auspiciar o amparar y la promoción, el impulsar, lanzar, fundar⁷⁵.

También Espinoza planteó su particular apreciación⁷⁶, considerando que promover, consiste en iniciar y procurar que aumente el consumo ilegal; favorecer implica que el narcotraficante ayuda, apoya, ampara, socorre en el incremento del narcotráfico, y facilitar, consiste en la entrega y la proposición de hacer posible el consumo.

En la legislación guatemalteca, se tipifica tanto el tráfico, como la promoción o estímulo, la promoción y fomento, y la facilitación de medios. Reseña Córdón⁷⁷, que el tráfico y la facilitación de medios, convergen en el transporte, sin embargo, su jurisprudencia las ha delimitado en atención a la poca cantidad y actividad descubierta, así, de ser exigua se calificará tal transporte como facilitación de medios, pero de ser mayor, será considerado un típico tráfico.

Finalmente, la legislación argentina tipifica al facilitar desde una perspectiva diferente a las reseñadas, considerando al que, sin entregar directamente las drogas, permite su aprehensión o las pone al alcance de otros⁷⁸, lo que vendría a ser un facilitar específico.

⁷¹ Peña Cabrera, *Curso elemental de Derecho Penal*, 69. Igual consideración sostiene, Laines Chaviguri, *Tráfico ilícito de drogas*, 45.

⁷² Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, 180 y 251.

⁷³ Prado Saldarriaga, *Derecho penal y política criminal*, 398. Pérez del Valle, *Complicidad y tráfico de drogas*, 588 y 590.

⁷⁴ Diez Ripollés, *Estudios penales y de política criminal*, 761.

⁷⁵ Berrú Marreros, Manrique Bustos y Castellares Puente, *Realidad peruana en el delito de tráfico*, sin página.

⁷⁶ Espinoza Vásquez, *Delito de narcotráfico*, 146 y 147.

⁷⁷ Citado por Ambos, et al., *Drogas ilícitas y narcotráfico*, 247.

⁷⁸ Laje Anaya. *Narcotráfico y Derecho Penal*, 109. Término –“facilitación específica”- enunciada por Sequeros, en su obra de 2000 -164-.

SEGUNDO: DELIMITACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA DEL TRÁFICO DE DROGAS:

2.1 Los actos de tráfico como conducta típica

Un importante sector doctrinal⁷⁹ estima que la acción típica punible abarca los actos de fabricación y los actos de tráfico de drogas, que como consecuencia de su realización logran promover, favorecer o facilitar el consumo de drogas, y así, la promoción y demás, son resultados⁸⁰ de la fabricación y el tráfico, pues estos posibilitan⁸¹ el consumo. Iguales apreciaciones se recogen de Prieto⁸² y de la STS del 25 de setiembre de 1974, al considerar que el denominador común de las conductas es que tiendan a promover, favorecer o facilitar. Igualmente, para Ramírez⁸³ los verbos rectores son los actos de fabricación y tráfico, mientras que el promover y demás constituyen su finalidad, configurada como un dolo adicional⁸⁴. La posición antedicha encuentra además cierto basamento en la leve definición que la Convención de 1971 asigna al tráfico⁸⁵, la cual incluye en dicha conducta, al cultivo (Artículo 1, parágrafo 1, literal L), la fabricación y el propio tráfico (Artículo 1, parágrafo 1, literal J).

En línea con el parágrafo precedente, Muñoz, considera que el centro de gravedad recae en que los actos de cultivo, elaboración o tráfico, “promuevan, favorezcan o faciliten el consumo⁸⁶. Prado, en esta misma perspectiva, añade que aquellos actos de fabricación o tráfico se relacionan con los verbos enunciados en el Decreto Ley 22095⁸⁷.

En el año 1983, Espinoza, respecto del tráfico de drogas en Perú, consideró dos grandes categorías jurídicas: la fabricación y la comercialización, las que a su criterio se

⁷⁹ García del Río, *Tráfico ilícito de drogas*, 46 y en *Derecho penal. Parte especial II* (Lima, Ediciones Legales: San Marcos, 2009), 465. Rosas, *Los delitos de tráfico ilícito de drogas*, 253. Caro, en Ambos, et al., *Drogas ilícitas y narcotráfico*, 56. Legislación peruana sobre tráfico ilícito de drogas, 1996. Fernández Bermejo y Gorgonio Martínez Atienza, *Código Penal*, 743. Así también, Almanza, en la exposición precitada, 13m20s, 14m35s 1h09m45s; quien, contrariamente, luego refiere que las conductas son el promover y demás, 1h31m44s.

⁸⁰ Entre muchos: Ríos Candio, *Precisiones interpretativas*, 133. Frisancho Aparicio, *Drogas y ley penal*, 111. Flavio García del Río, *Tráfico ilícito de drogas* (Lima, Iberoamericana, 2002), 465 y 466. Peña Cabrera, *Curso elemental de Derecho Penal*, 71 y 75. Acostupa Huallparimachi, *El delito de tráfico ilícito*, 131 y 133. Vega Cisneros, *El delito de Tráfico ilícito*, 328. Prado Saldarriaga, *Nuevo Proceso Penal*, 288 y 366. Torio, citado en Amezúa, et al., *Delitos contra la Salud Pública*, 519.

⁸¹ Prado Saldarriaga, *Reformas en la legislación*, 606.

⁸² Citado en Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas*, 98.

⁸³ Óscar Ernesto Ramírez Franco, *Comentarios a la figura básica conexas de tráfico ilícito de drogas: Arts. 296 al 303 del Código penal* (Lima, T-COPIA S.A.C., 2004¿?), 16 y 17. Rosas Castañeda, *Criterios para la distinción de los comportamientos*, 126 y 137. Meliza Espinoza Hilario, et al., “Breve análisis del delito de tráfico de drogas en la legislación peruana”. En *Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis* 4 (2018), 94. Finalmente, Rodríguez, citado por Ganzenmüller Roig, et al., *Delitos contra la salud pública*, 123.

⁸⁴ Laines Chaviguri, *Tráfico ilícito de drogas*, 44.

⁸⁵ Lamas Puccio, *Tráfico ilícito de drogas*, 87.

⁸⁶ Muñoz Conde, *Derecho Penal*, 621.

⁸⁷ Prado Saldarriaga, *Nuevo proceso penal*, 290.

integran y correlacionan dialécticamente, formando la unidad del tipo penal básico, que además tiene un contenido abierto⁸⁸.

Bajo ese panorama, el concepto de tráfico equivale a transmisión de una cosa a otra u otras personas, es decir, a traslación de la propiedad o posesión, gratuita (como la donación, STS de 6 de abril de 1989, 6 de junio de 1997) u onerosamente, total o parcialmente, directa o indirectamente, siempre y cuando, claro está, la transferencia implique promoción o favorecimiento del consumo de drogas.

A. **Los “verbos” promover, favorecer o facilitar:**

Para un segundo grupo doctrinario, la punición no recae en los actos de fabricación o los de tráfico, sino en la promoción, el favorecimiento y la facilitación. Ríos⁸⁹ plantea que, a diferencia de nuestra legislación, donde a su parecer las conductas son los actos de fabricación y tráfico, España asume que esos actos son ejemplos de cómo se promovería, favorecería o facilitaría el consumo, siendo éstas las conductas nucleares. De igual parecer es Luzón, para quien la conducta consiste en ejecutar actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promover, favorecer o facilitar⁹⁰.

A consideración de Frieyro, Kcomt⁹¹ y otros⁹², el núcleo del ilícito criminal se sitúa en las conductas de promoción y demás. Bajo esa perspectiva, De la Cuesta propone dos grandes bloques punitivos⁹³, tráfico en sentido amplio, que incluye cualquier modo de promover y demás, y la posesión con estos fines.

Paralelamente, para Ganzenmüller *et al.* y otros autores⁹⁴, el tráfico y la fabricación constituyen medios para promover, favorecer o facilitar el delito, pues estos devienen en la conducta típica, o, como precisa Morillas, son su concreción. A similar conclusión arriban Teresa Molina y María del Carmen Molina⁹⁵, para quienes lo nuclear son las actividades de difusión (promover, favorecer y facilitar), realizadas mediante la fabricación, el tráfico u otro modo, indicando que, si se opta legislativamente por focalizar la fabricación y el tráfico, se realiza por la consideración expresa de punir todo el ciclo de drogas. Igualmente, Landrove postula que el centro de gravedad no recae en los actos

⁸⁸ Espinoza Vásquez, Delito de tráfico de drogas narcóticas, 283. Con relación a la primera categoría, Acale plantea que el cultivo y la elaboración constituyen la primera fase del delito, tal como refiere en su obra de 2002 -40-.

⁸⁹ Ríos Candio, *Precisiones interpretativas*, 132.

⁹⁰ Luzón Cuesta, *Compendio de Derecho Penal*, 250. Por su parte, Guillén López y Alvarado Martínez, *La condición del sujeto activo como agravante -184-*, asumen que la legislación antidrogas española acoge un modelo de fórmulas generales.

⁹¹ Romy Chang Kcomt, *Aspectos dogmáticos en el delito de tráfico ilícito de drogas* (Lima, Justicia TV, 2018) [Video, 46m30s].

⁹² Frieyro Elícegui, *La participación y grados de ejecución*, 778; al igual que en su obra de 2017 -44-. Granados Pérez, *Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 25. Laines Chaviguri, *Tráfico ilícito de drogas*, 43.

⁹³ De la Cuesta Arzamendi, *La política criminal*, 95.

