



**UNIVERSIDAD CIENTIFICA DEL PERU
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
METODO DE CASO JURÍDICO**

**“TRAFICO ILICITO DE DROGAS: LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE LA
CONDICION DE EDUCADOR. CASACION N.º 126 - 2012 - CAJAMARCA”**

AUTOR: TELLO BARDALES, DANTE OMAR

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:


ABOGADO

San Juan Bautista - Loreto - Maynas - Perú

2017

PAGINA DE PROBABCIÓN

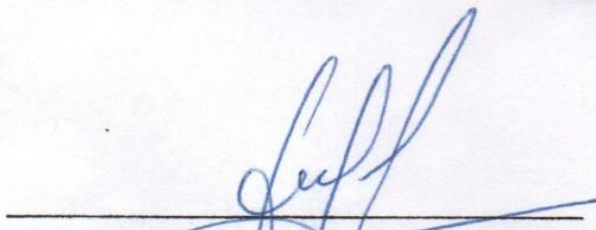
Trabajo de suficiencia profesional (Método de Caso Jurídico) sustentado en acto público, a las 12:00 horas del día **martes 08 de agosto del año 2017**, en la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Perú, identificado por el jurado calificador y dictaminador siguiente:



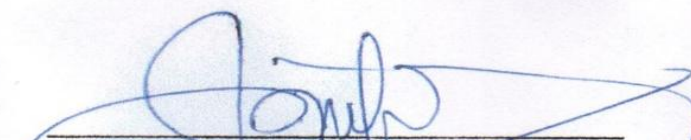
Dr. Roger A. Cabrera Paredes
Presidente



Mgr. Víctor Raúl Hospinal Huayhua
Miembro



Abog. Thamer López Macedo
Miembro



Dr. José Napoleón Jara Martel
Asesor

DEDICATORIA

A Dios y mi familia.

El Autor



FACULTAD DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

En la ciudad de Iquitos, a las 12:00 horas del día Martes 08 del mes de Agosto del año 2017, se reunió el Jurado Examinador, que firma al final del presente documento, para evaluar la sustentación del bachiller:

DANTE OMAR TELLO BARDALES

En la modalidad de: TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL - METODO CASO JURIDICO, con el tema "Tráfico Ilícito de Drogas: La Circunstancia Agravante de la Condición de Educador. Casación N° 126-2012-De la Republica"

Después de las deliberaciones correspondientes, se procedió a evaluar:

Table with 5 columns: Indicador, Examinador 1, Examinador 2, Examinador 3, Promedio. Rows include indicators like 'Dominio del Tema', 'Calidad de redacción', etc., with handwritten scores.

Calificación final (en letras) ... CATORCE

Leyenda:

Legend table with 3 columns: Indicador, Descripción, Puntaje. Rows A (Deficiente, 1), B (Regular, 2), C (Satisfactoria, 3), D (Optima, 4).

Presidente :Dr. ROGER A. CABRERA PAREDES

Miembro :Mgr. VICTOR RAUL HOSPINAL HUAYHUA

Miembro :Abog. THAMER LÓPEZ MACEDO

Handwritten signatures and the word '(Firma)' repeated three times.

AGRADECIMIENTO

A la “UNIVERSIDAD CIENTIFICA DEL PERÚ” por ser mi Alma Mater.

A los Profesores del Programa de Suficiencia Profesional, por brindarme sus conocimientos, experiencias y sobre todo por dame las pautas necesarias y todo su tiempo para realizar el presente trabajo de investigación.

A mis compañeros de mi promoción por todo su apoyo.

El Autor

ÍNDICE DE CONTENIDO

	Pág.
APROBACIÓN	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
RESUMEN	viii
CAPÍTULO I	
Introducción	09
CAPÍTULO II	
2.1. Marco Teórico Referencial	
2.1.1 Antecedentes de la investigación	
2.1.2. Definiciones teóricas	23
2.1.3. Definiciones conceptuales	23
2.2. Objetivos	31
2.2.1. Objetivo general	31
2.2.2. Objetivos específicos	31
2.3. Variables	31
2.3.1 Identificación de las variables	31
2.4. Supuestos	31
CAPÍTULO III	
3.1. Metodología	33
3.2. Muestra	33
3.3. Técnicas e instrumentos de Recolección de Datos	33
3.4. Procedimientos de Recolección de Datos	33
3.5. Validez y Confiabilidad del Estudio	34
3.6. Plan de Análisis, Rigor y ética	34

CAPÍTULO IV	
Resultados	35
CAPÍTULO V	
Discusión	37
CAPÍTULO VI	
Conclusiones	39
CAPÍTULO VII	
Recomendaciones	41
CAPÍTULO VIII	
Bibliográficas	42
CAPÍTULO IX	
Anexos	43
Anexo N° 01: Matriz de consistencia	46
Anexo N° 02: Casación 126-2012-CAJAMARCA	47

RESUMEN

El presente trabajo de análisis jurídico se refiere a un importante caso resuelto por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Cajamarca, sobre la configuración y determinación de toda forma de sanción penal. **Objetivo:** se busca contextualizar y diferenciar desde el punto de vista aceptado en la ley penal. La posesión punible y no punible, que la droga sea para el propio e inmediato consumo, y no sea destinada para su comercialización, el análisis de decisiones jurisprudenciales que toma como modelo legislativo para sancionar el delito de Tráfico de Drogas; entre la figura genérica del que posee Drogas Tóxicas, para su tráfico ilícito de estupefacientes. En otro aspecto, es determinar la finalidad del legislador en la introducción de dicha figura agravante y principalmente poder discernir los elementos que concurren cuando el culpable de esta conducta tiene la profesión de educador que obre en el ejercicio de su encargo, al momento de realizar este delito. **Material y métodos:** se empleó una ficha de análisis de documentos en la presente Sentencia de Casación N.º 126-2012, del Supremo Tribunal, a través del Método Descriptivo Explicativo. El diseño fue no experimental ex post facto. **Resultados.** Se declaró fundada la casación apelada planteada por Elmer Américo Arribasplata Vargas contra el Juzgado Penal Colegiado de primera instancia. **Conclusión;** para los Jueces y tribunales, la configuración y determinación de una sanción penal está supeditada a la observancia de los principios de legalidad, proporcionalidad y motivación.

PALABRAS CLAVES: calidad del agente, tráfico ilícito de drogas, posesión punible, drogas tóxicas, profesión, educador.

CAPITULO I INTRODUCCION

La determinación de la pena es una de las labores más complejas para los operadores jurídicos penales y, en especial, para los Jueces y Tribunales. Consiste en el proceso por el que se transforma una pena imponible, de acuerdo con lo establecido en un determinado tipo penal del Código Penal, el Juez observa en concordancia los márgenes de discrecionalidad de que goza una serie de procesos informados por las reglas de la parte general del Código penal. Sin este precedente sería una decisión arbitraria.

EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, dentro de nuestro Código Penal el capítulo III Delitos contra la salud pública, en su sección II Tráfico ilícito de drogas, coexisten tres figuras penales: el tipo base de tráfico ilícito de drogas (art. 296), su forma agravada (art. 297) y la microcomercialización (art. 298); cada una de estas figuras cuenta en su redacción con verbos rectores que describen conductas delictivas de las cuales se deben subsumir (considerar algo) a las actividades realizadas por los sujetos que operan dentro de una red criminal; es decir son estas figuras donde se encuentra a todos los participantes en el delito del tráfico de drogas en actividad ilegal que tiene como último destinatario al consumidor.

Al existir la decisión cuestionada en relación a la determinación los **antecedentes** de la pena en la sentencia de vista, en el extremo que condeno al encausado como autor del delito contra la salud pública: Tráfico ilícito de drogas, circunstancia agravante en condición de educador, Casación N.º 126 – 2012 – Cajamarca, El presente estudio, efectuara el análisis de los alcances interpretativos de la circunstancia agravada sobre el hecho imputado al docente, es oportuno precisar que en el presente artículo 297º del código penal, se analizara los fundamentos con los que cuenta su forma agravante de posesión de drogas, sin perder de vista lo señalado por Prado Saldarriaga, señala que: “(...) en caso del inciso segundo del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal la agravante solo tiene en cuenta la profesión del infractor y la confianza social que ella inspira en la colectividad de un comportamiento ético de tales profesionales.(...)”¹.

Es preciso resaltar **la importancia** que cuando el legislador incorporo dicha figura penal del tráfico ilícito de drogas a la ley, “La modalidad agravada, ya tuvo su origen en

¹ PRADO SALDARRIAGA, “Agravantes relacionada con la condición del agente (incisos 1, 2,3)”, en Criminalidad Organizada. Lima: Idemsa, pp. 138-139.

el Perú, bajo la Ley N.º 4428, del 26 de noviembre de 1921, artículo 10 inciso 2 d), la cual sancionaba a todo aquel que lucre con drogas (...)²”. “tuvo en miras prevenir desde el inicio el consumo de drogas de los educandos que concurren a un establecimiento público o privado, debido a que la ley no distingue, a formarse. Nada puede ser más nefasto, para quien busca tomar una educación sana en el más puro sentido, que se le proporcione droga para que consuma. No hacía falta que la ley pusiera énfasis en aclarar: abusando de sus funciones específicas, en virtud de que ninguna función, aun administrativa, puede estar relacionada con el delito de tráfico ilícito. (...)³. Por su parte Peña Cabrera Freyre, sostiene que: “Cuando el agente tiene la profesión de educador; (...). Por esta **Razones** el grado de responsabilidad del agente se agrava por el hecho de tener la relación de profesor-alumno, que tiene implicancias no solo pedagógicas sino sociales. (...). La agravante in comento tiene como antecesor directo el Acuerdo Sudamericano sobre Estupefacientes y Psicotrópicos de 1973, el mismo que en su primer protocolo adicional - artículo 3. Inciso j – tipificaba como circunstancia agravante específica el hecho de que el agente tenga la condición de docente o educador de la niñez o juventud. Resulta importante destacar que para la educación de esta agravante no basta que el sujeto activo sea educador, sino que, el comportamiento sea realizado en el ejercicio de su profesión⁴.

Sentado lo expuesto, **el objetivo** a investigar del dispositivo legal sobre mi tema Tráfico de Drogas: la posición punible y su comercialización se configuraría en agravante, el solo hecho de poseer drogas para el consumo personal que es legal en nuestro país, en cantidad que no exceda de la dosis o cantidad permitido en el artículo 299º del Código Penal. La figura penal cambiaría a lo ilegal, si la conducta delictiva del poseedor (docente-profesional) excede la cantidad de drogas y abusando de su libertad de consumo genera daño o pone en peligro a terceros por el ánimo de lucro en su centro educativo. En materia de conclusión existe un vacío y paradoja interpretativo de la circunstancia agravada en la condición de educador prevista en el inciso 2º del artículo 297º del Código Penal, siendo el caso, debería reformarse el presente artículo porque constituye una conducta atípica en virtud del cual un determinado comportamiento (condición de docente-profesional), no se adecuaría al tipo penal del delito tráfico ilícito de drogas, y al ser de carácter absoluto (cuando la conducta examinada por el juez no es subsumible en el tipo penal).

² FRISANCHO APARICIO, Manuel, Tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, Jurista, 2006, p. 128

³ CORNEJO, Abel, Estupefacientes, 2da ed. Actualizada, Argentina: Ribunzal Culsoni, 2009, pp. 176-177.

⁴ PEÑA CABRERAFREYRE, Alonso R., Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos-perspectivas criminales, Lima: Jurista, 2009, pp. 177-178.

CAPITULO II

2.1. MARCO TEORICO REFERENCIAL.

2.1.1. Definiciones Teóricas.

CACERES SANTA MARIA, Baldomero (1994)⁵, en su investigación titulada “Informe sobre el Problema de la Salud y las Drogas”, llego a las siguientes conclusiones:

Los conceptos de “droga” o “drogadicción”, no son operativos, porque el primero es aplicado a sustancias de distinta naturaleza, variados efectos y consecuencias, mientras que el segundo, se presta a una serie de variantes. Para la Organización Mundial de la Salud (OMS), es droga “toda sustancia que introducida en un organismo vivo puede modificar una o más funciones de este”. Esta definición por ser tan amplia resulta poco útil.

Existe también una definición farmacológica para delimitar el campo. Desde este punto de vista, hay consenso en señalar que “droga es cualquier sustancia química – natural o artificial – que modifique la psicología o actividad mental de los seres humanos”. Pero, a pesar de este intento de restricción, cabrían dentro de la misma una serie de sustancias que van desde el azúcar, la cafeína, el chocolate, hasta el arbusto de la hoja de coca, la heroína, o la cocaína⁶.

De otra parte, nos encontramos con sustancias con similares características y efectos, unas en las listas de las legales y otras en las ilegales; así como con sustancias que no necesariamente generan daños a la salud humana en la lista de las prohibidas. Por ello, Rosa del Olmo, concluye que la diferenciación entre las drogas como buenas o malas, peligrosas o no, se debe a una percepción, más que a la realidad de las sustancias mismas.

Lo Bueno / Malo y lo Legal / Illegal

Vamos a poner en tela de juicio los conceptos que están en la base de las definiciones legales, a la luz de sus propios requisitos. Así, la identificación de

⁵ CACERES SANTA MARIA, Baldomero. “Drogas y Control Penal en los Andes”, En: *Informe sobre el Problema de la Salud y las Drogas*. Lima 2, Ed. Industria Gráfica S.A. 1994. Pp. 20-22.

⁶ DEL OLMO, Rosa: “Drogas, Percepciones o realidad”, En: *Nuevo Foro Penal* # 47. Bogotá, Ed. Temis, 1990. Pp. 95-108.

las drogas previstas en las listas prohibidas se realiza por el supuesto daño social, por el discurso que dice que ellas generan dependencia, porque el consumo de unas lleva al de otras más peligrosas (teoría de la escala), y porque son nocivas y peligrosas para la mente y el cuerpo; todo ello a diferencia de las denominadas drogas sociales, que tendrían características opuestas. Diversos estudios se han encargado de demostrar la relatividad, cuando no la falsedad de estos supuestos.

Dentro del campo de la salud, este concepto de La Nocividad abarca un rango que va, desde la generación de lesiones físicas y psíquicas, hasta la muerte. Las drogas prohibidas, consideradas en sí mismas, no son las que mas daño producen. Ello no niega que existan sustancias ilícitas nocivas, así, dentro de las sustancias actualmente prohibidas, la marihuana, cocaína, y la heroína, hay estudios que sostienen que ellas causan menos daños físicos que el alcohol y el tabaco, drogas socialmente aceptadas.

Respecto a los daños (lesiones y muertes) ocasionados por el consumo, el alcohol provoca más asesinatos, violaciones y crímenes violentos que la morfina, la heroína, la cocaína, la marihuana y todas las drogas peligrosas juntas. Concordamos en que ninguno de los criterios tradicionalmente utilizados para diferenciar las sustancias prohibidas de las permitidas, puede ser considerado como determinante para elaborar un determinado mecanismo de control. La diferenciación que el legislador suele hacer no corresponde al interés jurídico formalmente protegido, la salud humana. Vemos que en relación al consumo de algunas sustancias prohibidas no se da la afectación real o por lo menos una puesta en peligro de dicho bien. Por el contrario, hay drogas legales que si lo afectan o que lo afectan más que las ilegales. Por todo lo anterior, no cabe generalizar la equivalencia, reiteramos, entre el fenómeno del consumo de drogas ilícitas con el “problema de salud”.

FRISANCHO APARICIO, Manuel (2006)⁷, en su investigación titulada “Las Drogas: de los Orígenes a la Prohibición”, llega a las siguientes conclusiones:

El termino droga presenta diversas acepciones y es susceptible de ser definido desde distintas perspectivas no siempre coincidentes, es decir, que lo que es

⁷ FRISANCHO APARICIO, Manuel. “Tráfico de Drogas y Lavado de Activos”, En: *Las Drogas: de los Orígenes a la Prohibición*. Lima, Segunda Edición. Jurista Editores E.I.R.L. Mazo 2006. Pp. 66,67.

“droga” desde un determinado punto de vista puede no serlo desde otro.

La droga aparece conceptuada por el diccionario de la Real Academia de la Lengua de consuno al sentido común de la palabra, vale decir, como nombre genérico de ciertas sustancias minerales, vegetales o animales, que se emplean en la industria o en las bellas artes; y el estupefaciente como sustancia narcótica que hace perder la sensibilidad, por ejemplo, la morfina, la cocaína, etc.

Se trata de nociones genéricas extensas. Naturalmente, nuestro Código Penal no asume esta noción de droga y mucho menos de estupefaciente.

Desde una visión o concepción médica, la droga puede definirse como toda sustancia que, introducida en un organismo vivo, puede modificar una o más funciones. En base a esta noción podrían ser reputadas como drogas todos los fármacos, todos los alimentos, muchos vegetales, productos químicos de síntesis, y otras sustancias.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. (2010), en su investigación titulada “Las Drogas, su Descripción Morfológica, Medica y sus Repercusiones en el Consumo Humano”, llego a las siguientes conclusiones:

El término “droga” se utiliza para referirse a aquellas sustancias que provocan una alteración del estado físico y psicosocial y son capaces de producir adicción. Incluyen no solo las sustancias que popularmente son consideradas como drogas por su condición de ilegales, sino también diversos psicofármacos y sustancias de consumo legal como el tabaco, el alcohol o las bebidas que contienen derivados de la cafeína o la teofilina, como el café o el té; además de sustancias de uso doméstico o industrial, como los pegamentos y los disolventes volátiles.

Asimismo podemos definirla de la siguiente manera: “Droga psicoactiva es toda sustancia de origen natural, químico o medicamentoso y que, por su composición, al ser introducida al organismo viviente, mediante cualquier vía de administración (oral, nasal, endovenosa, entre otras) genera alteraciones o trastornos en el sistema nervioso central, causando efectos nocivos en el organismo, afectando de esta manera su natural funcionamiento, siendo capaz

de inducir la autoadministración ante el consumo continuo y prolongado, estableciéndose alteraciones fisiológicas duraderas ya sea de tolerancia y/o abstinencia para finalmente cristalizar en un patrón de abuso / dependencia”.

La clasificación ha ido evolucionando con el tiempo, para una mejor comprensión, dada por su origen, formas de uso, efectos sobre el sistema nervioso central y por su situación jurídica, para finalmente incluir las clasificaciones más recientes en materia de las adicciones.

I. Por su origen

a. Drogas naturales. Son aquellas que se recogen directamente de la naturaleza para ser consumidas por el individuo, como la marihuana y sus derivados, mescalina, opio, chamico (Datura estramonio), Ipomoea, etc.

Lo “natural” hace referencia a que al principio activo de la droga está presente en la materia vegetal (amapola, hoja de coca, uva, tabaco, café, etc.)

b. Drogas semisintéticas. Son obtenidas por síntesis parcial. Incluso, el aislamiento de ciertos alcaloides hace posibles efectos más potentes en las drogas: heroína, bupernorfina, leuorfanol, dihidrocodeína, entre otros.

c. Drogas sintéticas. Son aquellas sustancias producidas o elaboradas solo en laboratorio, como los barbitúricos, meperidina, fenciclidina, LSD25, MDA (“droga del amor”), MDMA 3,4-metilendioximetanfetamina (“éxtasis”), metadona, etc.

II. Por su Forma de uso

a. Drogas sociales. Son sustancias cuyo consumo es aceptado por el entorno social. Es decir, están vinculadas con las costumbres de una población o segmento social. (Alcohol etílico, Tabaco “benzopirenos, alquitrán, etc.”, Café “cafeína”).

b. Drogas folclóricas. Son sustancias cuyo uso forma parte del legado cultural, místico, religioso, tradicionales, para ciertas enfermedades o trastornos de personalidad. (Ayahuasca, Sanpedro “tricbocoerus pachanpi”, Hongos alucinógenos “amanita muscaria, cucumelo, ololiuqui, etc.).

c. Drogas terapéuticas. Son aquellas sustancias de uso médico legal, es decir,

las venden en farmacias (Valium, Librium).

d. Sustancias objeto de abuso. Estas tienen en particular la característica de que no tienen uso terapéutico ni tampoco son legalizadas, (Marihuana, Pasta básica de cocaína, heroína).

e. Sustancias inhalantes. Son materiales volátiles que pueden ser consumidas por el organismo humano mediante la inhalación. (Pegamento industrial “terokal, pegasan, etc.”, tiner, bencina).

III. Por sus efectos sobre el sistema nervioso central

a. Drogas estimulantes. Afectan el sistema nervioso central manifestando el individuo conductas de hiperactividad, locuacidad, aceleración a nivel físico y psíquico. Esto es generado por sustancias como la cocaína, el tabaco, café, medicamentos (las anfetaminas, broncodilatadores), entre otros.

b. Drogas depresoras. Estas sustancias producen aletargamiento, lentitud en los movimientos y alteración de la función cognitiva. Entre ellas tenemos: alcohol etílico, morfina, codeína, heroína, barbitúricos, etc.

c. Drogas alucinógenas. Son sustancias que en el sistema nervioso central producen distorsión de la realidad y alucinaciones. Entre ellas tenemos: marihuana, LSD, mescalina, psilocibina, etc.

IV. Por su situación jurídica

a. Drogas “legales”. Existe una permisividad por la ley y no hay prohibición para su consumo, por tanto, la sociedad las utiliza, así tenemos: anfetaminas, alcohol, tabaco, café, laxantes, vitaminas, antibióticos, analgésicos.

b. Drogas “ilegales”. Son aquellas prohibidas por la ley, totalmente dañinas para el organismo humano: cocaína y sus modalidades de presentación, marihuana y sus derivados, opio, heroína, LSD. Así también, es importante distinguir entre los conceptos “uso” y “abuso”.

b.1. Uso. Es aquella relación con las drogas en el cual, tanto por su cantidad, como por su frecuencia y por la propia situación física, psíquica y social del sujeto, no se producen consecuencias negativas en

el consumidor ni en su entorno. Sin embargo, en la práctica es preciso evaluar minuciosamente antes de valorar como “uso” una determinada forma de consumo. No basta solo con ver la frecuencia, porque podrían darse consumos en apariencia no excesivos, pero repetidos con tanta frecuencia que estarían sugiriendo algunos indicadores de hábito y dependencia.

b.2. Abuso. El manual diagnóstico y estadístico de las enfermedades mentales, define en su cuarta edición (DSM-IV) el abuso de sustancias como un patrón desadaptativo de consumo que tiene consecuencias adversas significativas y recurrentes para el usuario, tales como incumplimiento de obligaciones importantes, consumo recurrente de las sustancias en situaciones en las que hacerlo es físicamente peligroso, problemas legales, sociales e interpersonales frecuentes. Cuando se han presentado uno o más de estos problemas a lo largo de los últimos doce meses se considera que hay abuso.

En el caso de las drogas se puede ejemplificar con alguien que ha empezado a experimentar con la cocaína de manera frecuente, que ha llegado tarde a su trabajo o escuela a causa de ello, que se ha excedido en sus gastos para poder adquirirla y/o que tiene problemas con su familia por el consumo de esta sustancia. Para los fármacos de prescripción médica, el panorama puede ser, al menos superficialmente, diferente. En este caso se habla de abuso cuando hay un consumo diferente al prescrito por el médico. Esta incluye tomar la sustancia por sus efectos subjetivos, en cantidades mayores o con más frecuencia de lo recomendado, por razones diferentes a las que fueron indicadas o por rutas de administración distintas a la recomendada (por ejemplo, por vía intravenosa en lugar de oral), todo ello acarrea consecuencias adversas para la salud.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. (2010)⁸, en su investigación titulada “Tráfico ilícito de Drogas”, llega a las siguientes conclusiones:

Por otro lado, bien dice el rotulo de protección legal de la Sección II del Capítulo III:

⁸ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. “Derecho Penal – Parte Especial”, edición Idemsa – 2010, tomo IV, pág. 44 - 48.

«Tráfico Ilícito de Drogas», se deduce claramente, entonces, que existe en nuestro país un «Tráfico Lícito de Drogas». En efecto, existe un mercado emergente de drogas lícitas, en primera línea, hacemos alusión al alcohol y al tabaco, cuya producción es de índices cuantitativos notables. El expendio de alcohol, a través de la cerveza, ron, vodka, pisco y otras bebidas alcohólicas en el Perú adquiere una gran producción, una industria que reporta ganancias y dividendos significativos, no en vano, observamos toda una guerra de las empresas cerveceras, en cuanto a la utilización de las botellas tradicionales, mediando el gasto de sumas de dinero cuantiosas, en comparación con otros productos, así vemos la cantidad de spots publicitarios que se difunden en los medios de comunicación social.

El consumo de alcohol de forma permanente y habitual produce graves estragos en el organismo humano, no sólo de orden fisiológico, como es de verse en el cáncer al hígado (cirrosis), enfermedades hepáticas, etc., sino también de orden psíquico (alteraciones en el sistema nervioso, carácter reactivo, etc.). Un consumo excesivo de alcohol genera comportamientos violentos en el ser humano, no por gusto se devela de las noticias forenses que muchos delitos, como las lesiones y las violaciones sexuales, se cometen bajo la ingesta de alcohol. La violencia familiar que cunde en los hogares peruanos es producto de muchos factores, entre éstos: el consumo de alcohol; de modo que el control y fiscalización en su expendio en la población debe ser una tarea prioritaria del Estado, sobre todo cuando se comercializa a menores de edad. Bajo los conceptos antes anotados, nos preguntamos, ¿sería conveniente prohibir el comercio y expendio de bebidas alcohólicas, bajo la premisa de que dichos productos también producen daños estimables en el organismo humano?

Como dicen en la doctrina, sabido es que el derecho no prohíbe el tráfico de todas las drogas como el tabaco y el alcohol es legal y no constituye delito, a pesar de los estragos que están ocasionando en la salud de las personas, lo que ha sido objeto de críticas pues supone un trato más favorable para estas sustancias sólo por haber entrado a formar parte de los usos de nuestra sociedad de consumo, a pesar de ser tan nocivas como algunas ilegales.