⁹⁴ Ganzenmüller Roig, et al., *Delitos contra la salud pública*, 85 y 153. Serrano Gómez y Serrano Maillo, *Derecho Penal*, 602. Luzón Cuesta, *Compendio de Derecho Penal*, 326. Altava Lavall, *La tipificación del delito de Narcotráfico*, 1150. Balladares Aparicio, *El delito de tráfico ilícito*, 99. Morillas Cueva, *Estudios jurídico-penales*, 30.

⁹⁵ Molina Pérez, *El elemento objetivo y subjetivo*, 107. Molina Mansilla, *El delito de tráfico de drogas*, 284.

de fabricación o tráfico, sino que esos actos promuevan y favorezcan el consumo de sustancias⁹⁶.

En suma, para la posición antes enunciada, los actos de tráfico y elaboración no son más que arquetipos legales o maneras ejemplificativas del promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal⁹⁷, son sus formas expresas⁹⁸, o una mera descripción enumerativa⁹⁹.

B. Otras posibles distinciones:

Joshi propone como conductas típicas expresas, los actos de cultivo, de elaboración de tráfico y, de otro lado, y como carácter residual, toda otra forma de promover, favorecer o facilitar¹⁰⁰.

Pastor¹⁰¹ propone que la conducta nuclear es el tráfico, y la promoción, favorecimiento y demás son formas de participación, convertidas en autoría.

Desde la interesante visión de Jiménez¹⁰², las conductas vinculadas al delito en examen se agrupan en aquellas que tienden a favorecer el consumo (cultivo y elaboración), y aquellas que contribuyen a su expansión (tráfico, promoción y otros).

Martínez¹⁰³ abarca como conductas típicas, los actos de creación, tráfico y, fomento, que abarcan el promover, favorecer o facilitar.

Una posición completamente diferente a las descritas es la plasmada por Espinoza y Blanco, para quienes existen tanto actos de fabricación y de tráfico, como actos de promover -fabricación y tráfico-, actos de facilitar o actos de favorecer¹⁰⁴.

2.2. Posición Personal:

Nuestro primer párrafo del artículo 296, engloba como verbos rectores, no al promover, favorecer o facilitar, sino a los actos de fabricación y los actos de tráfico. Como se ha sostenido precedentemente, el promover y demás, son los resultados buscados al realizar un acto de tráfico -un acto jurídico interpartes¹⁰⁵-, al vender o transportar una sustancia -acto de tráfico-, tal acto conllevará una difusión o expansión del consumo de drogas.

Por lo demás, desde una técnica jurídica, los términos promover y demás resultan además muy gaseosos, no son pasibles de ser considerados fácticamente y resultan excesivamente elásticos, por lo que cualquier conducta, aún la más lejana a un típico acto

⁹⁶ Landrove Díaz, *Tráfico de drogas y represión*, 247.

⁹⁷ Acale Sánchez, *Salud pública y drogas*, 30 y 32.

⁹⁸ Pedreira Gonzáles, et al., *El delito de tráfico de drogas*, 29 y 41.

⁹⁹ Amezcua, et al., *Delitos contra la Salud Pública*, 188. También se les suele considerar "enumeración sin carácter exhaustivo", en Molina Pérez, *El elemento objetivo y subjetivo*, 108, para quien abarcan desde su inicio -cultivo- hasta su fin -tráfico-.

¹⁰⁰ Citada en Corcoy Bidasolo, et al., *Derecho Penal*, 626. Así también en la edición de 2011 -651-.

¹⁰¹ Citado en Frieyro Elícegui, *El delito de tráfico de drogas*, 43.

¹⁰² Jiménez Moriano, *El delito de tráfico de drogas*, 49.

¹⁰³ Citado en Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas*, 98.

¹⁰⁴ Espinoza Vásquez, *Delito de narcotráfico*, 175. Blanco, *Narcotráfico y estupefacientes*, 388.

¹⁰⁵ Borja Jiménez, *El delito del tráfico de drogas*, 6.

de tráfico, podrá forzosamente ser incluida como propia del narcotráfico, y aun cuando tal horizonte ha sido el inicialmente considerado en la génesis de estos tipos penales, ha de reconocerse un cierto margen de razonabilidad y proporcionalidad.

Este planteamiento, además, forma parte de la legislación nutricia a la nuestra, pues el actual tipo penal vigente español establece: “*Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo de drogas...*”, con lo que se contaría con circunstancias fácticas concretas -actos de tráfico-, y se eliminaría toda posibilidad de considerar la promoción y demás, como verbos, apreciándolas sino como resultado de aquel acto de tráfico.

Además de la fuente directa -España- de donde tomamos la punición en análisis, la mayoría de las legislaciones -tanto americanas como europeas- utilizan verbos concretos en la formación de tipos penales. Esta situación se refleja también de los convenios internacionales que utilizan similares verbos -corretaje, depósito y otros-, así como de nuestras propias normas predecesoras (Decreto Ley 11005, Decreto Ley 22095, artículo 89.7 y Decreto Legislativo 122).

Habida cuenta que el derecho no puede cubrir todo supuesto fáctico, las variantes “actos de fabricación” o “actos de tráfico” alcanzan suficientemente sus respectivas posibilidades, pues en la realidad una venta es el acto de tráfico por antonomasia, el transporte es también un ejemplo de circulación -*traffigare*-, el almacenamiento forma parte del circuito ilícito; y así, inductivamente, todo acto que sea idóneo para la circulación de la sustancia ilícita, será absorbido en el término “actos de tráfico”.

Agregamos que esta opción se acopla también con la descripción del segundo párrafo, pues allí la posesión que se castiga es aquella realizada “con fines de tráfico” y no con fines de promoción y demás.

Con fines ejemplificativos o referenciales, las normas predecesoras utilizan verbos que pueden ser tomados en imputaciones y que desarrollan el “acto de tráfico” que nuestro artículo 296 acoge.

TERCERO: CRITERIOS DE DISTINCIÓN DEL PRIMER Y SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 296

Es este otro de los puntos poco dilucidados a profundidad por la doctrina, y tal como refiere Rosas¹⁰⁶, se advierte una falta de delimitación entre los comportamientos que han de recaer, ora como tráfico, ora como posesión para el tráfico, siendo esta última acción a veces incluso omitida en el desarrollo dogmático¹⁰⁷. Lo descrito no sólo merece atención por cuestiones dogmáticas, sino que, apreciada la indefinición de ambos párrafos, pueden degenerar en tipos penales manipulables¹⁰⁸, sometidos a la discrecionalidad judicial o fiscal, circunstancia que ha sido también evidenciada por Torres, para quien existe distinta interpretación entre las autoridades y funcionarios

¹⁰⁶ Rosas Castañeda, *Criterios para la distinción de los comportamientos*, 113.

¹⁰⁷ Así ocurre, verbigracia, en el desarrollo teórico de Bramont-Arias Torres y García Cantizano, *Manual de Derecho Penal*, 529.

¹⁰⁸ Torio López, *Antinomias jurídicas e ideológicas*, 948.

policiales, los fiscales y los jueces¹⁰⁹, de allí que para Linares los vacíos e imprecisiones de la ley penal generan incertidumbre y luego arbitrariedad¹¹⁰.

En primer orden, al igual que en la actualidad española, nuestro original artículo incluía los de promoción, favorecimiento y además la posesión con fines de tráfico en una sola oración, no analizándose en los hechos si tales conductas eran distinguibles y menos que merezcan una punición diferente.

Si bien fueron criterios de proporcionalidad los que motivaron a la lenidad de la posesión, excluyéndola del primer párrafo, establecida con la reforma de la Ley 28002, no dejó clara tal reforma qué supuestos¹¹¹ se tratan con la posesión. Con Espinoza¹¹², coincidimos en considerar que se separó posesión para una mejor tipificación, mas no se desarrolló o fundamentó tal idea. En ese contexto, la Comisión designada por el Ministerio de Justicia –conformada por Lamas Puccio, Prado Saldarriaga y otros miembros-, aluden en el Anteproyecto publicado en el Diario El Peruano, el 17 de junio de 2001, a la necesidad de adecuar la penalidad de estos delitos a criterios de proporcionalidad, y así, a su criterio, el primigenio artículo 296, contenía 3 tipos diferentes, la promoción y demás, la posesión y el comercio de insumos químicos; “*que por sus propias características y niveles de antijuridicidad no pueden ser sancionados con la misma penalidad*”¹¹³, siendo uno de los problemas de esta legislación el trato unificado “*de conductas punibles con distinto nivel de antijuridicidad*”, sin distinguir grados de afectación del bien jurídico protegido. Del documento antedicho, no se especificó en qué modo los niveles de antijuridicidad diferían, o cuáles eran los criterios de graduación.

Durante los debates legislativos que acogieron el citado anteproyecto, los congresistas Maldonado Reátegui, Higuchi Migayawa y De la Mata de Puente, manifestaron que la promoción era un delito diferente al de la posesión, y afectaban en diversa manera al bien jurídico -reproduciendo los alcances de la Comisión-, empero, tampoco especificaron en sus participaciones de qué manera o por qué había tal diversidad¹¹⁴.

La propia legislación española mantiene no solo a la fecha el mismo parámetro punitivo para todas las conductas, sino que además hay autores que sostienen que con “*la adquisición y compra no se afecta de manera diversa que con la posesión los bienes jurídicos tutelados*”¹¹⁵, habiendo empero planteamientos que consideran de menor injusto

¹⁰⁹ Torres Agurto, *Contenidos, retos y propuestas*, 7.

¹¹⁰ Daniel Linares Avilez, “Sobre el límite entre la comercialización y la posesión de marihuana para el propio consumo: Actos típicos y supuestos de atipicidad”. En *Gaceta Penal & Procesal Penal* 65 (2014), 122. De consuno además con jurisprudencia muy nebulosa, así San Martín, en su artículo de 1992, 155; que, en ocasiones, complejizan aún más el tema, conforme recuerda, Castillo Maximiliano, *La tipificación del narcotráfico*, 65.