En el caso del consumo del tabaco, las consecuencias negativas son indiscutibles, al constituir una causa preponderante en la formación de enfermedades pulmonares y, en especial, en el letal cáncer al pulmón. Cada vez son más las víctimas letales por el consumo indiscriminado del cigarrillo; a lo cual cabe agregar, los denominados «fumadores pasivos», aquellos que se contaminan en lugares cerrados donde otros

fuman cigarrillos y sus derivados. Por ello, el Estado sancionó la Ley N.º 25357, que prohíbe fumar en lugares públicos.

A lo dicho, cabe decirse que muy difícilmente el Estado tomaría la decisión de prohibir la comercialización del alcohol y del tabaco, fundamentalmente, por razones de orden económico y financiero. Son significativas las sumas que obtiene la Administración en recaudación tributaria, por concepto del Impuesto General a las Ventas (IGV) y por concepto del Impuesto Selectivo al consumo (ISC). Nos preguntamos cuándo recauda la Hacienda Fiscal por dichos rubros. De recibo, entonces, el Estado tiene un interés económico en mantener la legalidad de dichas actividades comerciales; a lo más, se les obliga a colocar ciertas advertencias en sus envases, envolturas, en cuanto a la dañabilidad de su consumo.

En resumidas cuentas, no es que el Estado es hipócrita cuando prohíbe la venta y/o comercialización de la marihuana y del clorhidrato de cocaína, a lo cual debemos sumar a las denominadas «drogas sintéticas», aquellos productos elaborados químicamente con el fin inmediato de provocar perturbaciones en los estados psicomotrices del individuo como el "Éxtasis", que es consumido por los niveles socioeconómicos más altos de la sociedad peruana; tomando en cuenta, también, que en el marco de un Estado de Derecho, cada quien es libre para hacer con su cuerpo, - con su organismo- lo que le plazca, la «autodeterminación conductiva» en sociedad es un presupuesto esencial en un régimen donde se respetan las libertades fundamentales. En todo caso, se trataría de una «Auto-Puesta en peligro», que, por criterios de Imputación Objetiva, deberían quedar fuera del radio de acción de los tipos penales. De ahí, que el consumo de drogas y/o estupefacientes no sea constitutivo de delito, conforme se desprende del artículo 299º del CP. La reacción jurídico-penal se reserva a todos aquellos que lucran a expensas de la salud de las personas, es decir, la represión se dirige al «comercializador», al «traficante de drogas», al llamado: «drug dealer».

Punto aparte merecen los «medicamentos», como productos químicos elaborados para provocar ciertos efectos en el organismo humano, que en principio se dirigen a curar ciertas enfermedades. Si bien el consumo humano de las medicinas está condicionado a una prescripción médica, no es menos cierto que su empleo indiscriminado puede generar estragos en la salud de una persona y también fármaco-dependencia, caracterización aplicable al género de las drogas. Es el caso de los ansiolíticos, antidepresivos, y otros fármacos. La dosis desmesurada de una

determinada medicación puede tener como desenlace la muerte o lesiones de gravedad. En referencia, cabe mencionar también que la "coca" en su entidad natural posee efectos medicinales, terapéuticos innegables en la cura de ciertas enfermedades. Aspecto en cuestión que ha sido valorado por el legislador al haber tipificado en el artículo 300° del CP el delito de Prescripción Ilegal de Drogas y Medicinas.

Los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas son injustos de gravedad, en mérito a la naturaleza del bien jurídico protegido, al involucrar una esfera importante de la sociedad; por ello, el legislador fijó marcos penales muy drásticos, que pueden llegar a los 35 años de pena privativa de libertad, como es de verse en los artículos 296°-A y 297°. A ello, cabe agregar que la intervención del Derecho penal en este marco de la delincuencia no está supeditada a la causación de un resultado lesivo, al constituir verdaderos «delitos de peligro», técnica de tipificación penal propia de los bienes jurídicos supraindividuales. No sólo no se necesita la producción de un perjuicio materialmente verificable para que se legitime la punición, sino que meros actos preparatorios son objeto de represión conforme se detalla en los artículos 296°-A y 296°-B.

Sin duda, el desvalor de los comportamientos contenidos en la Sección II del Capítulo III del Título XII del CP, revelan un reproche no sólo jurídico y social, sino también ético, al manifestar una reprobación de ciertos sectores de la sociedad, a todos aquellos que proveen a los ciudadanos de las drogas de comercio «ilícito», en cuanto a considerarse una actuación que degrada la persona humana, al someterla a los vicios más deleznable, como una especie de pérdida del individuo en un pozo oscuro. Reparos morales que en realidad no son consecuentes, en el sentido de que la embriaguez es una conducta «socialmente tolerada». Tal como se pone de relieve en la doctrina la adicción del alcohol y el tabaco, es la causa de más alta mortalidad conforme estadísticas de la Organización Mundial de la Salud, por lo que si realmente es la salud la que se intenta proteger, éstas también deberían prohibirse.

A contraste de una sociedad conservadora, que quiere reprimir cualquier tipo de comportamiento «socialmente negativo», surge una posición más liberal, que tiende a la «liberalización del comercio de las drogas», basada tal vez en un pleno reconocimiento de la «voluntariedad humana», en un régimen jurídico-estatal que ha de respetar la conducción del ser humano, en lo que desea hacer con su vida. Dicha postura de política criminal ha sido asumida por algunos Estados de Europa

Occidental, como Holanda, donde el propio Estado proporciona a los consumidores los inyectables desechables para la administración de la heroína. Una visión así concebida, puede resultar una fórmula idónea para resolver la problemática que se origina como consecuencia de la represión del tráfico de ciertas drogas; entre éstas el contagio de enfermedades mortales como el VIH y la presencia del Crimen Organizado.

A nuestro entender, la postura anotada puede tal vez postularse en Estados más avanzados, que cuentan con un mayor presupuesto para ajustar sus políticas sociales a las demandas que dicho sistema genera. De seguro que deben crearse mayores centros de rehabilitación, centros sanitarios y, de cierta forma, se fomenta el ocio y el desempleo, pues algunos volcarán todo su tiempo al consumo de la droga. Aunque también debe anotarse que, para un sector de la población, el consumo de algunas sustancias (psicotrónicos), se basa en el deleite de hacer aquello que está prohibido.

En nuestra consideración, el Perú está muy lejos de poder adoptar una política criminal despenalizadora del tráfico de drogas; por lo que resulta aún necesaria la criminalización de los más graves comportamientos, que en su quehacer delictivo provocan perjuicios significativos al interés jurídico-penalmente tutelado, en mérito al crecimiento del consumo de drogas y al emergente mercado internacional de consumo, que determina la aparición de una Criminalidad muy sangrienta en su accionar, que requiere ser frenada por la política criminal del Estado. A la par, se deben articular políticas-sociales destinadas a la propalación de campañas de difusión, sobre todo a la población más joven, para informar de los perjuicios que el consumo de drogas provoca en el ser humano y en sus relaciones con sus prójimos; para que cada quien sepa con exactitud los riesgos que está corriendo cuando se inserta en el consumo de las drogas.

Siguiendo a TAZZA, diremos que el avance más significativo del consumo y tráfico de los estupefacientes obliga a las naciones y especialmente a las legislaciones preventivas y/o represivas a revisar constantemente sus disposiciones internas para ser ajustadas a las tendencias de actualidad y a la planificación de políticas preventivas en materia de drogas tóxicas, en forma paralela a la nueva visión económica y delictiva de aquellos países productores o fabricantes de novedosas formas de estimulación que ponen en riesgo la salud pública a nivel mundial, destacándose en algunos casos, representan políticas de estado en atención a constituir dichas actividades una gran porción de sus respectivas economías.

Y probablemente del acierto de escoger la política adecuada, que nunca debe basarse en la represión a ciegas, dependerá la posibilidad de que prospere la finalidad última que debe perseguir el legislador: la disminución de los efectos sociales nocivos que genera el tráfico de estas sustancias⁹.

2.1.2. DEFINICIONES CONCEPTUALES.

- CONSUMO DE DROGAS EN EL PERÚ

Uso de drogas requieren información descriptiva sobre las características de los consumidores, El tipo de drogas que emplean y la frecuencia de empleo de las mismas.

En base a dicha información es posible establecer qué poblaciones están en mayor riesgo de involucrarse en el consumo, las mismas que se convierten en grupo objetivo de las acciones preventivas; los adolescentes y jóvenes, los escolares, las personas que residen en sectores urbanos marginales o las familias que tienen miembros consumidores son ejemplos de poblaciones que

Generalmente obtienen atención en la mayor parte de programas preventivos debido a sus importantes niveles de riesgo, que precisamente son detectados a través de los estudios epidemiológicos.

La epidemiología es una ciencia que busca describir la magnitud de una enfermedad y las características de quienes la presentan en determinado lugar y momento. En el caso de las drogas esta disciplina busca recoger información vinculada al número de consumidores o al porcentaje de personas que están en riesgo de desarrollar una adicción; describiendo sus características demográficas y psicosociales en comparación con los no consumidores para establecer hipótesis sobre los factores que podrían estar predisponiendo al consumo.

A nivel del Perú, CEDRO ha llevado a cabo ya varios estudios sobre epidemiología de drogas en hogares, comenzando desde el año 1986. Si bien la metodología empleada y la cobertura han tenido ciertas variaciones entre un estudio y otro, en general se ha

⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. “Derecho Penal – Parte Especial”, edición Idemsa – 2010, tomo IV, pág. 44 - 48.

buscado mantener la comparabilidad de los resultados, con el fin de efectuar un seguimiento sobre las tendencias de Consumo y poder establecer el efecto de los esfuerzos de lucha contra las drogas en que el país se ha embarcado.

Más recientemente, otras instituciones se han involucrado también en la indagación epidemiológica, tales como DEVIDA. Proyectos de distintos organismos nacionales, internacionales y extranjeros también han incorporado componentes epidemiológicos en sus planes de acción. A continuación se recoge información proveniente de tales fuentes para presentar una perspectiva panorámica sobre la magnitud y características del consumo de drogas en el Perú.

- DROGAS LEGALES (SOCIALES)

ALCOHOL

En el Perú el abuso y dependencia alcohólica se ha convertido en una problemática de salud pública que ha llegado a tener ribetes endémicos. Los elevados indicadores de prevalencia de vida para esta sustancia obedecen a variados factores, entre los que destacan la tolerancia social, creencias, mitos, disponibilidad, la presión social y los mecanismos de inducción y sensibilización al consumo particularmente en poblaciones especiales como son los adolescentes y jóvenes de ambos sexos.

Se aprecia entonces que el alcohol es una droga social con gran aceptación entre la población, debido probablemente a que la sociedad no ofrece barreras o controles para su venta y consumo; más por el contrario resulta ser índice de buena educación el ofrecerlo en ocasiones sociales y es de empleo obligado en momentos trascendentes de la vida, como matrimonios, graduaciones e incluso sepelios.

Tabaco

En el Perú el tabaco está dejando de ser droga social en muchos ambientes y su uso legal viene siendo restringido ya que está prohibido fumar en lugares públicos y hacer propaganda del tabaco todo el día en medios masivos. Sin embargo la propaganda abierta y encubierta está dirigida al propiciar el consumo precoz de jóvenes y mujeres que según se aprecia están fumando cada vez más.

El más reciente estudio epidemiológico a nivel nacional realizado por CEDRO el año 2010 muestra que el consumo de tabaco continúa ocupando el segundo lugar en el consumo de drogas; siendo una droga de elevada toxicidad y la que causa el mayor número de casos de enfermedades severas y muerte; es así que su uso continuo se asocia a enfermedades cardiovasculares con secuelas de infarto del miocardio y accidentes vasculares cerebrales.

Se aprecia pues que el consumo de drogas legales requiere más atención de la que actualmente recibe, quedando claro que la prevención de las drogas ilegales debe comenzar previniendo el consumo de las que les preceden, como son las legales. Aunque muchos organismos tanto públicos como privados se encuentran empeñados en acciones de prevención, aún la tarea es ardua y requiere una activa participación de todos los sectores de la sociedad peruana.

- *DROGAS ILEGALES*

Se llaman drogas ilegales a todas aquellas sustancias cuyo consumo, producción y comercialización están penalizados y no son socialmente permitidos debido a que existe general consenso respecto a los daños que ocasionan a la salud de los usuarios. En el caso peruano las drogas ilegales con mayores porcentajes de consumo son la marihuana, la pasta básica de cocaína (PBC) y el clorhidrato de cocaína, a las que recientemente se han sumado el éxtasis de alta toxicidad y el aún incipiente consumo de heroína.

- *MARIHUANA, PBC Y COCAINA*

El más reciente estudio epidemiológico realizado por CEDRO el año 2010 muestra que en la población urbana peruana entre 12 y 64 años la marihuana ocupa el primer lugar de consumo; seguida por la PBC y el clorhidrato de cocaína, que continúan apareciendo desde los primeros estudios en los años 80. Sin embargo, en los últimos años a estas 3 drogas ilegales se les han sumado los reportes de creciente consumo de éxtasis y heroína.

En este mismo estudio se ha visibilizado el consumo de éxtasis (1.3%), aunque este tendría que ser revisado pues algunas personas podrían estar reportando su empleo cuando en realidad están empleando falsificaciones; es decir, estarían presentando intención de consumo más no un consumo efectivo.

Es claro pues que el consumo de drogas ilegales es grave para el país y requiere la mayor atención por parte de las autoridades educativas y políticas del país. Hay que reconocer que en el Perú se producen drogas que llegan a la población a bajos precios y en muchos puntos de distribución. Es necesario identificar cuáles son los factores de riesgo que afectan a la población y enfrentarlos directamente; solo de esa manera será posible ir venciendo la amenaza de las drogas.

- ÉXTASIS

Éxtasis es el nombre que se da a un derivado de la anfetamina y de los alucinógenos, la metilendioximetanfetamina, droga sintética de elevada toxicidad y peligrosidad, de uso preferentemente oral, con propiedades estimulantes del sistema nervioso central (SNC). En el Perú esta droga se ha posicionado en los espacios de diversión, preferentemente en fiestas denominadas 'rave', donde la música electrónica es la norma.

Los reportes iniciales indicaron que esta droga era consumida principalmente por jóvenes entre los 18 a 22 años en fiestas y discotecas del sur de la capital; luego su uso ha comenzado a diseminarse hacia todos los grupos sociales. La venta de pastillas estimulantes bajo el nombre de éxtasis hace que cualquiera pueda ser engañado y los niños pueden ser inducidos a probarlas ya que su uso no es detectado por sus padres o profesores como ocurre con el alcohol o el tabaco que dejan olor persistente que se percibe con facilidad.

- OPIO Y DERIVADOS – HEROÍNA

El cultivo de la adormidera (amapola del opio) es una realidad en el Perú y cada vez son más frecuentes e importantes los decomisos efectuados por las fuerzas policiales, indicando una producción que va en aumento y que representa un rendimiento económico bastante mayor que el de la cocaína para campesinos y traficantes.

El alto contenido de alcaloides y la facilidad de su extracción y transformación en heroína hacen que sea considerado un problema difícil de resolver. La aparente disponibilidad de opio y heroína ha dado lugar a que se detecten casos de consumo y aunque los porcentajes son marginales, la llamada de atención es clara: ya habría uso de opio y heroína en proporción detectable por encuesta de hogares. Esto sumado a la creciente disponibilidad debe servir de advertencia para reforzar las acciones

preventivas específicas en drogas opiáceas y de control.

El estudio epidemiológico del 2010 en población urbana peruana ha detectado el uso de opio y heroína en baja proporción (alrededor del 0.1%); pudiendo pensarse que muchas de estas personas emplearon dicha sustancia en el extranjero; mereciendo atención pues es un consumo que de no ser abordado directamente podría incrementarse de manera desmesurada, lo cual es grave pues es una de las drogas que genera mayores niveles de adicción, violencia y descomposición social.

- DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

En lo que respecta a las normas penales, además de las disposiciones contenidas en el Código Penal que regulan el delito de tráfico de drogas (que a su vez han sido objeto de modificaciones e incorporación de nuevos tipos penales), está vigente el Decreto Legislativo No. 824, que aprueba la ley de lucha contra el narcotráfico y que declara de interés nacional la lucha contra el consumo de drogas en todo el territorio y que para tal efecto constituye la Comisión de lucha contra el consumo de drogas "CONTRADROGAS" (artículo I ° del Decreto Legislativo No. 824).

El tema de las drogas y su tráfico es complejo en el Perú y en otros países de la región andina. Al respecto se han desarrollado una serie de políticas para afrontarla, así como diversas medidas; entre ellas las de materia penal.

Tipo objetivo del delito de tráfico de drogas (art.296° primer párrafo CP)

El Sujeto *activo del delito* puede serlo *cualquier persona*, por lo que nos encontramos ante un delito común. Sujeto *pasivo* lo es *la colectividad*, asumiendo su representación el Estado.

En cuanto a la *conducta prohibida*, la norma penal reprime: **Los actos de fabricación o tráfico**, el tipo penal señala los siguientes elementos de la conducta prohibida:

I °. Promover, favorecer o facilitar el consumo, ello implica que el agente con su conducta debe materialmente promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas, considerándose un delito de peligro concreto". La promoción implica el impulsar el consumo de droga en un lugar en donde no se ha iniciado el consumo, el favorecer conlleva a la expansión del consumo y el facilitar se refiere a proporcionar droga a quien ya está iniciado en el consumo. El consumo ilegal está en relación con

el consumo ajeno no autorizado.

2°. Que el agente desarrolle su acción mediante actos de fabricación o tráfico, es decir mediante conductas de producción de drogas o de comercio de tales sustancias. Como actos de fabricación puede entenderse el preparar, elaborar, manufacturar, componer, convertir o procesar la droga; como actos de tráfico puede comprenderse el ofrecer, expender, vender, distribuir, despachar, transportar, importar, exportar, expedir en tránsito la droga.

3°.- El objeto material sobre el que recae la acción: drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. El tipo penal sólo se refiere al género médico y a los efectos clínicos de las sustancias fiscalizadas sin distinguir en sus especies ni en su grado de nocividad, teniendo por tanto un tipo penal en blanco" y que debemos integrar con algún criterio. Un sector de la doctrina entiende que los conceptos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas son derivados de los planteamientos que sobre la materia han propuesto las tres últimas convenciones de las Naciones Unidas, incluida la que reprime el tráfico ilícito. En este sentido son objeto de represión penal no sólo las llamadas drogas "tradicionales" (cocaína, opio, etc.) enmarcados dentro de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, sino que además se incluyen las llamadas "sustancias sicotrópicas" que son resultado del Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971. Así, se introducen como objeto de represión penal sustancias como los alucinógenos (LSD, mescalina, etc.), los estimulantes (drogas de tipo anfetaminas) y los sedativos-hipnóticos (drogas tipo barbitúricos)".

Ejemplos:

- Incurrirán en tráfico de drogas los que trasladan en vehículos interprovinciales pasta básica de cocaína para su comercialización en Lima.
- Incurrirá en fabricación de drogas quien en una zona agreste de la selva tenía en su terreno pozos de maceración en la que mezclaba la hoja de coca con sustancias químicas para su procesamiento y transformación en pasta básica de cocaína.
- La *posesión con fines de tráfico*, en cuanto al aspecto objetivo del tipo se exige que el agente tenga en su poder o ámbito de dominio la droga. Pero el tipo pe-

nal exige un elemento subjetivo especial para configurar el delito, que analizaremos en el siguiente acápite.

- DESCRIPCIÓN JURÍDICA DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Debemos entender como primer punto en la cadena del ilícito del TID – Microcomercialización que existe un bien jurídico tutelado y que es trasgredido por la comisión de este delito y es la salud pública, entendiendo esta como indica MUÑOZ CONDE^[1]: " Aquel nivel de bienestar físico y psíquico que afecta a la colectividad, a la generalidad de los ciudadanos" o el conjunto de condiciones que positiva o negativamente garantizan y fomentan la salud de los ciudadanos.

El Estado en salvaguarda de este bienestar físico y emocional al amparo de la Constitución^[2] declara como delito el TID, no así, el consumo, pues atentaría contra su propia libertad. Pero esta Salud Pública resulta no ser meramente una ocupación del Estado sino un problema global, por lo que estamos de acuerdo con el profesor Morillas Cuevas^[3] que el delito de Tráfico de Drogas en las diversas dimensiones que puede presentarse es un problema de derecho interno y por tanto responsabilidad del Estado, pero a su vez es un tema del Derecho Internacional, dada la globalización del tráfico y su impacto internacional e influencia en los distintos convenios internacionales de los cuales son signatarios la mayor parte de los Estados.

Entendiendo que la Microcomercialización de Drogas en lo referente a los Delitos de TID es en si una cadena comercial e ilícita, debemos comprender en ella a la Salud Pública tal como la expresa Carbonell^[4] como un valor comunitario inmanente a la idea de la convivencia humana, íntimamente unido a la meta de una mejor calidad de vida, por lo cual como integrante de la colectividad o de la sociedad se tiene derecho a un estado de salud general más allá de lo individual.

Por estas razones el Estado decide limitar el mercado de drogas y todas aquellas sustancias susceptibles de alterar la salud pública, controlando el ciclo de la droga desde el cultivo hasta el consumo, esto porque su naturaleza ilícita extiende un alcance de las graves consecuencias que lleva aparejado el aumento a escala mundial de este tráfico ilícito, se extienden tanto a los Estados productores y de tránsito como a los Estados consumidores, poniendo en peligro los sistemas socio- económicos, la estabilidad política y económica e incluso la seguridad nacional de los primeros, y contribuyendo de forma decisiva al deterioro de la salud, a la marginación social y al aumento de la delincuencia en los segundos. A ello se añade, además, la progresiva

vinculación del tráfico ilícito de drogas a otras actividades delictivas de una dimensión transnacional, como el terrorismo, el comercio ilícito de armas o el blanqueo de dinero[5].

Culminada la explicación del bien jurídico protegido, pasaremos a exponer la configuración en si del delito de TID siguiendo a Sequeros Sazatornil, quien establece que para la configuración del delito de TID se requiere “el concurso o la concurrencia de dos elementos: uno objetivo, consistente en la tenencia o posesión de la droga, elemento que es susceptible de prueba directa, y otro, subjetivo, que se traduce en una actitud personal cual es la que dicha posesión este pre-ordenada al tráfico; y, como este segundo elemento acaece en el plano de las intenciones al no ser sensorialmente susceptible, no puede ser objeto de prueba directa, sino que se infiere de los datos objetivos que se hallen cumplidamente acreditados, pudiendo ser de estos datos de los que se traduzca la intención del destino de la droga poseída: la cantidad ocupada, la forma en que la misma se encontrase, la existencia de una industria, por pequeña que sea; la no condición de drogadicto del poseedor, el lugar en que se hallase ocultada, etc”[6].

Recordemos también que en los delitos de TID – Microcomercialización, el tipo subjetivo del delito de posesión de drogas tóxicas, exige no solo la posesión de drogas, sino también el poseerlas con la finalidad de destinarlas al tráfico ilícito, el determinar tal finalidad está en función de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto[7], por lo que podemos inferir que la posesión solo será punible si concurre la intención de traficar debiendo en consecuencia probarse en el proceso penal la concurrencia de dicho elemento[8] subjetivo del tipo[9]. Y dicha intención debe de ser revelada mediante datos en esencia objetivos, elementos que en conjunto puedan deducir dicha intención delictiva[10].

Cumplidos los supuestos objetivos del artículo 296 del CP, es preciso que para su configuración se presenten también el supuesto objetivo –imputación subjetiva-, esto es, el dolo, el conocimiento y la voluntad del agente respecto a los siguientes extremos: a) de la conducta que lleva a cabo, b) del objeto de la conducta: tenga conocimiento que su objeto de referencia son drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y que estas causen grave daño a la salud, caso contrario, estaremos frente a un error de tipo, c) que sus actos sirvan a la difusión del consumo ilegal de las drogas, y, d) conocimiento de la ilicitud penal de la conducta[11].

2.2. OBJETIVOS.

2.2.1. OBJETIVO GENERAL:

- Analizar desde el punto de vista jurídico, teórico y legal la Casación N° 126-2012-CAJAMARCA – Tráfico Ilícito de Drogas agravada por la condición de educador.

2.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Determinar si en el presente caso se ha configurado el tipo penal de tráfico ilícito de drogas en su modalidad agravada por la condición del agente (artículo 296 segundo párrafo del Código Penal).
- Identificar los criterios establecidos por la Corte Suprema como doctrina vinculante para los casos de delitos agravados por la condición del agente.

2.3. VARIABLES.

2.3.1. Identificación de las variables

- **VARIABLE INDEPENDIENTE:**

Tráfico ilícito de drogas.

- **VARIABLE DEPENDIENTE:**

Condición docente del agente.

2.4. SUPUESTOS.

- Si el agente ostenta la condición de docente, entonces debe ser procesado y sentenciado por el delito de tráfico ilícito de drogas en su modalidad agravada (artículo 296 segundo párrafo del Código Penal), con una sanción más gravosa por la concurrencia de agravante.

- Se requiere verificar en el agente, además de ostentar la condición de docente, otros factores concurrentes para que pueda ser procesado y sancionado por el delito de tráfico de drogas en su modalidad agravada (artículo 296 segundo párrafo del Código Penal).

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

3.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.

La presente investigación se enmarca dentro del nivel de investigación DESCRIPTIVA de tipo socio-jurídico.

3.2. MUESTRA.

La muestra de estudio estuvo constituida por la Casación N° 126-2012-CAJAMARCA – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS: LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE LA CONDICIÓN DEL EDUCADOR.

3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Las técnicas a utilizarse en el presente trabajo de investigación son las que a continuación se detallan:

ANÁLISIS DOCUMENTAL, con esta técnica se obtendrá la información sobre la Casación N° 126-2012-CAJAMARCA – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS: LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE LA CONDICIÓN DEL EDUCADOR.

3.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Para la recolección de datos se realizó las siguientes actividades:

1. Se solicitó el Expediente al Catedrático responsable del Programa de titulación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCP.
2. Luego se realizó el análisis de la Casación N° 126-2012-CAJAMARCA – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS: LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE LA CONDICIÓN DEL EDUCADOR, desde el punto de vista normativo y doctrinario mediante el método deductivo.
3. Se procedió posteriormente a la elaboración de los resultados encontrados.