¹¹¹ Conductas concretas refirió Arpasi Manrique, *El tipo base del delito de tráfico*, 147. Observación también descrita por Ríos, en su artículo de 2009 -113-.

¹¹² Espinoza Zevallos, *Enfoque legal del Tráfico Ilícito*, 95.

¹¹³ Lamas Puccio, et al., *Anteproyecto de Ley que modifica la legislación*, 3.

¹¹⁴ Congreso de la República. (30 de abril de 2003). Diario de Debates – Segunda Legislatura Ordinaria. Boletín Oficial.

¹¹⁵ Manuel Villegas Gómez, *La necesidad de tipificar el delito de narcotráfico como delito contra la seguridad de la nación* (Tesis de licenciatura, Universidad Villa Rica – México, 2001), 69.

la posesión por tratarse de un acto preparatorio, no principal¹¹⁶, o por ser un acto sin acreditación de finalidad¹¹⁷, debiéndose optar por llevar esas conductas a tipos diferentes¹¹⁸.

Aquí cabe una importante acotación, si cuestiones de proporcionalidad motivaron a disgregar la posesión a un segundo párrafo en el artículo 296, ¿no debió ocurrir lo mismo con las posesiones contenidas en los artículos 297 y 298 y ser disgregadas en párrafos diferentes con menor penalidad?

Acale¹¹⁹, con ocasión de las ideas precedentes, y en una de las pocas oportunidades en que la doctrina ibérica coteja la promoción y la posesión, considera que, mientras para la primera conducta hay congruencia en la parte objetiva (acción) y la subjetiva (dolo); en la segunda la congruencia se rompe, excediéndose la parte subjetiva, pues el delito se consuma poseyendo (parte objetiva), con aquel futuro fin (promoción y otros), sin que sea necesario su efectivo logro, considerándosele un delito mutilado.

A lo anotado, agregamos también el hecho de que, al aludir a la posesión, los análisis casi unánimes van sólo circunscritos a distinguir si la posesión se destina al consumo o al tráfico¹²⁰.

3.1 LA POSESIÓN ILÍCITA, CONSIDERACIONES GENERALES:

En la perspectiva de política criminal, Ambos plantea que los delitos de posesión, *in genere*, forman parte de un derecho policial preventivo (orientado al futuro), que convierte a los poseedores en perturbadores¹²¹. Desde esta prevención, se construye una doble presunción, tanto sobre la peligrosidad del poseedor, como sobre la posibilidad de que ocurran infracciones.

Al igual que en el lenguaje coloquial, posesión o tenencia devienen en sinónimos¹²², pero convergen en ser un delito de acción¹²³, que por lo demás, tendría un nexo racional (como desarrolla el precedente americano *Tot vs U.S.A.* de 1943) entre la conducta acreditada y la punición buscada.

Si bien muchas instituciones jurídicas asumen un propio cariz en el derecho penal¹²⁴, la posesión debe ser considerada como lo hace la perspectiva civil¹²⁵, como un

¹¹⁶ Gallo. *Enfoque crítico de la tenencia de estupefacientes*, 139. Tazza, *El comercio de estupefacientes*, 78, 80 y 108.

¹¹⁷ Filomena Velandia, *Relatos del prohibicionismo*, 218.

¹¹⁸ García Rivas, *Criminalidad organizada*, 28.

¹¹⁹ Acale Sánchez, *Salud pública y drogas*, 34.

¹²⁰ Así, *ad exemplum*, Jiménez Moriano, *El delito de tráfico de drogas*, 57. También Lizano Medrano, *Delitos relativos al tráfico*, 181.

¹²¹ En Zambrano Pasquel et al., *Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas*, 192 y 193.

¹²² Balladares Aparicio, *El delito de tráfico ilícito*, 116.

¹²³ Rosas Castañeda, *Examen dogmático del delito de promoción*, 95.

¹²⁴ Tazza, *El comercio de estupefacientes*, 63.

¹²⁵ Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, 192.

dominio, un poder de hecho, una disposición¹²⁶ o una capacidad de decisión, conforme también con el desarrollo de la jurisprudencia española. Para Espinoza¹²⁷, este dominio se configura tanto desde la propiedad o la posesión, agregando que la norma penal básica no permite diferenciar ambas categorías.

El dominio, disponibilidad o poder ejercido puede ser tanto real -efectivo-, como potencial -posible¹²⁸-, y puede también ser directo como mediato (STS español, 4063/1994, del 30 de mayo), conforme se acoge en el Recurso de Nulidad 343-2015-Junín. Puede, además, ser compartido¹²⁹.

Sobre el objeto material, y vinculados a este adelantamiento de barreras, puede ser reprochable tanto el poseer objetos peligrosos *per se* (venenos, sustancias radioactivas, drogas), como de objetos neutrales que pueden causar daño (herramientas)¹³⁰.

Para Bramont-Arias, coexisten en el Código Penal tres tipos de posesión: la destinada al tráfico de drogas (segundo párrafo del artículo 296), la que recae en cantidades pequeñas (artículo 298) y la destinada al consumo (artículo 299)¹³¹. Falcone considera¹³² una tenencia para consumo, una para comercialización, y una mera tenencia, diferente a las primeras, a la cual llama neutra¹³³.

Balladares¹³⁴, al analizar esta institución, considera que los fines de tráfico a los que hace alusión el segundo párrafo, puede incluir cualesquier actos posteriores a la posesión, como negociar, retener, distribuir, exportar, almacenar, etc. También plantea que la posesión requiere la posibilidad de disponer de la droga y resulta indiferente las circunstancias en las que se posea, con excepción de la cantidad. Debemos agregar que otras circunstancias también afectarían a la posesión (así, la ubicación en lugares de reclusión, detención, entre otros).

García, en su momento¹³⁵, separó en tipos penales independientes los actos de posesión de los del primer párrafo, pero sin profundizar con mayor detalle tal separación, refiriendo que la misma idea fue esbozada por Frisancho, con mención a criterios de proporcionalidad, posición acogida en la Ley 28002 de 2003, y sobre la cual Prado considera que así el legislador incorporó ya penas diferentes y proporcionales para cada supuesto respetando su dimensión y su naturaleza antijurídica¹³⁶, conforme mencionamos

¹²⁶ Cisternas Velis, *El microtráfico*, 83. Politoff Lifschitz, et al., *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, 622. Rosas Castañeda, *Examen dogmático del delito de promoción*, 82. Tazza, *El comercio de estupefacientes*, 64. García, en su obra de 2020, lo nomina disponibilidad, 22.

¹²⁷ Espinoza Vásquez, *Delito de narcotráfico*, 153.

¹²⁸ Ambos, citado por Rosas, 2018a, *Examen dogmático del delito de promoción*, 84.

¹²⁹ Rey Huidobro, *El delito de tráfico de drogas*, 26.

¹³⁰ Ambos, en Zambrano Pasquel et al., *Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas*, 191.

¹³¹ Bramont-Arias Torres y García Cantizano, *Manual de Derecho Penal*, 549. Idea reiterada además en Bramont-Arias Torres, Recientes modificaciones en la tipificación, 72.

¹³² Falcone, *Derecho Penal y Tráfico de Drogas*, 241.

¹³³ Conforme también lo nominan Fichter y Lorea Bonete, *Ánimo de tráfico*, 11 y 14.

¹³⁴ Balladares Aparicio, *El delito de tráfico ilícito*, 117.

¹³⁵ García del Río, *Tráfico ilícito de drogas*, 45.

¹³⁶ Prado Saldarriaga, *Reformas en la legislación*, 211.

también en líneas precedentes, con ocasión del Anteproyecto. Para Ríos y Cano¹³⁷, en la posesión existe un injusto menor respecto de aquel que sí logró traficar la droga, agregando Bianco que en realidad la tenencia encierra un conato¹³⁸ (o actos preparatorios), y por ello resulta desproporcional considerar una sola pena; y así también Lizano, quien asume que poseer tiene un disvalor menor en comparación con el vender¹³⁹. Este disvalor incluye no sólo actos de posesión, sino que autores como Polaino¹⁴⁰, incluyen al transporte y la donación, para una punición menor.

Con relación a la posesión, García refiere que puede ser distinguida de los actos propios de tráfico a través de circunstancias indiciarias¹⁴¹, sin embargo, no precisa o detalla qué hechos cotidianos pueden encasillarse inicialmente en el primero para, a través de indicios, ubicarlos en el tráfico.

Un enfoque singular enunció Robles¹⁴², para quien la posesión es también un típico acto de comercialización o tráfico. Bajo este mismo horizonte, Molina considera que no hay diferente injusto, pues oportunamente refiere que poseer drogas para consumo de terceros, es una forma de favorecerlo.

Es importante acotar además que, conforme resalta Bramont-Arias¹⁴³, a diferencia de la posesión del artículo 296, en el artículo 298 -microcomercialización- no se precisa una finalidad concreta, asumiéndola tácitamente vinculada a la primera. Con relación a este tema, oportunamente Ugaz precisa que dicho término, resulta en sí una fórmula atenuante de tráfico que sanciona los casos de posesión de estupefacientes para la venta en pequeñas cantidades, pero, que por su mala redacción, parecería consistir en mera posesión, pues, a diferencia del artículo 296 -segundo párrafo- no se le añadió la circunstancia “con fines de tráfico”, empero, el autor aludido estima que el artículo 298, es en realidad un tipo subsidiario del tipo base, y por tanto, se ciñe a sus mismas condiciones¹⁴⁴.