4. La recolección estuvo a cargo de la autora del método de caso.
5. El procesamiento de la información se realizó mediante el uso del Código Penal, del Código Procesal Penal y la Casación N° 126-2012-CAJAMARCA – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS: LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE LA CONDICIÓN DEL EDUCADOR.
6. Durante toda la recolección de información se aplicaron los principios éticos y valores.

3.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO.

Los instrumentos utilizados no fueron sometidos a validez y confiabilidad, por tratarse de instrumentos documentarios, exentos de mediciones y por tratarse de una investigación de tipo descriptivo con respecto a la Casación N° 126-2012-CAJAMARCA – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS: LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE LA CONDICIÓN DEL EDUCADOR.

3.6. PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA.

En todo momento de la ejecución del anteproyecto, se aplicó los principios de la ética, así como los valores de la puntualidad, orden y se tuvo en cuenta la confidencialidad, anonimato y privacidad.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

Con respecto al análisis de la Casación estudiada, de acuerdo al recurso de Casación interpuesto por la defensa técnica del encausado Elmer Américo Arribasplata Vargas, contra la sentencia de vista del 09 de marzo de 2012, que confirmó la sentencia de primera instancia en el extremo que condenó al encausado como autor del delito contra la salud pública –posesión de drogas tóxicas para tráfico- en agravio del Estado; impone 250 días multa, fijándose en 10 soles el día multa, e inhabilitación:

1. La responsabilidad penal del encausado, don Elmer Américo Arribasplata Vargas, no es objeto de discusión, ya que es un hecho probado y acreditado que él ha cometido el delito de tráfico ilícito de drogas. En tal sentido, queda claro que no estará exento de responsabilidad penal, siendo necesario precisar aquí que será objeto de análisis el quantum de la pena, ya que el imputado fue procesado por el referido delito pero en su modalidad agravada. Por ello, se verificará si su conducta se subsume técnicamente en lo regulado en la tipología penal, específicamente lo previsto en el segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal.
2. Valorando la relevancia de la calidad del agente, y el grado de responsabilidad del agente para la agravante del tráfico ilícito de drogas, por su condición de formador e inculcador de valores en la niñez y juventud, se observa en la Casación objeto de análisis, que para la adecuación de esta gravante **no basta que el sujeto activo sea educador, sino que, el comportamiento sea realizado en el ejercicio de su profesión.**
3. Consecuentemente, para configurar dicha agravante no solo se requiere que el imputado tenga la condición de educador, sino **que su accionar delictivo se haya verificado en el contexto y aprovechando el ejercicio de su condición de tal**, con el consiguiente grave riesgo de los alumnos, sea que no hubieran alcanzado una edad que les permita comprender las posibles consecuencias del consumo al que pudieran ser inducidos por el comportamiento de su maestro o que pudieran ser influidos negativamente, pese a su mayoría al consumo de estupefacientes..

4. Siendo ello así, en nuestro sistema democrático no es aceptable considerar el solo hecho de la condición docente –profesional o no profesional- para implantar o atribuir una forma de derecho penal de autor, ya que puede acontecer en la práctica que el agente del delito de Tráfico Ilícito de Drogas ostente el título de docente correspondiente pero que no ejerza dicha profesión por cualquier circunstancia, entonces la actividad ilícita a sancionar (tráfico ilícito de drogas) no tendría nexo alguno con la causal agravante (ser docente de profesión).

5. Bajo esa línea argumentativa, resulta claro que las penas impuestas por las instancias de mérito, no han sido las justas, ya que se fundaron en la circunstancia agravante contenida en el segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal. Por ello, al existir una recalificación de la conducta, en función al tipo base, es viable la aplicación de la sanción legalmente correspondiente, es decir la que se encuentra en el primer párrafo del artículo 296 del Código Penal.

CAPÍTULO V DISCUSIÓN

1. La controversia se origina con la interposición del recurso de casación interpuesto por don Elmer Américo Arribasplata Vargas, contra la sentencia de vista del 09 de marzo de 2012, que confirmó la sentencia de primera instancia en el extremo que condenó al encausado como autor del delito contra la salud pública –posesión de drogas tóxicas para tráfico- en agravio del Estado; impone 250 días multa, fijándose en 10 soles el día multa, e inhabilitación.
2. Lo controversial de este asunto es determinar si para tipificar procesalmente la conducta delictiva del Tráfico Ilícito de Drogas agravada por la condición del agente (docente), regulado en el segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal, solo basta verificar la concurrencia del título profesional de docente del docente o, por el contrario, es necesario verificar el ejercicio de aquella y el contexto en el que se ejecutaría la conducta delictiva y prohibida por nuestra norma penal.
3. Es importante hacer notar que por lo trascendente, importante y vital de la labor docente en la formación humana, podría considerarse, *prima facie*, que solo bastaría la acreditación de la calidad de docente, para procesar, sentenciar e imponer penas más gravosas al agente del delito de tráfico ilícito de drogas. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en aplicación de varios principios jurisdiccionales (como el principio de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad), y también de jurisprudencia desarrollada en torno a dichos principios, considera, acertadamente, que **no solo es suficiente acreditar la condición de docente del agente, para ser procesado en condiciones más gravosas puniblemente hablando.**
4. En efecto, para la Corte Suprema de Justicia se requiere además que el accionar delictivo del agente se haya verificado en el contexto y aprovechando el ejercicio de su condición de tal, con el consiguiente grave riesgo de los alumnos, sea que no hubieran alcanzado una edad que les permita comprender las posibles consecuencias del consumo al que pudieran ser inducidos por el comportamiento de su maestro o que pudieran ser influidos negativamente, pese a su mayoría al consumo de estupefacientes.

5. En virtud de ello, plantea como doctrina jurisprudencial vinculante que la configuración de la referida agravante estará supeditada a la verificación de los siguientes elementos: a. De modo general, la agravante se funda en la deslealtad con la causa pública de la educación y la mayor facilidad y trascendencia para la difusión de drogas en su entorno de población vulnerable; b. El agente tiene la profesión de educador, de lo que se exige como medio probatorio, de modo general, el título profesional de educador; c. El agente se desempeña como educador (sin titulación) en cualquier nivel de enseñanza; d. El accionar delictivo debe viabilizarse en el entorno educativo, en cuyo contexto el sujeto activo instrumentaliza su condición de educador; e. Pero el hecho puede ser adicionalmente cometido en el interior o en otros ambientes vinculados a la enseñanza, verbigracia, centros deportivos donde se practica deporte, dado que el mayor reproche se funda en que hay mayor capacidad de difusión de la droga porque la oferta se puede hacer llegar a un mayor número de personas vulnerables.

6. Ahora bien, aun cuando considere acertada la postura de los Jueces Supremos, no me parece acertado que el propio Tribunal no fundamente fácticamente las razones por las cuales la conducta del imputado en el presente caso no se subsume en la circunstancia agravante contenida en el segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal. Simplemente, de manera inmotivada, menciona que **“a criterio de Este Supremo Tribunal no se configuró la agravante objeto de acusación y condena, por lo que la calificación legal es la que corresponde al tipo base pero de la segunda parte del primer párrafo del artículo 296 del Código acotado”**.

7. Enfatizo tal circunstancia debido a que es este propio tribunal de justicia el que en innumerables ocasiones ha declarado la nulidad de diferentes ejecutorias de las sedes de instancia, precisamente por no contar con una debida motivación. En el caso concreto, observamos que existe una adecuada y abundante sustentación jurídica y una síntesis procesal buena, pero no se advierte la sustentación fáctica, lo que considero viciaría de nulidad la propia sentencia casatoria del supremo tribunal, en rigurosa aplicación de los diferentes pronunciamientos emitidos por ellos.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

- En el presente caso, luego de efectuado el análisis de la sentencia de tantas veces citada, observamos que la Corte Suprema ha establecido y definido ya un criterio jurisprudencial con carácter vinculante, para los casos de tráfico ilícito de drogas con la agravante por la calidad o condición del agente (agente), el cual es que no es suficiente acreditar tal calidad (la de docente), sino que además es necesario que el accionar delictivo del agente se haya verificado en dicho contexto (la docencia) y aprovechando el ejercicio de su condición de maestro.
- En tal sentido, se concluye que en el caso objeto de análisis no se ha configurado el tipo penal de tráfico ilícito de drogas en su modalidad agravada por la condición del agente (artículo 296 segundo párrafo del Código Penal), ya que –aunque la Corte Suprema de Justicia no lo señala expresamente, se deduce de dicha sentencia que en el caso en concreto no se acreditó que el agente haya actuado con razón de su profesión ni mucho menos se ha verificado que se ha aprovechado de tal circunstancia.
- Por el contrario, se advierte –también inferencialmente- que el agente ha sido arbitrariamente sentenciado con una pena prevista para el delito en su modalidad agravada, cuando los hechos probados (a la luz de la valoración efectuada por el Supremo Tribunal) solo acreditaban su condición de maestro y no los factores concomitantes y adicionales a ese presupuesto, que deben concurrir para tipificar la conducta en el supuesto más gravoso.
- Los criterios establecidos por la Corte Suprema como doctrina vinculante para los casos de delitos agravados por la condición del agente son: como doctrina jurisprudencial vinculante que la configuración de la referida agravante estará supeditada a la verificación de los siguientes elementos: a. De modo general, la agravante se funda en la deslealtad con la causa pública de la educación y la mayor facilidad y trascendencia para la difusión de drogas en su entorno de población vulnerable; b. El agente tiene la profesión de educador, de lo que se exige como medio probatorio, de modo general, el título profesional de educador; c. El agente se desempeña como educador (sin titulación) en cualquier nivel de enseñanza; d. El accionar delictivo debe viabilizarse en el

entorno educativo, en cuyo contexto el sujeto activo instrumentaliza su condición de educador; e. Pero el hecho puede ser adicionalmente cometido en el interior o en otros ambientes vinculados a la enseñanza, verbigracia, centros deportivos donde se practica deporte, dado que el mayor reproche se funda en que hay mayor capacidad de difusión de la droga porque la oferta se puede hacer llegar a un mayor número de personas vulnerables.

- Por último, debo referir que a mi criterio la sentencia casatoria expuesta, en rigor, está viciada de nulidad, al no contener expresamente los fundamentos fácticos que sirven de sustento a la decisión del Supremo Tribunal.

CAPÍTULO VII

RECOMENDACIONES

- RECOMENDAMOS que los criterios establecidos por el Suprema Corte sean enumeradas con mayor fundamento o precisión, toda vez que la práctica enseña que existen docentes que si bien no se desempeñan en aulas, pero que prestan servicios públicos en entidades del Estado en razón de su condición de docente (por ejemplo: docentes que laboren en las Direcciones Regionales de Educación como capacitadores de otros docentes, etc.).

- RECOMENDAMOS una modificación del artículo 296 en el sentido de la inhabilitación por calidad del agente, ya que a raíz del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, es evidente que el agente (docente) aun cuando su conducta no se subsuma al supuesto configurado en el segundo párrafo de dicho artículo, debería ser inhabilitado para el ejercicio de dicha labor, dada la trascendencia, importancia e impacto que tal profesión tiene en la sociedad.

CAPÍTULO VIII BIBLIOGRÁFICAS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1. BOIX, REIG, J. Y OTRO; COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL, VOL. IV, CIT., PS. 1689-1690.
2. CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS. CONSIDERACIONES TÉCNICO JURÍDICAS EN TORNO AL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. EN EL LIBRO LA PROBLEMÁTICA DE LA DROGA EN ESPAÑA. EDERSA. MADRID 2001.
3. LAMAS PUCCIO, LUIS; EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL, LIMA, P. 54.
4. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL, ED. TIRANT LO BLANCH, 9NA EDICIÓN, 1993. OFICINA DE POLITICA NACIONAL DE CONTROL DE DROGAS, NATIONAL DRUG CONTROL STRATEGY, FY 2003. BUDGET SUMMARY (WASHINGTON DC., EJECUTIVA DEL PRESIDENTE, DICIEMBRE DEL 2002).
5. PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR ROBERTO; COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL DE 1991, EDITORIAL ALTERNATIVAS, LIMA, 1993, P. 144.
6. RUBIO CORREA, MARCIAL. ESTUDIO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993. TOMO III, LIMA, FONDO EDITORIAL, 1999, P. 388.
7. SOTO NIETO, FRANCISCO. EL DELITO DE TRÁFICO ILEGAL DE DROGA. EDIT. TRIVIUM S. A. MADRID 1998.

CAPÍTULO IX

ANEXOS

ANEXO 1

MATRIZ DE CONSISTENCIA

MÉTODO DE CASO: “CASACIÓN N° 126-2012-CAJAMARCA / TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS: LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE LA CONDICIÓN DE EDUCADOR”

AUTOR: TELLO BARDALES, DANTE OMAR.