Su estructura objetiva (relación objeto y sujeto) sí requiere prueba directa al tratarse de un hecho palpable, a decir de Sequeros¹⁴⁵. Con relación al aspecto subjetivo, Frisanchó¹⁴⁶ plantea que, además de la circunstancia objetiva de dominio, se requiere un fin ulterior, ultraintención, intención especial¹⁴⁷ o adicional, resultando esta la “intención

¹³⁷ Ríos Candio, *Precisiones interpretativas*, 134. En homogéneo sentido, Cano, citado por Fichter y Lorea -3-.

¹³⁸ Bianco, *Narcotráfico y estupefacientes*, 36. Iberico Castañeda, *Curso Tráfico Ilícito* -134--, hace alusión a los actos preparatorios.

¹³⁹ Lizano Medrano, *Delitos relativos al tráfico*, 182 y 259. Similares ideas brindan, Asua en la precitada obra de 2011 -480-, al igual que Iberico, en su aporte de 2016 -132-.

¹⁴⁰ Citado en Lizano Medrano, *Delitos relativos al tráfico*, 183.

¹⁴¹ García del Río, *Tráfico ilícito de drogas*, 52.

¹⁴² Robles Recavarren, *Drogas: tratamiento legal*, 95. Molina Mansilla, en correo electrónico al autor.

¹⁴³ Prado Saldarriaga, *Reformas en la legislación*, 71.

¹⁴⁴ Juan Diego Ugaz Heudebert, “La posesión de drogas en el Perú: ¿Delito o conducta atípica?”. En: *Actualidad Jurídica. Gaceta Jurídica* 200 (2010).

¹⁴⁵ Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas*, 105.

¹⁴⁶ Frisanchó Aparicio, *Drogas y ley penal*, 114.

¹⁴⁷ Sproviero y Villavicencio, citados por Rosas, en su obra Rosas Castañeda, *Examen dogmático del delito de promoción*, 88 y 89. Similar nomen brinda Bianco, en su aporte de 2020 -34-. El término “adicional” es propuesto por Chang Kcomt, *Aspectos dogmáticos en el delito de tráfico*, 1h10m15 y 1h12m40.

el tráfico”; por lo que, en general, son considerados estos delitos, como “de posesión con fines de utilización”¹⁴⁸.

3.2. POSIBILIDADES INTERPRETATIVAS DE DISTINCIÓN

3.2.1 Por circunstancias particulares:

3.2.1.1. La posesión es sinónimo del depósito o figuras afines:

Se ha considerado que la guarda, depósito o almacenamiento constituye un acto propio de posesión de drogas, siendo esta la posición de Filomena¹⁴⁹ y también de Balladares, particularmente para el depositario. Al tratarse de un acto pasivo, diferente al desplazamiento continuo de la droga -tráfico o tráfico, provenientes del *traffigare*¹⁵⁰- debería excluirse del tráfico y por tanto, considerarse posesión. Espinoza también asume que la posesión implica el almacenamiento, o el tener en su poder la mercancía tanto como propietario, poseedor o simple cuidador¹⁵¹.

Contra esta postura, la jurisprudencia española (verbigracia, la STS del 18 de abril de 1988, considera al almacenaje como un propio acto de tráfico), y la nacional (verbigracia el Recurso de Nulidad 828-2007) y la doctrina española¹⁵² establecen que este acto se incardina en los actos de tráfico, junto a los actos de manipulación, venta, aportación, transporte, intermediación, descarga, vigilancia, recepción, entre muchos otros. Según Rey¹⁵³ no sólo al depósito, sino también al almacenamiento en general. Cierta doctrina nacional¹⁵⁴ también asume la precedente posición ibérica, Desde la jurisprudencia chilena, se ha planteado también que quien guarda droga, aunque no la comercialice, toma parte inmediata y directa en el tráfico (Sentencia de la Corte Suprema del 06 de setiembre de 1995), mientras que otra sentencia considera que aquel que guarda resulta ser un cómplice (Sentencia de la Corte Suprema del 18 de agosto de 1992). En Perú, el Recurso de Nulidad 2435-2015-Lima Norte, en cierta forma, asume esta relación.

En la Argentina, Falcone y Tazza sostienen que no sólo el almacenamiento, sino también el transporte, deben ser analizados como un acto de posesión¹⁵⁵; ello siempre y cuando se pueda acreditar la vinculación en el ciclo ilícito, pues resulta inadmisibles que pueda subsumirse al delito de transporte al simple tenedor de drogas por el mero hecho

¹⁴⁸ Schroeder, citado por Rosas, en la última obra descrita -página 90-.

¹⁴⁹ Filomena Velandia, *Relatos del prohibicionismo*, 203. Balladares Aparicio, *El delito de tráfico ilícito*, 100.

¹⁵⁰ Rey Huidobro, *Comentarios a la legislación penal*, 135.

¹⁵¹ Espinoza Vásquez, *Delito de narcotráfico*, 183. Así también Laje, en su obra de 1992 -166-.

¹⁵² Luengo Celadilla, *Estudio doctrinal y jurisprudencial*, 54. Bretones Alcaraz, *El delito de tráfico de drogas*, 82. Joshi Jubert, *Los delitos de tráfico de drogas*, 135.

¹⁵³ Tanto en la obra reseñada de 1990 -páginas 90 y 133-, como en la de 1999 -54-.

¹⁵⁴ Rosas Castañeda, *La posesión de droga*, 123. También Caro, en *Drogas ilícitas y narcotráfico*, 178. García del Río, *Tráfico ilícito de drogas*, 658. Bramont-Arias Torres, *Recientes modificaciones en la tipificación*, 69. Rosas Castañeda, *Los delitos de tráfico ilícito*, 251. Frisancho Aparicio, *Drogas y ley penal*, 120.

¹⁵⁵ Roberto Atilio Falcone, “La tenencia de estupefacientes en el derecho penal argentino”. En *Revista Pensamiento Penal. Argentina* (2007). Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/33432-tenencia-estupefacientes-derecho-penal-argentino>. También en su obra reseñada de 2014 -237-. Tazza, *El comercio de estupefacientes*, 70 y 74.

de que se haya subido a un automóvil y lo haya puesto en marcha, sin mayor imputación que atribuir¹⁵⁶. A este respecto, jurisprudencia reseñada por Tazza, considera al almacenamiento como una forma agravada de la tenencia.

3.2.1.2. El caso del *burrier*:

Se cuenta también con el típico caso del *burrier* (extranjero intervenido en aeropuerto). Laines¹⁵⁷ desarrolla diversas subespecies de esta específica actividad, tales como el “mochilero” (aquel que traslada droga de los laboratorios a lugares de acopio), la “mula” (más lejano a la organización, porque no conoce a los reales remitentes o destinatarios), “camellos”, “capsuleros” o “dragones” (aquellos que ingieren la droga), y el traslado en “caletas” o “buches”; todos sujetos instrumentalizados -en palabras de Acostupa¹⁵⁸- por las mafias existentes. A esta nomenclatura, debe añadirse el término “burro” o “pasero”.

En su momento, Frisancho¹⁵⁹ postuló la idea de incriminar a estas personas los alcances del segundo párrafo, así, aquellas poseen la droga, asumiendo esta opción también Iberico y Ríos, quienes postularon que, visto de modo estático o aislado al *burrier*, podría ser calificado como poseedor. Bajo circunstancias muy afines, Prado sostuvo que aquella persona que es detenida con droga para ingresar al penal es un poseedor con circunstancia agravante¹⁶⁰. Algunas jurisprudencias apuntan a tal criterio, conforme se vio anteriormente (Recurso de Nulidad 2816-2016).

Esta postura, a criterio de Frisancho, responde a criterios teleológicos y de proporcionalidad. Respecto lo primero, la posesión está más lejos del consumidor, y por tanto el riesgo es menor, a diferencia de la propia venta y la producción. En particular, el *burrier*, no transporta para el consumidor final, sino para terceros, a guisa de un mero detentador -empero reconoce que no es la totalidad de la casuística-. Sobre la proporcionalidad, advierte que es consecuencia del menor daño producido por el *burrier*, y propende a una menor punición. Concluye proponiendo un tipo penal de posesión y uno menor de poseedor que lleva a un tercero. Cisternas considera que, para la legislación chilena, el portar consigo -figura análoga a nuestra posesión- implica no sólo a los burreros -cuya posesión responde a terceros- sino también a los *dealers* -quienes poseen para sí-¹⁶¹.

Contra esta posibilidad interpretativa, se estima que la actividad reseñada debe establecerse en el primer párrafo, como propusieron Villafana y Peña¹⁶², añadiendo este

¹⁵⁶ Fichter y Lorea Bonete, *Ánimo de tráfico*, 4.

¹⁵⁷ Laines Chaviguri, *Tráfico ilícito de drogas*, 48 y siguientes.

¹⁵⁸ Acostupa Huallparimachi, *El delito de tráfico ilícito*, 131. O también paseros, en términos de Flavio García del Río, *Tráfico ilícito de drogas* (Lima, Iberoamericana, 2002), 468.

¹⁵⁹ Manuel Frisancho Aparicio, “Configuración típica del delito cometido por los denominados “burriers” o correos de la droga”. En *Actualidad Jurídica* 167 (2007), 97. Iberico Castañeda, *Curso Tráfico Ilícito*, 131. Ríos Candio, “La conducta de “traficar””, 124.

¹⁶⁰ Prado Saldarriaga, *Nuevo proceso penal*, 317.

¹⁶¹ Cisternas Velis, *El microtráfico*, 86.

¹⁶² William Lugo Villafana. La subsunción de la conducta de los transportadores de drogas en el tipo base del delito de tráfico ilícito de drogas. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 8, febrero (2010), 123 y 125. Alonso Peña Cabrera, *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos* (Lima, Rodhas, 2013), 108. También en su obra *Curso elemental de Derecho Penal*, 73.

último a su argumentación los “elementos interpretativos” del Acuerdo Plenario 03-2008 -apto además para la aplicación a situaciones análogas, conforme enuncia Reyna¹⁶³-, y también Villanueva¹⁶⁴ - quien los nomina “muleros”-, y para su criterio aquella acción constituye transporte y por tanto, un acto de favorecimiento al consumo -sin embargo, no desarrolla la correspondencia entre transporte y sólo favorecimiento-. Este autor, además recoge importantes estadísticas de este fenómeno, distingue las diferentes modalidades, y las vincula con jurisprudencia atinente, tales como transporte en maleta (Recursos de Nulidad 2870-2014-Lima, 922-2014-Lima, 3863-2010-Callao y 2022-2014-Callao), en ingesta (Recurso de Nulidad 2214-2015-Lima), o como “momia” (Recursos de Nulidad 3223-2014-Callao y 2022-2014-Callao), unida a una abundante casuística, todas castigadas en el contexto del primer párrafo.

Sobre la abundante modalidad aludida en el párrafo que precede, Mangelickx¹⁶⁵, ilustra de modo muy amplio y esquematizado, la eventual calificación que les corresponde, por ejemplo, a los transportistas, traqueteros, poceros, cabecillas, entre otros. La jurisprudencia española también asume la noción de las “mujeres porteadoras” que ocultan droga bajo su vestimenta, como un acto de transporte, así la STS del 18 de junio de 1984. También la doctrina incluye en este ámbito a las que portan la droga dentro de su cuerpo, donde además, como prueba, *res ipsa loquitur*¹⁶⁶.

Considerado así al *burrier* como quien se desplaza, y ergo, un transportista, Acale manifiesta que el transporte en sí puede ser entendido tanto como un propio acto de tráfico si recibe una contraprestación -caso típico de la “mula”-, o como un acto de promoción, favorecimiento o facilitación -si el agente participa en un acto de venta de las drogas transportadas-.

Debe traerse a colación que, aun cuando el transportista no sepa la cantidad exacta de lo transportado, ello no impide la aplicación de eventuales agravantes por la cantidad, en tanto aquel asume un “dolo general” pues aceptó participar en el delito cuando nada le impidió comprobar la cuantía (Así, Pedreira¹⁶⁷ y las STSs 1233/2004 del 03 de noviembre, 156/09 del 12 de febrero y 1365/2005 del 22 de noviembre, que se refieren a un dolo eventual).

Resulta concluyente por tanto que quien desplaza drogas con su cuerpo, transporta¹⁶⁸, y, por tanto, trafica¹⁶⁹.

Es oportuno anotar que el mero transporte de la droga, incluso sin interés económico por el transportista, constituye acto típico, pues contribuye a propiciar la difusión a sus destinatarios finales. En tal sentido, la STS del 30 de setiembre de 1997, consideró que el encargo de transportar una cantidad de droga a una discoteca es poner una condición necesaria para cerrar el círculo de distribución de tal mercancía, y en su

¹⁶³ Reyna Alfaro, *Principio de la imputación necesaria*, 232.

¹⁶⁴ Villanueva Rojas, *La modalidad del “correo de drogas*, 124 y 126.

¹⁶⁵ Mangelickx, *El principio de proporcionalidad*, 23.

¹⁶⁶ Acale Sánchez, *Salud pública y drogas*, 58, 60 y 61.

¹⁶⁷ Pedreira González, et al., *El delito de tráfico de drogas*, 202.

¹⁶⁸ Lizano Medrano, *Delitos relativos al tráfico*, 173. Lugo Villafana. La subsunción de la conducta de los transportadores, 123.

¹⁶⁹ Politoff Lifschitz, et al., *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, 625. También Luengo Celadilla, *Estudio doctrinal y jurisprudencial*, 50.

acto de tráfico del que se responde como autor. El texto legal configura con gran amplitud la conducta delictiva, al punto de hacer que se difumine o, al menos, revista enorme dificultad, la distinción técnico-jurídica entre actos de ejecución delictiva (autoría), colaboración imprescindible (coautoría por cooperación necesaria) y actos de ayuda meramente útil, pero no necesaria (complicidad).

3.2.1.3. El envío postal:

Los envíos postales son considerados actos de posesión, o, desde la óptica de Molina¹⁷⁰, actos de posesión para traficar. Bajo ese marco, no resulta necesario tener la sustancia recogida del correo (STS del 11 de marzo de 1994), o ya en las manos (STS del 21 de junio de 1994) para determinar una responsabilidad penal.

La jurisprudencia nacional, mayoritariamente considera, empero, que esta conducta se circunscribe al primer párrafo, así, entre muchas, el Recurso de Nulidad 1099-2016-Lima, en la cual debe mencionarse que, de manera muy aislada, consideró que el tipo penal debía ser reducido de ocho años a cuatro, por la cantidad ínfima de la droga (superior sin embargo al peso mínimo de la microcomercialización).

3.2.2 Por circunstancias genéricas:

3.2.2.1. Como acto previo:

En ciertos pasajes de su obra¹⁷¹, Falcone considera que la posesión es un estado anterior al tráfico propiamente dicho, considerándola un acto de tentativa, o un supuesto de avance de la protección penal. También en la Argentina, Gallo estima que la posesión resulta un estado preparatorio punible¹⁷², con lo que, por ejemplo, el que entrega deja de ser tenedor¹⁷³, deja ya una posesión cualificada¹⁷⁴ y el que compra, asume la forma típica de la posesión¹⁷⁵. También Lizano refiere que quien produce o quien trafica, primero posee¹⁷⁶.

En España, Jiménez¹⁷⁷ considera que la posesión se enmarca en la anticipación de la consumación delictiva a conductas que sólo cabría reputar como actos preparatorios, mientras que Acale, esgrime que la tenencia, “*no es todavía tráfico*”.

Rey, con relación a estas ideas, afirma: “...*todas aquellas conductas típicas que exigen para su ejecución la posesión previa de la sustancia estupefaciente, pues esa conducta consuma el delito, con antelación a los posteriores actos típicos que la requieren (venta, donación, transporte, etc.) de tal manera, que la conducta consumada*

¹⁷⁰ Molina Pérez, *El elemento objetivo y subjetivo*, 112.

¹⁷¹ Falcone, *Derecho Penal y Tráfico de Drogas*, 201 y 253.

¹⁷² Gallo. *Enfoque crítico de la tenencia*, 129.

¹⁷³ Laje Anaya. *Narcotráfico y Derecho Penal*, 106 y 107. También Ganzenmüller Roig, et al., *Delitos contra la salud pública*, 128.

¹⁷⁴ Rey Huidobro, *Comentarios a la legislación penal*, 139.

¹⁷⁵ Acale Sánchez, *Salud pública y drogas*, 44 y 64. Mientras que el que transporta, asume una tenencia más significativa, así Laje, en su precitada obra -166-.

¹⁷⁶ Lizano Medrano, *Delitos relativos al tráfico*, 241.

¹⁷⁷ Jiménez Marín, *Formas imperfectas*, 15. Acale, en la precitada obra, página 45. Similares planteamientos esboza Ambos, en Zambrano *et al.*, 2018 -201-, al mencionar que la posesión de drogas se precede de actos previos (cultivo, importación, verbigracia), y va seguida de actos posteriores (distribución, tráfico, por ejemplo).

*absorbe los posteriores actos intentados*¹⁷⁸. Cierta jurisprudencia española (STS 71-2002, del 24 de enero), contraria a la tendencia general, considera a la posesión o el transporte, como comportamientos previos a los que propiamente serían actos de tráfico.

En Chile, Cisternas también es de la idea que transferir droga, a cualquier título, supone haberlas poseído, transportado, guardado o portado consigo durante un espacio temporal determinado, aunque sea mínimo¹⁷⁹. Así, cuando las circunstancias de la posesión (que para Chile abarca también transporte, guarda o porte) sean indiciarias del propósito de traficar, se asumirá esta última conducta.

Ríos¹⁸⁰ sugiere también como una alternativa posible que el agente poseedor pueda encontrarse en una etapa anterior al tráfico, sin embargo, sustenta que sólo cabría como previa a la fabricación. En su aporte de 2008, empero, sí aprecia factible a la posesión como un estadio previo al tráfico.

Villanueva¹⁸¹ refiere que suministrar drogas o venderlas, o consumirlas, son actos posteriores al llevar consigo. Igualmente, a consideración de Prado -en su aporte de 2013- y Peña¹⁸² la posesión es un acto anterior al tráfico, en cualquiera de sus manifestaciones. En símil consideración, Rosas¹⁸³, considera que la posesión no requiere que la finalidad de traficar se concrete, *rectius*, que se realice un acto posterior de comercialización.

En la clasificación de Queralt¹⁸⁴, los actos de tráfico serían los principales (venta y permuta), los previos (tenencia) y los auxiliares (transporte). Espinoza consideró como actos genéricos, la elaboración, el tráfico y la posesión¹⁸⁵. Para Lorenzo¹⁸⁶, en cambio, la tenencia es un eslabón entre el transporte y la venta. Para Ganzenmüller *et al.* y Blanco, al grupo precitado le agrega los actos de fomento, que incluyen la promoción, favorecimiento y facilitación, así como la propaganda, apología, ofertas, proselitismo y afines¹⁸⁷.

Mencionamos también la disidente posición de Villegas¹⁸⁸, para quien es con la adquisición o la compra que recién se llega a poseer.

3.2.2.2 Según el destino:

El Recurso de Nulidad 1165-2015-Lima, tal como precisa Rosas¹⁸⁹, es, sino el único, uno de los pocos pronunciamientos expresos jurisprudenciales donde se propone

¹⁷⁸ Rey Huidobro, *El delito de tráfico de drogas*, 154.