PROBLEMA	OBJETIVOS	SUPUESTOS	VARIABLE	INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>LA CONDICIÓN DE EDUCADOR DEL AGENTE DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, ES REQUISITO SUFICIENTE PARA AGRAVAR LA PENA.</p>	<p>GENERAL:</p> <p>1. Analizar desde el punto de vista jurídico, teórico y legal la Casación N° 126-2012-CAJAMARCA – Tráfico Ilícito de Drogas agravada por la condición de educador.</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>2. Determinar si en el</p>	<p>1. Si el agente ostenta la condición de docente, entonces debe ser procesado y sentenciado por el delito de tráfico ilícito de drogas en su modalidad agravada</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Tráfico Ilícito de Drogas. - Condición docente del agente. 	<ul style="list-style-type: none"> - Racionalidad de la casación. - Congruencia en el fallo del Poder Judicial. - Socialización y conocimiento del análisis del expediente. - Análisis del delito de tráfico ilícito de drogas. 	<p>TIPO DE INVESTIGACIÓN: Descriptivo</p> <p>DISEÑO: No experimental</p> <p>MUESTRA: Casación.</p> <p>TECNICAS: Análisis Documental</p> <p>INSTRUMENTOS: Expediente.</p>

	<p>presente caso se ha configurado el tipo penal de tráfico ilícito de drogas en su modalidad agravada por la condición del agente (artículo 296 segundo párrafo del Código Penal).</p> <p>3. Identificar los criterios establecidos por la Corte Suprema como doctrina vinculante para los casos de delitos agravados por la condición del agente.</p>	<p>(artículo 296 segundo párrafo del Código Penal), con una sanción más gravosa por la concurrencia de agravante.</p> <p>2. Se requiere verificar en el agente, además de ostentar la condición de docente, otros factores concurrentes para que pueda ser procesado y sancionado por el delito de</p>			
--	--	---	--	--	--

		tráfico de drogas en su modalidad agravada (artículo 296 segundo párrafo del Código Penal).			
--	--	--	--	--	--

ANEXO N° 2: INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

CASACIÓN N° 126-2012-CAJAMARCA.

TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS: LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE LA CONDICIÓN DE EDUCADOR

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: Delimitación de los alcances interpretativos de la circunstancia agravada en la condición de educador prevista en el inciso 2 del artículo 297 del Código Penal

Lima, trece de junio de dos mil trece

VISTOS, en audiencia pública, el recurso de casación concedido por las causas establecidas en los numerales primero y tercero del artículo 429 del Código Procesal Penal, a la defensa técnica del encausado don Elmer Américo Arribasplata Vargas; emitiéndose la decisión bajo la ponencia del señor Salas Arenas, Juez de la Corte Suprema.

Primero: Decisión cuestionada Lo es la sentencia de vista del nueve de marzo de dos mil doce -folios doscientos cincuenta y ocho a doscientos sesenta y siete-, que confirmó la sentencia de primera instancia del veinticinco de noviembre de dos mil once -folios ciento cincuenta y siete a ciento setenta y cinco-, en el extremo que condenó al encausado como autor del delito contra la salud pública –posesión de drogas tóxicas para tráfico- en agravio del Estado; y la revocó en el extremo que le impusieron veinte años de pena privativa de libertad y, reformándola, le fijaron quince años de sanción, y la confirmaron en el extremo que le impusieron 250 días multa, fijándose en diez nuevos soles el día multa, e inhabilitación para ejercer la profesión de educador, por el periodo de cinco años con lo demás que contiene.

Segundo: Del itinerario de la causa en primera instancia 2.1. El encausado Arribasplata Vargas fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. El señor Fiscal Provincial, mediante requerimiento de veinte de junio de dos mil once -folios uno a ocho-, formuló acusación en su contra por el delito contra la salud pública –posesión de drogas tóxicas para el tráfico-, previsto en el segundo párrafo del artículo 296 concordado con el inciso 2 del artículo 297 del Código Penal, en agravio del Estado. 2.2. El señor juez de la investigación preparatoria llevó a cabo la audiencia de control de la acusación -conforme se

advierte del acta de diecisiete de agosto de dos mil once de los folios nueve a veinticuatro-. El auto de citación a juicio fue expedido por el Juzgado Penal Colegiado (nueve de setiembre de dos mil once -ver folios veinticinco a veintisiete del cuaderno de debate-). 2.3. Seguido el juicio de primera instancia -como se advierte de las actas de los folios cincuenta y dos, setenta y cuatro, setenta y nueve, noventa y tres, ciento nueve, ciento treinta y siete y ciento cuarenta y tres-, el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de veinticinco de noviembre de dos mil once -folios ciento cincuenta y siete a ciento setenta y cinco-, que lo condenó como autor del delito contra la salud pública –posesión de drogas tóxicas para el tráfico- en agravio del Estado, imponiéndole veinte años de sanción, fijando en veinte mil nuevos soles el monto de la reparación civil. 2.4. El señor abogado defensor del encausado Arribasplata Vargas interpuso recurso de apelación mediante escrito de los folios ciento sesenta y siete a ciento ochenta y nueve. Dicho recurso fue concedido mediante auto de nueve de diciembre de dos mil once de folios ciento noventa y ciento noventa y uno.

Tercero: Del trámite recursal en segunda instancia 3.1. Culminada la fase de traslado de la impugnación, la Sala Superior Penal “de Apelaciones” de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, emplazó a las partes, a fin de que concurrieran a la audiencia de apelación de sentencia, y se realizó el nueve de marzo de dos mil doce -folios doscientos cincuenta y seis y doscientos cincuenta y siete- , cumpliendo el Tribunal de Apelación con emitir y leer en audiencia pública la sentencia de apelación del trece de enero de dos mil once -folios doscientos cuarenta y cuatro a doscientos cincuenta y dos-. 3.2. La sentencia de vista recurrida en casación confirmó la de primera instancia en el extremo que lo condenó como autor del delito indicado y la revocó en el extremo que le impusieron veinte años de pena privativa de la libertad y, reformándola, le impusieron quince años de sanción; con lo demás que contiene.

Cuarto: Del trámite del recurso de casación planteado por la defensa técnica del procesado 4.1. Leída la sentencia de vista, la defensa técnica del encausado formuló el recurso de casación correspondiente, mediante escrito de los folios doscientos ochenta y cuatro a doscientos noventa y tres. 4.2. Concedido el recurso por auto de veintiuno de marzo de dos mil once de los folios doscientos noventa y cuatro a doscientos noventa y siete, se elevó la causa a este Supremo Tribunal el trece de abril de dos mil doce. 4.3. Cumplido el trámite de traslado a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala Penal mediante Ejecutoria

de trece de julio de dos mil doce -folios veintiuno a veintiséis- del cuadernillo formado en esta instancia-, en uso de su facultad de corrección, admitió el trámite del recurso por los motivos previstos en los numerales primero y tercero del artículo 429 del Código Procesal Penal. 4.4. Se realizó la audiencia conforme se aprecia del folio treinta y dos, quedando la causa expedita para emitir decisión. 4.5. Deliberada la causa en secreto y votada en la fecha, esta Suprema Sala Penal cumple con emitir la presente sentencia, cuya lectura se llevará a cabo en audiencia pública el cuatro de julio del año en curso a las ocho horas con treinta minutos.

CONSIDERANDO PRIMERO: SUSTENTO NORMATIVO

1.1. El inciso primero y tercero del artículo 429 del Código Procesal Penal, en cuanto refiere: “Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías previstas en el artículo 139 incisos 3 y 14 de la Constitución”, y “Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas”.

1.2. El segundo párrafo del artículo doscientos noventa y seis concordado con el inciso segundo del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal, que regula el delito de tráfico ilícito de drogas en su forma agravada cuando el agente tiene la condición de educador o se desempeña como tal en cualquiera de los niveles de enseñanza, cuya pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años.

1.3. El expediente N° 0014-2006-PI/TC, Lima -del 19 de enero de 2007-, al abordar el principio de culpabilidad y la proscripción de la responsabilidad objetiva, señaló que: “El principio de la culpabilidad es uno de los pilares sobre los que descansa el Derecho Penal. Concretamente, constituye la justificación de la imposición de penas dentro del modelo de represión que da sentido a nuestra legislación en materia penal y, consecuentemente, a la política de persecución criminal, en el marco del Estado Constitucional. El principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió. La reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado. Debe tenerse en cuenta que el principio de culpabilidad se

engarza directamente con la reprobabilidad de una persona por cierto comportamiento, no con la sanción por aquella. La reprobación acarrea inevitablemente el establecimiento de una pena; evidente, por eso, es que existe entre ellas una estrecha ligazón. El principio que se comenta no está expresamente recogido en el texto de la Constitución. Sin embargo, su existencia se desprende de otros principios sí consagrados. El primero de ellos es el principio de legalidad en materia penal, el cual es recogido en el literal d) del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución. Su texto es el siguiente: ‘nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible’”. De lo vertido se desprende que –tipificado previa y claramente el delito y cometido este- el Estado se encuentra legitimado y limitado para sancionar únicamente la conducta en que consiste el delito y no otra circunstancia adicional; es decir, resultan susceptibles de sanción solo aquellos comportamientos que se encuentren expresamente recogidos en el tipo penal. El principio de legalidad penal, entonces, restringe la actuación del Estado a la evaluación objetiva de la conducta, proscribiendo el análisis de cualquier otra conducta que no se halle expresamente plasmada en la norma penal. Esto es consecuencia del hecho de que solamente puede ser sancionado aquel comportamiento calificado como reprobable al sujeto que lo realiza. En este aspecto se aprecia la convergencia entre el principio de legalidad penal y el principio de culpabilidad anteriormente descrito, que consiste en la calificación de reprobable que debe recaer sobre cierta conducta humana y su consecuente tipificación, para poder ser objeto de punición estatal. Por ello, al consagrarse expresamente el principio de legalidad, de modo implícito queda a su vez consagrado el principio de culpabilidad.

1.4. La sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 010-2002- AI/TC, fundamentos jurídicos 44, 45, 46, 47, 48, 51 y 52 –del tres de enero de dos mil tres- relativo al principio de legalidad e interpretación de la ley penal, al puntualizar: “El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el literal d) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, según el cual ‘Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)’. Igualmente, ha sido recogido por los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11, numeral 2; Convención Americana

sobre Derechos Humanos, artículo 9; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15). El principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal d) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, que la tipificación previa de la ilicitud penal sea 'expresa e inequívoca' (lex certa). El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la ley es una prescripción dirigida al legislador para que este dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre. Esta exigencia de lex certa no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equivocidad. Por eso se ha dicho, con razón, que 'en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque esta escapa incluso a las posibilidades del lenguaje'. En definitiva, la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional. El grado de indeterminación será inadmisibile, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos. Como lo ha sostenido este Tribunal en el caso 'Encuesta a boca de urna' (Exp. N° 002- 2001-AI/TC), citando el caso Connally vs. General Construction Co., de la Corte Suprema Norteamericana, 'una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad' (fundamento jurídico N° 6). Esta conclusión también es compartida por la jurisprudencia constitucional comparada. Así, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que "la exigencia de lex certa no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su

concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada” (...) El límite de lo admisible, desde el punto de vista constitucional, quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por lo tanto, la complementación ya no sea solo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa. Nuevamente, en la jurisprudencia constitucional comparada se ha legitimado la existencia de esta indeterminación típica con relación a los elementos o conceptos normativos, los mismos que pueden tener ‘un cierto carácter de indeterminación (pues bajo el término ‘concepto jurídico indeterminado’ se incluyen multitud de supuestos), pero debe tenerse en cuenta que no vulnere la exigencia de la lex certa (...) la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia, y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada (...)” (STC del 29 de setiembre de 1997)”.

1.5. El inciso 3 del artículo 433 del Código Procesal Penal –referente al contenido de la sentencia casatoria y al Pleno casatorio- en tanto establece que: “(...) la Sala, de oficio o a pedido del Ministerio Público, podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o esta se integra con otros vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al pleno casatorio de los vocales de lo penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial”.

1.6. Asimismo, el inciso cuarto del citado dispositivo procesal señala: “Si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, en relación con los ámbitos referidos a su atribución

constitucional, obligatoriamente se reunirá el pleno casatorio de los vocales de lo penal de la Corte Suprema. En este caso, previa a la decisión del pleno, que anunciará el asunto que lo motiva, se señalará día y hora para la vista de la causa, con citación del Ministerio Público y, en su caso, de la Defensoría del Pueblo. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral anterior”.

1.7. La sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 00607-2009-PA/TC, fundamentos jurídicos 6, 7, 11 -del 15 de marzo de 2010-, relativa al derecho a la educación, al subrayar que: “Según el criterio establecido por este Tribunal en la STC Exp N° 04232-2004-AA/TC, la educación posee un carácter binario en razón de que no solo constituye un derecho fundamental, sino también un servicio público, dado que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución por el propio Estado o por terceros bajo fiscalización estatal, y que, indudablemente, constituye, además de un elemento esencial en el libre desarrollo de la persona, un bien de trascendental importancia en la función social del Estado recogido en los artículos 13 y 14 de nuestra Carta Magna y que se vincula directamente con el fortalecimiento del sistema democrático y con el desarrollo económico y social del país. Así pues, de conformidad con el artículo 13 de nuestra Ley Fundamental, la educación ‘tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana’, mientras que de acuerdo con su artículo 14, ‘promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte’ y ‘prepara para la vida, el trabajo y fomenta la solidaridad’ (...). La educación es un bien preciado en muchos aspectos.