¹⁷⁹ Cisternas Velis, *El microtráfico*, 50, 51 y 67.

¹⁸⁰ Ríos Candio, *La conducta de "traficar"*, 124. *Precisiones interpretativas*, 133.

¹⁸¹ Citado en Ambos, *Drogas ilícitas y narcotráfico*, 409. O consumirlas -415-.

¹⁸² Prado Saldarriaga, *Reformas en la legislación*, 609. Peña Cabrera, *Curso elemental*, 65.

¹⁸³ Rosas Castañeda, *La posesión de droga*, 103.

¹⁸⁴ Citado por Molina Mansilla, *El delito de tráfico de drogas*, 286.

¹⁸⁵ Espinoza Vásquez, *Delito de narcotráfico*, 186.

¹⁸⁶ Lorenzo Salgado, *Las drogas en el ordenamiento penal*, 131.

¹⁸⁷ Carlos Blanco Lozano, *Tratado de Derecho penal español. Tomo II. El sistema de la parte especial. Volumen 2. Delitos contra bienes jurídicos colectivos* (Barcelona, J. M. Bosch, 2005), 386. Ganzenmüller Roig, et al., *Delitos contra la salud pública*, 122. El mismo análisis estimó Burnster, en su obra antes reseñada de 1993 -35-.

¹⁸⁸ Villegas Gómez, *La necesidad de tipificar*, 69.

¹⁸⁹ *Criterios para la distinción de los comportamientos*, 110, 120 y 132.

una diferenciación entre las conductas previstas en el primer y el segundo párrafo, basando la misma en base a la apreciación del destino predeterminado. Su criterio se asume también en el Recurso de Nulidad 1824-2019 y en la Casación 600-2019-Ayacucho. También Juzgados en regiones, han optado ya por aplicar de manera esta propuesta jurisprudencial, así, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Sullana, en el Expediente 1222-2021-79, confirmada por su *a quo*, que desarrolla prolijamente su argumentación y que además estima sea usada para futuros casos homólogos de su competencia; y en Huaura, el expediente 2744-2018-49.

Dicha ejecutoria sostuvo que el guardar droga en casa, debía calificarse dentro del primer párrafo, pues estima que a dicho párrafo le basta que se realicen actos de promover, favorecer o facilitar el consumo, mediante actos de tráfico o fabricación, no requiriéndose acreditar una finalidad ulterior, y por ello incluso la mera tenencia –o tenencia abstracta, Queralt *dixit*¹⁹⁰- puede ser penalizada. Ello no ocurre con la posesión, en donde la finalidad ulterior del agente se orienta a un acto posterior de tráfico, necesitando constatar que la droga va a ser objeto de circulación, de comercialización, venta, etc., que ya cuenta con un destino predeterminado (fundamento jurídico 13).

Rosas critica tal postura, pues a su consideración la posesión de droga siempre tendrá una finalidad ulterior, y en el caso resuelto, guardar sustancia tenía por fin promover el consumo. Ello se relaciona con la idea del autor citado, quien considera que siempre y en todo caso se requiere una posesión de la cosa para traficarla.

3.2.2.3. Por la exportación:

Rosas¹⁹¹ propone un particular y novedoso criterio de distinción, basado en criterios criminológicos, pues afirma que será la fase del ciclo de la droga intervenida lo que definirá la tipificación, así, a su criterio, toda actividad que tenga como destino inmediato el consumo interno, corresponderá ser calificado dentro del segundo párrafo; mientras que en la conducta de tráfico se comprenderán una serie de comportamientos asociados a la exportación de drogas para su posterior comercialización, esto, es la distinción deberá basarse en el alejamiento de la sustancia respecto el consumidor final. Criterio cercano expone Filomena¹⁹². A su argumentación añade el particular contexto nacional, donde nuestro país es productor de drogas destinadas principalmente al consumo externo y una pequeña cantidad lo es para consumo interno.

De lo antedicho, y dependiendo del ciclo en que se encuentra la posesión de la droga -posesión, que como el autor refiriera anteriormente, se manifiesta en todo el *iter*-, el término tráfico del primer párrafo implica una serie de comportamientos asociados a la exportación¹⁹³, mientras que la posesión los asocia a la demanda interna, pues a su entender, corresponde a la fase donde la sustancia es puesta a disposición del consumidor, que correspondería eventualmente a los distribuidores o surtidores de drogas en calle¹⁹⁴,

¹⁹⁰ Queralt Jiménez, *Derecho Penal Español*, 717.

¹⁹¹ *Criterios para la distinción de los comportamientos*, 111. Idea que el autor replica en sus aportes: *La posesión de droga* -página 106, 120 y 122-, y en *Los delitos de tráfico ilícito* -82, 247 y 340-.

¹⁹² Filomena Velandia, *Relatos del prohibicionismo*, 184.

¹⁹³ Rosas, *La posesión de droga*, 78, 104, 105 y 145. También en *Los delitos de tráfico ilícito*, 400.

¹⁹⁴ Lizano Medrano, *Delitos relativos al tráfico*, 158 y 160.

siendo aquellos el enlace más directo entre las redes criminales y los consumidores, como refiriera en su momento Lozano.

Rayanas ideas fueron esbozadas por Paladines¹⁹⁵, quien anota cuatro niveles o bandas de tráfico -mínima, mediana, alta y gran escala-, relacionados al expendio local, regional, nacional e internacional.

3.2.2.4. Por ausencia de contacto con el consumidor:

En apreciación muy cercana a la precedente, y a criterio de García¹⁹⁶ la posesión implica que el autor del hecho no entre en contacto con el consumidor quedando relegada su actividad a la disposición sobre la sustancia, *ad contrarium*, el contacto con el consumidor encasillaría la conducta bajo los alcances de las conductas que se refieren al promover, favorecer y facilitar el consumo.

3.2.2.5. Como tráfico no probado:

Otra posible forma de distinguir el primer párrafo del segundo párrafo es asumir que todo acto que no pueda ser configurado -ni probado- como actos de tráfico, sea considerado un acto de posesión.

Luzón refiere al respecto: “*La posesión suscita el problema de determinar, cuando el agente no sea sorprendido en actos de tráfico, si está destinada al propio consumo, o a su difusión*”¹⁹⁷, ideas semejantes a las planteadas por Gallo, para quien el anticipo de punibilidad se justifica por las dificultades probatorias que rodean a los actos de tráfico¹⁹⁸, pues es más fácil comprobar la tenencia que sorprender al autor comercializando la droga, por ello, ante la inexistencia de prueba directa¹⁹⁹, prescindir de la prueba indiciaria permitiría la impunidad de algunos delitos, pues: “*si por ejemplo, falta la prueba de uno de los comportamientos ligados al tráfico de droga, como puede ser la venta, el sujeto permanece punible por los otros (la posesión, el transporte)*”²⁰⁰.

El mismo parecer muestra Ambos²⁰¹, en tanto castigar la sola posesión facilita la persecución penal con la reducción de requisitos probatorios, tanto más, para conductas pequeñas²⁰². Casuística parecida reseña Lizano, afirmando que “*la transferencia de la sustancia se tiene que llevar a cabo, pero puede suceder, que, por diversas circunstancias, esa transferencia no se realice, configurándose automáticamente el delito de posesión o tenencia*”²⁰³.

En este ámbito, la posesión debe demostrarse por prueba directa, perceptible, pero el ánimo de tráfico reside en la psique del agente²⁰⁴.

¹⁹⁵ Paladines Rodríguez, *En busca de la prevención*, 33.

¹⁹⁶ García Rivas, *Criminalidad organizada*, 28.

¹⁹⁷ José María Luzón Cuesta, *Compendio de Derecho Penal. Parte especial* (Madrid, Dykinson, 2009), 251.

¹⁹⁸ Gallo. *Enfoque crítico de la tenencia de estupefacientes*, 129 y 133. Iguales ideas expuso Perrón, *Legislación penal vigente*, 539.

¹⁹⁹ Sequeros Sazatornil, *El tráfico de drogas*, 104.

²⁰⁰ Rey Huidobro, *El delito de tráfico de drogas*, 23. También en su obra reseñada de 1990 -108-.

²⁰¹ Zambrano Pasquel et al., *Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas*, 201.

²⁰² Mohamed Hammu, *Análisis jurisprudencial*, 16 y 307.

²⁰³ Lizano Medrano, *Delitos relativos al tráfico*, 159.

²⁰⁴ Conforme se tiene en su obra de 1990, página 113.

Si bien se considera que, de no poder probar *prima facie* el tráfico *per se*, puede construirse la intención del tráfico con circunstancias indiciarias, tal objetivo no puede reducirse a un uso excesivamente mecánico de datos objetivos de cara al ánimo de traficar²⁰⁵, tanto más si las diferencias entre los indicios son más cuantitativos que cualitativos²⁰⁶, pues conforme expone Ugaz, cada indicio individualmente visto se acompaña inevitablemente de contraindicios²⁰⁷, en concatenación con los criterios establecidos jurisprudencialmente, así, el Recurso de Nulidad 1912-2005-Piura²⁰⁸.

Fichter y Lorea, sustentan también que la mera tenencia existe cuando no pudo comprobarse que la posesión se hallaba vinculada al ciclo económico²⁰⁹, noción también compartida por Laje: “*Lo que ocurre es que, por razones de política criminal, nada más que por ello, el legislador prefiere atrapar al tenedor cuando efectivamente tiene, y no cuando compra o recibe, que es lo mismo que decir cuando participa en el tráfico ilícito*”²¹⁰.