1.8. La sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 00535-2009-PA/TC, fundamento jurídico 3 -del 5 de febrero de 2009- relativa a la necesidad de aplicar criterios de razonabilidad y proporcionalidad en los supuestos de consumo de marihuana de estudiantes de educación superior: “Al respecto, este Colegiado considera que el establecimiento de disposiciones sancionatorias, tanto por entidades públicas como privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la falta. El resultado de esta valoración llevará a adoptar una decisión razonable y proporcional. En este sentido, se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad, el cual está estructurado por tres subprincipios: (i) el de idoneidad o de adecuación; (ii) el de necesidad; y (iii)

el de proporcionalidad en sentido estricto. Esto supone que el Tribunal deberá evaluar todas las posibilidades fácticas (idoneidad y necesidad), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada. A su vez, el principio de razonabilidad conduce a una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad. La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Como lo ha sostenido este Colegiado, esto 'implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos'. Aunque no explícitamente, al reconocer en los artículos 3 y 43 de la Constitución el Estado Social y Democrático de Derecho, se ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta. Este principio tiene un doble significado: (i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el Derecho; (ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En este sentido, el análisis de la razonabilidad de una medida implica determinar si se ha dado: a) La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no solo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto. b) La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no solo una contemplación en 'abstracto' de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues solo así un 'hecho' resultará menos o más tolerable, confrontándolo con los 'antecedentes del servidor', como ordena la ley en este caso. c) Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación con los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces, el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso.

1.9. La sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 00286-2008-PHC/TC-Ayacucho -del 6 de febrero de 2009-, en la que se resaltó: “Una reconducción del hecho delictivo al tipo penal (...) no puede ser entendida como una nueva persecución punitiva, de modo que no se ha producido la afectación del principio constitucional del debido proceso”. 1.10. La Ejecutoria Suprema del 20 de mayo de 2004, R.N. N° 215-2004-Puno, en cuanto a la graduación de la pena conforme a los principios de proporcionalidad y racionalidad: “Corresponde graduar la pena impuesta en atención al principio de proporcionalidad y racionalidad de la pena, previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, considerándose además sus fines preventivos, protectores y resocializadores, los cuales deben ir en consonancia con los indicadores y circunstancias a que se contraen los artículos 45 y 46 del Código acotado. En ese contexto, analizados los actuados, se desprende que el encausado carece de antecedentes penales, no se ha acreditado violencia física ni la utilización de armas al momento de la consumación del delito, su escaso nivel cultural y los factores sociológicos en cierto modo condicionaron su conducta delictiva, resultando procedente efectuar la rebaja prudencial de la pena impuesta” 6 . 1.11. En la sentencia del Tribunal Supremo N° 305-2005 -del 8 de marzo-, se declaró que “el subtipo agravado, cuando el culpable fuere autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador (...) existirá siempre que la conducta típica haya tenido lugar en el ejercicio de las funciones propias del cargo de que se trate; en este caso es un funcionario público, Inspector del Cuerpo Nacional de Policía, y como ya hemos señalado más arriba, es indisoluble esta condición de los hechos imputados y por los que ha sido condenado. Precisamente porque su función consistía en investigar hechos delictivos de esta naturaleza, tuvo la posibilidad de acceder a la sustancia estupefaciente (...)”.

SEGUNDO: ANÁLISIS JURÍDICO-FÁCTICO DEL CASO SUBMATERIA

2.1. En principio, se debe precisar que está fuera de discusión la responsabilidad penal del encausado en el hecho punible por haber cometido el delito de tráfico ilícito de drogas, pero habiéndose encuadrado dicha conducta, tanto en la acusación fiscal como en las sentencias condenatorias, en el segundo párrafo del artículo doscientos noventa y seis, concordado con la circunstancia agravante prevista en el inciso segundo del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal, corresponde, tras el cuestionamiento, evaluar si se subsumió técnicamente lo acontecido en la tipología penal.

2.2. En el auto de calificación de trece de julio de dos mil doce, se subraya que las razones “que justifican la casación en relación a la infracción o a la garantía constitucional de defensa y errónea interpretación de la agravante por la calidad de agente establecida en el numeral dos del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal”.

2.3. Parte de la doctrina nacional señala que: “(...) en el caso del inciso segundo del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal, la agravante solo tiene en cuenta la profesión del infractor y la confianza social que ella inspira en la colectividad de un comportamiento ético de tales profesionales. De allí que bastará con acreditar que el autor o participe del delito tenía la calidad de educador (...)”. Contrario a dicha posición, Peña Cabrera sostiene que: “Cuando el ‘agente tiene la profesión de educador o se desempeña como tal en cualquiera de los niveles de enseñanza’. La agravante radica en que, teniendo el profesor la misión de educar, prevenir y luchar para que sus educandos no se involucren en el problema de las drogas, falta a ese compromiso con la sociedad y, por el contrario, permite la venta de drogas o las ofrece por el ánimo de lucro. (...) el grado de responsabilidad del agente se agrava por el hecho de tener la relación profesor -alumno, que tiene implicancias no solo pedagógicas sino sociales (...) es decir, el prevalimiento de la función docente, que provoca una mayor alarma social, al constituir una conducta de mayor disvalor, al traficar y/o comercializar los estupefacientes en ambientes donde circulan personas especialmente vulnerables, generándose una vulneración de entidad considerable al bien jurídico tutelado. La agravante in comento tiene como antecesor directo el Acuerdo Sudamericano sobre Estupefacientes y Psicotrópicos de 1973, el mismo que en su primer protocolo adicional (artículo 3 inciso j) tipificaba como circunstancia agravante específica el hecho de que el agente tenga la condición de docente o educador de la niñez o juventud. Resulta importante destacar que para la adecuación de esta agravante no bastará que el sujeto activo sea educador, sino que el comportamiento sea realizado en el ejercicio de su profesión.

2.4. A criterio de este Supremo Tribunal, la agravante sub examine, se funda en la deslealtad con la causa pública y la mayor facilidad y trascendencia para la difusión de drogas en el entorno del educador, esto es, la mayor cercanía y autoridad frente a grupos de estudiantes, recalcando que es determinante el título y/o la posición funcional como educador en cualquier nivel de enseñanza. De lo que se desprende que para configurar dicha agravante no solo se requiere que el imputado tenga la

condición de educador, sino que su accionar delictivo se haya verificado en el contexto y aprovechando el ejercicio de su condición de tal, con el consiguiente grave riesgo de los alumnos, sea que no hubieran alcanzado una edad que les permita comprender las posibles consecuencias del consumo al que pudieran ser inducidos por el comportamiento de su maestro o que pudieran ser influidos negativamente, pese a su mayoría al consumo de estupefacientes.

2.5. En dicha línea argumental, cabe subrayar que tal agravante es independiente de la que correspondería si el sujeto activo del delito además se sirve de los menores para la comisión del hecho delictivo, prevaliéndose de su situación de ascendencia sobre ellos o si traficara en sede educativa o su entorno, en cuyo caso se configuraría concurso de agravaciones.

2.6. El considerar el solo hecho de la condición de docente (profesional o no profesional) importaría la implantación de una forma de Derecho Penal de autor que el Estado Democrático recusa y que daría lugar a paradojas tales como castigar por la modalidad agravada al profesor graduado que nunca ejerció la docencia, que hubiera perpetrado tráfico ilícito de drogas sin nexo alguno con la actividad educativa.

2.7. A raíz de lo expuesto, la configuración de la referida agravante estará supeditada a la verificación de los siguientes elementos: a. De modo general, la agravante se funda en la deslealtad con la causa pública de la educación y la mayor facilidad y trascendencia para la difusión de drogas en su entorno de población vulnerable; b. El agente tiene la profesión de educador, de lo que se exige como medio probatorio, de modo general, el título profesional de educador; c. El agente se desempeña como educador (sin titulación) en cualquier nivel de enseñanza; d. El accionar delictivo debe viabilizarse en el entorno educativo, en cuyo contexto el sujeto activo instrumentaliza su condición de educador; e. Pero el hecho puede ser adicionalmente cometido en el interior o en otros ambientes vinculados a la enseñanza, verbigracia, centros deportivos donde se practica deporte, dado que el mayor reproche se funda en que hay mayor capacidad de difusión de la droga porque la oferta se puede hacer llegar a un mayor número de personas vulnerables.

2.8. Aunado a ello, es preciso resaltar que cuando el legislador incorporó dicha figura a la ley, tuvo en miras prevenir desde el inicio el consumo de drogas de los educandos que concurren a un establecimiento público o privado -debido a que la ley no distinguea formarse. Nada puede ser más nefasto, para quien busca tomar

una educación sana en el más puro sentido, que se le proporcione droga para que consuma. No hacía falta que la ley pusiera énfasis en aclarar: abusando de sus funciones específicas, en virtud de que ninguna función, aun administrativa, puede estar relacionada con el delito de tráfico ilícito. Valga recordar que educar es encaminar, dirigir, doctrinar, a la par que también implica desarrollar las facultades intelectuales y morales de quien recibe esa educación, por medio de preceptos, ejercicios y primordialmente [sic] (...).

2.9. Es de anotar que la ley no ha establecido una circunstancia especial vinculada a la edad de las víctimas (alumnos o estudiantes) por lo que no existe referente etario que implique mayor desvalor específico, cuando no, es su caso de orden genérico (artículo 46 del Código Penal).

2.10. A criterio de este Supremo Tribunal no se configuró la agravante objeto de acusación y condena, por lo que la calificación legal es la que corresponde al tipo base, pero de la segunda parte del primer párrafo del artículo 296 del Código acotado.

TERCERO: DEL QUÁNTUM DE LA PENA A IMPONER

3.1. Como segundo nivel de análisis, compete referirse al cuántum de pena impuesta; a tenor de lo expuesto precedentemente, cabe señalar que la pena impuesta por la Sala de Fallo, contenida en la agravante prevista en el inciso dos del artículo doscientos noventa y siete del Código Penal, suponía una sanción conminada no menor de 15 ni mayor de 25 años de privación de libertad y de 180 a 365 días multa, pero al haberse recalificado la conducta, es pertinente aplicar la sanción legalmente correspondiente a quien afecta al tipo base previsto en la segunda parte del primer párrafo del artículo 296 del Código acotado, que tiene como límites de punición no menor de seis ni mayor de doce años de pena privativa de la libertad, y 120 a 180 días multa; teniendo en cuenta la forma en que sucedieron los hechos y al no existir circunstancia de atenuación (teniendo en consideración sus condiciones personales, al ser un agente con treinta y tres años de edad aproximadamente, natural de Caserío de Tantachual Bajo del Distrito de San Silvestre - Cajamarca, soltero, con grado de instrucción superior y sin antecedentes penales), corresponde imponérsele la sanción de seis años de privación de libertad.

3.2. Asimismo, es pertinente señalar que no se vulnera el derecho de defensa del encausado ni sus derechos fundamentales, puesto que se mantiene la homogeneidad del bien jurídico protegido, la inmutabilidad de los hechos y las

pruebas, coherencia entre los elementos fácticos y normativos para realizar la correcta adecuación del tipo y esencialmente no se produjo agravio al encausado.

CUARTO: DE LA INAPLICACIÓN DE LA INHABILITACIÓN PREVISTA EN EL INCISO 4 DEL ARTÍCULO 36 DEL CÓDIGO PENAL FIJADA POR LA SALA SENTENCIADORA

Es de resaltar, como se glosa en la sentencia recurrida, que se impuso al encausado pena de inhabilitación, sin embargo, al haberse acreditado que la conducta delictiva se encuadra en el tipo penal previsto en el segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal, que no sanciona al agente activo con tal inhabilitación, corresponde dejarla sin efecto.

DECISIÓN

Por ello, impartiendo justicia a nombre del pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República acordaron:

- I. POR UNANIMIDAD, DECLARAR FUNDADA LA CASACIÓN** y, en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista del nueve de marzo de dos mil doce -folios doscientos cincuenta y ocho a doscientos sesenta y siete-, que confirmando y revocando la sentencia de primera instancia condenó a don Elmer Américo Arribasplata Vargas como autor del delito contra la salud pública –posesión de drogas tóxicas para tráfico en la modalidad agravada del inciso 2 del artículo 297 del Código Penal y artículo 296 segundo párrafo del acotado Código en agravio del Estado; le impone la condena de 15 años de pena privativa de libertad; y confirmó la reparación civil de 20,000 nuevos soles y 200 días multa, fijándose en diez nuevos soles el día multa, e inhabilitación para ejercer la profesión de educador, por el periodo de cinco años; en consecuencia: Actuando en sede de instancia y emitiendo pronunciamiento de fondo:
- II. POR UNANIMIDAD, REVOCARON** la sentencia de primera instancia que condenó a don Elmer Américo Arribasplata Vargas como autor del delito contra la salud pública –posesión de drogas tóxicas para tráfico- en agravio del Estado, conforme al inciso 2 del artículo 297 y al artículo 296 segundo párrafo del Código Penal; imponiéndole 20 años de pena privativa de libertad, y
- III. REFORMÁNDOLA: CONDENARON** a don Elmer Américo Arribasplata Vargas como autor del delito contra la salud pública –posesión de drogas tóxicas para tráfico, bajo el supuesto normativo previsto en el segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal; LE IMPUSIERON seis años de pena privativa de libertad que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el veinticuatro de diciembre de dos mil diez vencerá el veintitrés de diciembre de dos mil dieciséis.