No bastando que la configuración legal -y el estudio doctrinal afín- de la posesión sea precaria, Díez lamenta que no se hayan introducido reglas específicas convenientes no sólo para la posesión por consumo, sino igualmente con la posesión para traficar escasas cantidades de droga²¹¹, pues, verbigracia, la sola cantidad no basta como criterio distintivo. Es pertinente citar, verbigracia, que para Kcomt²¹² ciertas cantidades sí permiten debatir si se destina al consumo o a la venta (aun siendo superiores al mínimo establecido en el artículo 298 del Código Penal, digamos, 150 gramos de marihuana), pero cantidades -discrecional o arbitrariamente- mayores, digamos tres kilogramos- son *per se* destinadas al tráfico.

Si bien ha sido tradicionalmente considerado que la intención de traficar recae en indicios, Tazza, hace mención también a fuentes directas, tales como las interceptaciones telefónicas o el propio reconocimiento del sujeto activo²¹³.

3.3. AUSENCIA DE DIFERENCIACIÓN:

Al igual que lo que sucede con la problemática en la distinción de los verbos de expansión (promover, y otros), ni la doctrina, ni la jurisprudencia española, se han decantado en establecer una diferencia plena entre la posesión y el tráfico. Para sustentar lo descrito, Joshi, verbigracia, desarrolla la figura de la posesión²¹⁴ desde una óptica

²⁰⁵ Díez Ripollés, *Estudios penales*, 720.

²⁰⁶ Lluch Ramírez, *El delito de tráfico*, 10. Borja, en *Delito de Tráfico*, hace hincapié, en que los tribunales suelen realizar presunciones de dudosa legalidad atendiendo a la cantidad de la sustancia aprehendida para demostrar el animus -7-.

²⁰⁷ Ugaz Heudebert, *La posesión de drogas*, 200.

²⁰⁸ Arbulú Martínez, *Comentarios de los precedentes*, 453.

²⁰⁹ *Ánimo de tráfico*, 11. En igual sentido, Filomena, en su aporte de 2016 -184-.

²¹⁰ *Narcotráfico y Derecho Penal*, 177. Estas ideas son compartidas igualmente por Falcone, en su obra de 2014 -222-, pues esgrime que la tenencia presente un menor número de elementos.

²¹¹ *Estudios penales*, 721.

²¹² Chang Kcomt, *Aspectos dogmáticos en el delito de tráfico*.

²¹³ Tazza, *El comercio de estupefacientes*, 65.

²¹⁴ *Los delitos de tráfico de drogas*, 136, 146, 191 y siguientes.

interna, analizando su contenido, sus clases -mediata o inmediata-, pero no especifica qué diferencia un hecho en particular de ser posesión o pleno tráfico. Adicionalmente plantea que se puede probar el propio tráfico desde la flagrancia -venta, por ejemplo- o desde los indicios, recopilando (STS del 9 de setiembre de 1992 y 4 de mayo de 1990) y hasta repitiendo a veces jurisprudencia (STS del 14 de febrero de 1992) que usa tanto para el análisis del tráfico como para el de la posesión. Bajo esta misma perspectiva, considera el envío de droga tanto como tráfico²¹⁵ o como posesión.

La precitada autora y Pedreira *et al.*²¹⁶, recopilan muchas conductas que la jurisprudencia española, consideran -nuevamente de modo indistinto- que promueven, favorecen o facilitan, así: la recuperación química de la droga, la financiación, el almacenaje, la mediación, entre otros, sancionándose inclusive al que indica o acompaña al comprador al lugar que conoce expenden drogas²¹⁷, aunque en ocasiones esta actividad sea considerada complicidad secundaria, pues sería un “favorecedor del favorecedor” (STSs del 10 de octubre de 1995, 24 de junio de 1995, 30 de mayo de 1991 y 16 de junio de 1995), posición compartida también por algún sector doctrinario español²¹⁸. Con todo lo descrito, Molina considera que la posesión es otra de forma de favorecer el consumo de drogas²¹⁹.

Y es que tal entretejo también se aprecia en nuestra doctrina, conforme advierte Rosas²²⁰, pues tanto Prado Saldarriaga como Peña Cabrera indistintamente usan los verbos del Decreto Ley 22095, para encasillarlos en el primer o segundo párrafo, lo que hace reconocer al autor referenciado que “*no resulta sencillo delimitar los comportamientos*”. Vemos también, por ejemplo, que, al analizar la figura de posesión, Peña²²¹ la desarrolla aislada o internamente, sin confrontarla con el contenido del primer párrafo. Se aprecia además cierta confusión en la calificación de actos, pues cuando para tratar el aspecto subjetivo menciona actos objetivados, en realidad se tratan de actos concretos de tráfico, así cuando se refiere del container objeto de pesquisa, no existe una posesión, sino un almacenamiento, cuando alude a un domicilio con laboratorio de drogas, tampoco se aprecia posesión, sino actos de fabricación. Este paralelismo suscitado al analizar tales figuras permite considerar oportunamente a Ríos que en la doctrina no existen puntos de contacto²²² entre ambas.

Finalmente, Peña²²³ considera que se requieren precisiones interpretativas, que distingan la posesión con fines de tráfico, de aquella con fines de consumo. Esto permite reforzar el hecho de que esta institución no se encuentra delimitada a plenitud.

²¹⁵ *Los delitos de tráfico de drogas*, 171 y 193, respectivamente.

²¹⁶ *El delito de tráfico de drogas*, 38.

²¹⁷ Rey Huidobro, *El delito de tráfico de drogas*, 153.

²¹⁸ José María Luzón Cuesta, *Compendio de Derecho Penal. Parte especial* (Madrid, Dykinson, 2018), 329. Corcoy Bidasolo, *et al.*, *Derecho Penal*, 629.

²¹⁹ Molina Mansilla, en correo electrónico al autor.

²²⁰ Rosas Castañeda, *Criterios para la distinción de los comportamientos*, 114.

²²¹ Peña Cabrera, *Curso elemental*, 76 y 81.

²²² *La conducta de traficar*, 124.

²²³ *Curso elemental de Derecho Penal*, 77.

3.4. COMO GÉNERO Y ESPECIE – POSICIÓN PERSONAL:

Rosas²²⁴ sustentó que la posesión es *conditio sine qua non* para ejercer actos de tráfico, pues se requiere posesión para traficar en general, o que para el acopio o depósito y en el transporte de drogas se requiere también de la posesión, pues son otras formas de posesión; en suma, el tráfico para este autor implica siempre un traslado de dominio o posesión. La misma reseña describen Ganzenmüller *et al.*²²⁵, al estimar que la tenencia y el transporte pueden concurrir en una misma persona, o encontrarse disociados -en caso de envíos-. Ríos, es de la idea que, de uno u otro modo, el acto de poseer está relacionado con una función que cumple dentro del tráfico de drogas (trasladando, transportando, exportando)²²⁶, así pues, una conducta permanente y constante, aunque latente. En la misma línea, Rey, refiere que existe posesión si se oculta sustancia dentro de una nave o u automóvil, o en un paquete postal; al igual que Politoff *et al.*, para quienes aquel que transfiere, necesariamente posee²²⁷, al igual que quien importa, transporta o exporta. Con mayor explicitud, Requejo²²⁸ considera que el transporte es la actividad auxiliar más próxima al tráfico, una forma de posesión que adquiere sustantividad propia.

En España, Cobo²²⁹, afirma que quien usa drogas, las vende, dona, fabrica, entre otros, en realidad tiene las mismas, esto es, las poseen. Su jurisprudencia, de modo indirecto y aislado -STS 243/1997, del 22 de febrero-, refiere que: “...*se hace circular lo que es simple detención de droga...*”. Y del mismo parecer es Lizano, al analizar derogada legislación boliviana, indicando que se aplicarán preceptos específicos, cuando de la tenencia resulte la fabricación, suministro, tráfico u otros²³⁰, reiterando que cuando se sorprende al delincuente fuera de cualquier acto de cesión, estaremos en presencia del simple delito de posesión.

Sin profundizar al respecto, Prado, al referirse a los actos de posesión²³¹, indicó que el agente debe poseer la droga para distribuirla, transportarla, venderla, exportarla, etc. Espinoza opinó que todos los que intervienen en el proceso de comercialización como participantes en el delito, son englobados bajo el concepto genérico de “poseedor”²³².

²²⁴ Rosas, *La posesión de droga*, 132, 135, 137 y 148. Así también sus obras de 2017 -118-, y en *Los delitos de tráfico ilícito*, 385.

²²⁵ *Delitos contra la salud pública*, 132. Con similar afirmación, Rey, en 1990 -100 y 106-, así como en 1999 -26-.

²²⁶ *La conducta de traficar*, 124.

²²⁷ *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, 624 y 625.

²²⁸ Requejo Conde, *Situación actual*, 66.

²²⁹ En Amezúa, et al., *Delitos contra la Salud Pública*, 158.

²³⁰ *Delitos relativos al tráfico*, 217 y 241.

²³¹ Víctor Prado Saldarriaga, “Tratamiento penal de la posesión para el propio consumo de drogas”. En *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal: Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez* (Lima, IDEMSA, 2007), 755. Gallo añade a este grupo, el caso de aquellos que encargan el comercio a terceros, conforme su aporte de 2016 -128-. Politoff, *Derecho Penal Chileno*, 626, incluye a quien contrata un envío de sustancias.

²³² Prado Saldarriaga, *El tráfico de drogas*, 154.

Dentro de esa serie de actos, Rey²³³ refiere que quien destina una droga para venta, más allá de la concreción del acto, ya ha incurrido en una “posesión cualificada”.

De modo expreso, Falcone refirió que la tenencia es el común denominador²³⁴ de todos los comportamientos que conducen al tráfico ilícito, así el almacenamiento, como inclusive el transporte. Bajo esta misma noción, Castillo considera que esta figura se da en todas las modalidades²³⁵, pues afirma que inclusive el que siembra, vende o manufactura también posee las drogas, coincidiendo con el planteamiento de Manzanares²³⁶, cuando declara que los delitos se consuman con la mera conjugación de los verbos nucleares (y la finalidad específica de la posesión). A iguales reflexiones arriba Cano²³⁷, pues a su entender, la diferencia entre la tenencia y el transporte de estupefacientes se asienta en que, en un caso, la droga hallada se encuentra “en movimiento”. Contribuye a estas ideas las STSs del 10 de febrero de 1994, al establecer que el transporte, implica una tenencia transitoria, en cercano sentido, Almanza y Manzanares²³⁸. En este cotejo del transporte y la tenencia, Molina²³⁹ es de la noción que, si el transportista no es el dueño de la droga, es un favorecedor, pero sí lo es, responde a título de tenedor de esta.

Otros autores argentinos avienen en incidir en el aspecto precitado, pues para De Luca y Riggi, todo transporte que sea un tramo del tráfico constituirá necesariamente una tenencia para comercialización²⁴⁰. Para el primer autor la tenencia es el género, y el transporte, la especie. En el caso de la comercialización, también se aprecia, este contexto a modo de una relación de implicación, así para Gallo²⁴¹, el elemento tenencia le es inherente a la comercialización del objeto.

El Acuerdo sudamericano sobre estupefacientes y psicotrópicas de Buenos Aires, del 27 de abril de 1973 (Primer Protocolo Adicional), describió como figuras delictivas que las legislaciones penales debían prever, la siembra, comercialización, venta, transporte, y otras conductas; y, además, las tenencias (sic) de las sustancias, fuera de los casos anteriores.

Bajo estas apreciaciones, no existirían tres tipos de posesión -como sostuvo Bramont-Arias *ut supra*-, sino una sola, que se manifiesta en actos concretos.

De consuno con lo esbozado, al analizar la posesión, Luengo es de la idea de que, aun cuando no exista un contacto directo con las drogas, los líderes también poseen la

²³³ Rey Huidobro, *El delito de tráfico de drogas*, 61.

²³⁴ Roberto Atilio Falcone, “La tenencia de estupefacientes en el derecho penal argentino”. En *Revista Pensamiento Penal. Argentina* (2007), 9 y 13. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/33432-tenencia-estupefacientes-derecho-penal-argentino>. También en la obra de 2014 -222 y 241-.

²³⁵ Castillo Maximiliano, *La tipificación del narcotráfico*, 65.

²³⁶ Manzanares Samaniego, *Comentarios al código penal*, 1216. Así también Laje, en 1992, afirma que tiene quien lleva droga, quien la conserva, o quien la entregará -165 y 167-.

²³⁷ Citado por Fichter y Lorea Bonete, *Ánimo de tráfico*, 3.

²³⁸ *Comentarios al código penal*, 1215. También, Almanza Altamirano, *La configuración del delito de tráfico*, 22m.

²³⁹ *El elemento objetivo y subjetivo*, 110. Ruiz Delgado, *El tráfico de pequeñas cantidades*, 15; considera que el dueño de la droga transportada es el poseedor, mas no el transportista.

²⁴⁰ Citados por Fichter y Lorea Bonete, *Ánimo de tráfico*, 4, 5 y 7.

²⁴¹ Gallo, *Enfoque crítico de la tenencia*, 134.

sustancia, pues “iría contra el espíritu de la norma al dejar fuera del campo penal a los grandes traficantes que manejan el ilícito negocio a distancia, mediante simples llamadas de teléfono, u otros signos o formas con los que poseen en términos de materialidad la sustancia”²⁴². Refuerza este planteamiento en líneas posteriores, al referir que están incluidos como detentadores materiales de la droga, con disponibilidad sobre la misma, bien que muy limitada en ocasiones, los transportistas y correos, y los que hacen labores de guarda y custodia, realizando todos ellos comportamientos que conjugan los verbos favorecer y facilitar, disponibilidad exigida además en diversa jurisprudencia (STSs 71/2002, del 24 de enero, del 24 de setiembre de 1996, y 12 enero de 1996) y reseñada por la doctrina²⁴³. En general Falcone, es de la opinión de acudir a otras figuras como la autoría mediata²⁴⁴ (2007, p. 8).

Ambos²⁴⁵, abona también en las ideas reseñadas, pues considera que su naturaleza engloba tres actos positivos: adquirir, mantener y usar, pero no pueden ser vistos en un mismo nivel, pues usualmente son criminalizados de un modo separado.

Con todo, la posesión como refirieran Arpasi²⁴⁶ y Ambos –delitos de no conducta-, tiene una connotación estática antes que dinámica, añadiendo el último autor que el usar la sustancia, como un objetivo específico de la posesión, vincula la posesión con una conducta y de ese modo se distingue ya de una mera posesión, pudiéndose entender que la posesión no describe conducta alguna, sino una relación o estado de hecho²⁴⁷, a decir de Struensee.

Con lo reseñado, es de plantearse a modo de distinción, una relación de género a especie entre la posesión y los actos de tráfico: mientras en el primer párrafo del artículo 296 citado, se castiga la posesión de drogas evidenciada o concretizada en un acto de tráfico, esto es, una posesión especificada, en el segundo párrafo se castiga la posesión de drogas que no pudo ser determinada, exteriorizada o especificada, es decir una posesión ausente de especificación, *mutatis mutandis*, una posesión genérica.

A modo de ejemplo, alguien intervenido vendiendo droga, posee droga en la forma de oferta y venta, y estos expresos verbos guardan relación tanto con normas matrices (Convenio de 1961, artículo 36), como con normas históricas nacionales (*ad exemplum*, el artículo 2, b de la Ley 11005), en otras palabras, *vender* es un acto de tráfico, es una *posesión encasillable* en un verbo. Si alguien es intervenido transportando drogas, ocurre lo mismo, ha concretizado la posesión en un verbo concreto, respaldado en las normas antes aludidas (Convenio y leyes históricas), las que sin embargo sólo son referenciales o ilustrativas, no taxativas; lo que se requiere es que la posesión se haya exteriorizado en una imputación concreta.

No ocurre un acto de tráfico, por ejemplo, cuando una persona es encontrada en un lugar -sin más actividad- con droga en su registro personal, no puede apreciarse en su

²⁴² *Estudio doctrinal y jurisprudencial*, 17 y 18.

²⁴³ Joshi, citada en Corcoy Bidasolo, *et al.*, *Derecho Penal*, 652. Bretones, en su obra de 2020 -92-.

²⁴⁴ Falcone, *La tenencia de estupefacientes*, 8. También Filomena, en su obra reseñada -213-.

²⁴⁵ En Zambrano Pasquel *et al.*, *Delitos de Tráfico Ilícito*, 198, 200 y 210.

²⁴⁶ Arpasi Manrique, *El tipo base*, 148.

²⁴⁷ Tazza, *El comercio de estupefacientes*, 84.

conducta un verbo, sólo *está con* o *tiene* la droga, pero no ha exteriorizado una conducta o verbo aplicable.

Considero que esta distinción, no sólo cumple un criterio de generalidad, tiene un sustento trasuntado de la doctrina, y guarda coherencia con los planteamientos asumidos para considerar como conductas punibles los actos de tráfico del primer párrafo, sino que cubre las exigencias actuales del derecho penal, que exige una plena imputación para el ejercicio de la defensa.

Esta posición es coherente además con la postura asumida al asumir al término “actos de tráfico” como la acción a imputar. Así pues, la gradación en la imputación se desarrollaría progresivamente, verbigracia, si se imputa venta, transporte, almacenamiento, intermediación, se imputa un acto de tráfico *in genere* -una posesión específica y concretizada, además-, y por ello corresponderá la aplicación del primer párrafo del artículo 296. En cambio, con la mera intervención de una persona en la vía pública, solo imputaremos posesión sin más -la posesión genérica, no concretizada-, que estará sí, destinada a un futuro acto de tráfico, y le corresponderá la aplicación del segundo párrafo del artículo 296²⁴⁸.

Este planteamiento tampoco trastoca la aplicación de la posesión con las circunstancias atenuantes o con las agravantes de los artículos 297 y 298 del Código Penal, porque ambos grupos recogen expresamente la posesión, y será posible ya atribuir una posesión agravada o una microposesión, cuando esa ausencia de imputación se vincule a una notoria o mínima cantidad de droga comisada, respectivamente.

CONCLUSIONES

Las posibilidades interpretativas entre los verbos promover, favorecer o facilitar; devienen en considerarlas como un bloque inescindible, o como niveles de participación criminal.

Más allá de las posibilidades interpretativas precedentes, ha de considerarse que el primer párrafo del artículo 296, establece como verbos rectores, no el “promover, favorecer o facilitar”, expresión que encierra en un bloque indiferenciable, que es la consecuencia o el resultado de los verdaderos verbos rectores, contenidos como “actos de tráfico”. Estos actos de tráfico pueden recogerse tanto de normativa precedente (Decreto Legislativo 22095), como del propio Convenio de 1961.

La distinción entre la posesión de drogas -segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal- y los actos de tráfico -primer párrafo del citado artículo-, estriba en considerar a la posesión como el género -abstracto- y los actos de tráfico como una especie -concreta-. Para poder distinguir cuando un hecho es contenido en el primer párrafo del artículo 296 del Código Penal, debe considerarse que tal hecho sea imputable en un acto concreto de tráfico. Si no es posible imputar un acto concreto de tráfico, sólo podrá imputarse al

²⁴⁸ Esta opción coincide además con la descrita en la Sentencia de Sullana, Expediente 1222-2021-79, descrita *ut supra*, aunque con argumentaciones diferentes.

sujeto activo como poseedor de drogas.