- IV. POR MAYORÍA, CONFIRMAR** la apelada en cuanto impuso 200 días multa al citado procesado, fijándose en diez nuevos soles el día multa.
- V. POR UNANIMIDAD, DEJAR SIN EFECTO** la inhabilitación impuesta al aludido encausado.
- VI. POR UNANIMIDAD, ESTABLECER** como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en los acápites 2.4 al 2.9 de la presente Ejecutoria Suprema -de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal -, respecto a las exigencias para la configuración de la agravante sub examine.
- VII. DISPONER** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la señorita Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique todas las partes apersonadas a la instancia e incluso a las no recurrentes.
- VIII. PUBLICAR** la presente sentencia en el Diario oficial “El Peruano”, conforme a lo previsto en la parte in fine del inciso tres del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal. Interviene el señor Juez Supremo Rozas Escalante por licencia de la señora Jueza Suprema Tello Gilardi.

S.S. VILLA STEIN; PARIONA PASTRANA; SALAS ARENAS; BARRIOS ALVARADO; ROZAS ESCALANTE EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR SALAS ARENAS, EN CUANTO A COMPURGAR LA PENA DE MULTA IMPUESTA AL ENCAUSADO POR RAZÓN DE LA DETENCIÓN QUE VIENEN SUFRIENDO, TIENE EL FUNDAMENTO SIGUIENTE:

Lima, cuatro de julio de dos mil trece

PRIMERO: DE LA PENA DE MULTA 1.1. La aplicación de la pena de multa por los tribunales sentenciadores suscita problemas de diferente calado; así por ejemplo, Du Puit ha puntualizado, que: a. La multa es una pena destinada, sobre todo, a ser aplicada en los casos en que el procesado tiene capacidad económica para soportarla. Esto solo constituye una manifestación del criterio general de la capacidad de ser sometido a una pena. Su imposición pierde todo sentido y eficacia cuando es impuesta a quien carece de dicha capacidad. En este caso, será sentida como una doble injusticia social: agravación de la desigualdad social por razones económicas; y b. Junto a esta necesidad de volver a plantearse la necesidad de la multa en relación con la realidad social y económica, debe buscarse regularla de manera más simple y coherente en el Código Penal. Ante las deficiencias de la ley, los jueces no deben esperar una modificación de la ley, sino

que deben tratar, mediante una interpretación creadora, de corregir las deficiencias y completar las lagunas del texto legal de acuerdo con los principios del Derecho Penal liberal y, en particular, de conformidad con las pautas constitucionales. 1.2. En el régimen penal peruano, la capacidad económica se contempla en la graduación del porcentaje como de la sanción, que ha de ser del veinticinco al cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado. 1.3. Por su parte, Prado Saldarriaga ha subrayado (en el año mil novecientos noventa y siete) que, de la revisión analítica, recaída sobre una importante muestra del volumen de sentencias condenatorias y dictámenes fiscales que vienen emitiendo los operadores del sistema judicial nacional, desde la vigencia del Código Penal de 1991, se percibió diferentes problemas y distorsiones en la aplicación, determinación y ejecución de la pena pecuniaria. Muchas de las dificultades y errores registrados en el proceder jurisdiccional se deberían, a nuestro entender, a la influencia de distintos factores, cuya etiología resulta ser fundamentalmente de carácter psicosocial. De ellos, cabría mencionar como predominantes a los siguientes. De un lado, la escasa información que se suministra a abogados, jueces o fiscales en la formación universitaria o de capacitación funcional sobre la naturaleza, características y operatividad de las consecuencias jurídicas del delito en general, y de la multa en particular. Y, de otro lado, el escaso valor que el operador judicial parece conceder a las penas no privativas de libertad, las que, las más de las veces, son apreciadas como sanciones leves y poco útiles a objetivos de prevención general. De allí que sea frecuente que la jurisprudencia analizada conceda únicamente la pena privativa de libertad la condición de pena principal. 1.4. Emerge como común denominador la adopción de una defectuosa técnica legislativa utilizada por el legislador, y como corolario de ello, potenciales errores en materia interpretativa por parte del órgano jurisdiccional sentenciador.

SEGUNDO: AFECTACIÓN DE LA LIBERTAD EN EL PROCESO PENAL

2.1. La libertad es un bien esencial de la dignidad humana (artículo tercero de la Declaración Universal de Derechos Humanos, inciso uno del artículo nueve del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, e inciso séptimo del Pacto de San José de Costa Rica), que se debe afectar en tanto y en cuanto corresponda por mandato judicial, antes de la sentencia penal, con las exigencias que la ley procesal ha establecido para decidir tal medida. 2.2. El Tribunal Constitucional, precisó que: es un derecho fundamental reconocido en la Constitución y, al mismo tiempo, un valor superior del ordenamiento jurídico; sin embargo, su ejercicio no es

absoluto e ilimitado, ya que se encuentra regulado y puede ser restringido mediante la ley, conforme lo establece el artículo 2, inciso 24, literal b), de la Norma Fundamental. Por ello, se afirma que no toda restricción o privación al derecho a la libertad individual es per se inconstitucional, pues puede verse legítimamente limitada. Sin embargo, puede verse afectada de manera arbitraria con mandatos de prisión preventiva, sentencias condenatorias o la imposición de una medida de seguridad que derive de una resolución judicial arbitraria expedida con violación al debido proceso. 2.3. El descuento ha puesto en el artículo cuarenta y siete del Código Penal (considerado integrum) que en el caso de tratarse de delitos que merezcan pena privativa de libertad y multa, la privación preventiva de libertad nacida en la pena con doble consideración; en la privación de libertad y en su afectación patrimonial [sic].

TERCERO: DEL DEBER DE LOS JUECES DE MOTIVAR LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICOS PENALES:

3.1. Desde la perspectiva doctrinaria 3.1.1. La determinación de la pena es una de las labores más complejas para los operadores jurídicos penales y, en especial, para los jueces y tribunales. Consiste en el proceso por el que se transforma una pena imponible, de acuerdo con lo establecido en un determinado tipo penal del Código Penal, y las reglas que conforman la parte general, en la concreta pena correspondiente al responsable de un hecho delictivo, de acuerdo con la gravedad del hecho cometido y sus circunstancias personales. Esta decisión no es arbitraria sino que responde a una serie de procesos, informados por las reglas de la parte general del Código Penal, que el juez debe observar en concordancia con los márgenes de discrecionalidad de que goza. 3.1.2. En el Estado Democrático se impone el postulado del sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. Lo anterior significa que tanto la pena, su aplicación e imposición deben estar determinados en una ley previa. De esta manera, el principio de legalidad satisface la exigencia de seguridad jurídica que también constituye una garantía. 3.1.3. Siguiendo a Mir Puig, del principio de legalidad se derivan cuatro garantías específicas, a saber: garantía criminal, garantía penal, garantía jurisdiccional y garantía de ejecución. Y dado el tema de discusión, se debe resaltar que la garantía jurisdiccional exige que la imposición de la pena debe determinarse por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido. 3.1.4. En esta línea argumental, desde la perspectiva de la lex certa, la norma penal debe ser exhaustiva,

conteniendo una descripción de la conducta típica sancionada y de la pena aparejada a su violación. Para poder considerar una ley penal como exhaustiva esta debe contener todos los presupuestos que condicionen la pena y determinen la consecuencia jurídica. Estos presupuestos pueden estar presentes en una enumeración expresa de los elementos o bien en forma implícita siempre que la ley brinde los criterios para deducirlos. La prohibición que da origen a la exigencia de este requisito es la prohibición de las leyes penales indeterminadas. 3.1.5. Finalmente, según Zaffaroni, el principio de legalidad se completa con el denominado principio de reserva legal⁷¹⁷. Esto significa que la norma penal debe tener rango de ley en sentido estricto, quedando excluidas como fuente de establecimiento de delitos y penas, las normas reglamentarias de la administración, y en general toda norma que no emane del Poder Legislativo. 3.2. Desde la perspectiva constitucional 3.2.1. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales constituye un elemento esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 5 del artículo 139 de la Norma Fundamental, que garantiza el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. 3.2.2. En tal sentido, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales implica la exigencia de que el órgano jurisdiccional sustente de manera lógica y adecuada los fallos que emita en el marco de un proceso. Ello no supone en absoluto una determinada extensión de la motivación, sino fundamentalmente que exista: a) fundamentación jurídica, lo que conlleva que se exprese no solo la norma aplicable al caso en concreto, sino también la explicación y justificación de por qué el hecho investigado se encuentra enmarcado dentro de los supuestos que la norma prevé; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresan la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y lo pretendido por las partes; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta sea sucinta, o se establezca el supuesto de motivación por remisión. 3.2.3. Asimismo, el Supremo Intérprete de la

Constitución en relación con la determinación de la pena, afirma que la individualización de la pena privativa de libertad se encuentra fundamentada por el órgano jurisdiccional, cuando la imposición de la pena ha estado precedida de la evaluación de “las circunstancias de la perpetración del evento delictuoso, así como la responsabilidad que tuvo el actor para su comisión, hechos que han sido acreditados en autos”, y sustancialmente “que se le impuso una pena de acuerdo al marco normativo que sanciona el citado delito”.

CUARTO: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA Y CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 47 DEL CÓDIGO PENAL

4.1. Conforme a lo expuesto, la configuración y determinación de toda forma de sanción penal está supeditada a la observancia de los principios de legalidad, proporcionalidad y motivación. 4.2. El problema que subyace en el caso sub examine está relacionado con aquellos hechos punibles en donde la pena de multa converge por estar conminada en forma conjunta con una pena privativa de libertad, que puede ser de cumplimiento efectivo o suspendida de efectividad, pero cuando en la investigación se dispuso mandato de detención, que se prolonga hasta dictada la sentencia con o sin privación de libertad efectiva. En tales situaciones, puede ocurrir, por tanto, que el condenado se haya visto privado de su libertad durante todo el transcurrir del proceso penal. 4.3. Sentado lo expuesto, en el análisis interpretativo del referido dispositivo legal, resulta relevante tener en cuenta los siguientes aspectos: i) El primer párrafo del artículo 47 del Código Penal no hace sino demostrar que la privación de la libertad decidida intraproceso penal al decretarse mandato de detención, reviste importancia gravitante para la ejecución y descuento del cuántum de la pena privativa de libertad que se fijará en el estadio resolutorio del proceso penal, tan es así que incide en el cuántum de la pena impuesta a razón de un día de prisión preventiva por un día de cumplimiento de sentencia. ii) Por mandato del segundo párrafo del referido artículo, la pena privativa de libertad también surtirá efectos compensatorios y, en su caso cancelatorios, sobre la pena de multa, conforme a lo estipulado en dicha norma (“Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención”). iii) Más allá del reconocimiento legal de los efectos reduccionistas de la privación de libertad como consecuencia de la implementación del mandato de detención, en relación con la pena de prisión sea efectiva o suspendida en una sentencia, a partir del principio de legalidad se concluye que el tiempo de detención

sufrido por el procesado debe surtir efectos cancelatorios en la pena de multa, y que todos los jueces deben observar dichos efectos en el momento de imponer la pena de multa, debiendo en su caso descontar o de corresponder, darla por cumplida (compurgada). 4.4. En ese sentido, al haberse configurado la conducta delictiva del encausado bajo los alcances normativos del segundo párrafo del artículo 296 del Código Penal, que sanciona al agente, además de con pena privativa de libertad, con pena de multa de 120 a 180 días multa, se deberá realizar el computo dentro de su extremo mínimo al haberse impuesto la sanción en el extremo mínimo legal, en aplicación del principio de proporcionalidad. 4.5. En consecuencia, en el presente caso, el encausado Arribasplata Vargas honró con su libertad provisionalmente afectada (hasta antes de la emisión de la sentencia de primera instancia) la dimensión temporal y pecuniaria de la multa (pagó con su libertad) conforme es de verse del cuadro ilustrativo que a continuación se presenta:

Cómputo de la pena de multa al amparo del segundo párrafo del artículo 47 del Código Penal	Encausado	Fecha de detención	Sentencia de primera instancia	Días de detención (a la fecha de emisión de la citada sentencia)	Imposición concreta de la pena de multa	Aplicación del segundo párrafo del artículo 47 del Código Penal (1x2)	Estado de cumplimiento
	Elmer Arribasplata Vargas	24 de diciembre de 2010	25 de noviembre de 2011	11 meses y 1 día = 331 días	120 días multa	$331 \times 2 = 662$	331x2 = 662 (dúplica de días de detención): dimensión mayor a 120 días-multa

Compurgada
Por ello: Mi voto es porque se declare compurgada la pena de multa. **S. SALAS ARENAS.**