

POLÍTICA CRIMINAL NACIONAL, TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y TRATAMIENTO PENAL DE LOS ACTOS DE CULTIVO DE PLANTAS FISCALIZADAS

Víctor Prado Saldarriaga

Catedrático de Derecho Penal

Vocal Superior Titular de Lima

EL MARCO POLITICO CRIMINAL

En su evolución histórica el modelo seguido en el Perú para el control del problema de las drogas ha evidenciado, a lo largo de más de 80 años, dos patrones diferentes de reacción estatal.

El primero expresa una política firme y dura, favorable a un tratamiento estrictamente represivo de toda forma de tráfico ilícito, incluyendo también la criminalización de las conductas promotoras del consumo indebido de drogas por terceros.

Esta tendencia punitiva abarca todo el proceso de gestación y desarrollo de la legislación nacional de la materia. Esto es, desde la vieja Ley 4428 de 1921, hasta la normatividad hoy vigente en el Código Penal de 1991, incluyendo los cambios aportados por la Ley 28002.

Por su parte, un segundo modelo, muestra, en cambio, una posición algo flexible y tolerante para con el consumo personal de drogas o para con la posesión de drogas para el propio consumo personal. Efectivamente, desde 1972, año en que se promulgó el Decreto Ley 19505, hasta el presente la legislación peruana ha otorgado a tales conductas más de 30 años de legalidad absoluta o relativa.

Por consiguiente, hoy resulta comprensible que el Código Penal de 1991, refleje esa dualidad de criterios y modelos de política criminal. Es así, por ejemplo, que el texto vigente del artículo 296° sólo reprime el tráfico ilícito y la posesión de drogas con fines de comercialización ilegal. Sin embargo, la coherencia legislativa del modelo asumido se resiente ante la inoperante fórmula legal del artículo 299°, que ha venido declarando, con sucesivas variantes de redacción, que está “*exento de pena*” quien posea drogas para su propio e inmediato consumo, siempre que la tenencia de tales sustancias no exceda el equivalente a una “dosis personal” que la propia norma determina.

Ahora bien, resulta pertinente destacar, al hacer este balance normativo, que el Código Penal vigente en su texto original no recepcionó las novedosas estrategias internacionales que impulso la Convención de Viena, para la interdicción del tráfico ilícito de drogas. Ellas, en lo esencial, demandaban la **criminalización autónoma y específica de los actos de lavado de dinero y de la comercialización ilícita de precursores químicos**. Tampoco, el Código del 91 hizo suya la opción punitiva de los actos dirigidos al propio consumo personal, que también sugería el artículo 3° de aquel instrumento internacional de 1988.

Sin embargo, disposiciones legales posteriores fueron incluyendo tipos penales para sancionar las operaciones de lavado de dinero (Artículos 296° A y 296° B incorporados inicialmente por el Decreto Legislativo 736). Este delito, sin embargo, adquirirá una independencia sistemática al promulgarse el año 2002 la Ley Penal Contra el Lavado de Activos (Ley 27765). Con relación a los insumos químicos el cambio penal más significativo lo introdujo la Ley 28002, al incluir en el inciso 6 del artículo 297° del Código Penal, un agravante para los casos donde el comercio ilícito de tales sustancias precursoras, fuera ejecutado por una organización dedicada a dicha actividad criminal.

En consecuencia, pues, el anuncio de próximas reformas legislativas para hacer más eficaz y oportuna la represión del tráfico ilícito de drogas y del lavado de dinero implica, en lo esencial, una radicalización del segundo de los modelos de política criminal que hemos descrito. Al parecer, los cambios no alcanzarán a la postura asumida frente al consumo de drogas y a la posesión de sustancias adictivas para el propio consumo personal (Cfr. Franklin Briceño Huamán. Ejecutivo pidió facultades pero el Congreso podría negárselas. Informe publicado en el diario El Comercio. Edición del 22 de abril de 2007, p. a12

No obstante, un problema adicional se perfila en la coyuntura presente como el de mayor significado político criminal, particularmente por sus insoslayables repercusiones sociales, culturales, económicas e internacionales. Nos referimos a la actitud asumida por las agrupaciones de campesinos que habitan y cultivan las cuencas cocaleras del país. Estos han rechazado las medidas de erradicación forzosa de cultivos y las acciones de fuerza dispuestas por el Gobierno Central para mantener en ejecución los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano en este dominio. De momento, pues, el panorama al respecto no resulta del todo claro y no se vislumbra, aún, que repercusión tendrá el activo conflicto cocalero sobre las normas de la legislación penal referentes a los actos de cultivo ilegal de plantas fiscalizadas (Sobre esta problemática véase: Norka Peralta Liñán. Poder Cocalero se institucionaliza en el VRAE y el Valle del Huallaga. Informe publicado en el diario El Comercio. Edición del 22 de abril de 2007, p. a24).

Con relación a todo ello es importante recordar, que la problemática penal del cultivo de plantas fiscalizadas adquiere en nuestro país características peculiares debido a varios factores. En primer lugar, por el patrón cultural que integra el uso ancestral de la hoja de la coca en el entorno andino. Pero, además, porque en ella se representa, también, desde mediados de los años ochenta, la innegable existencia de un amplio sector de economía informal generado a partir del cultivo ilegal de dicha especie vegetal. Por último, en razón a que se ha constituido en la actualidad, a su alrededor, un gravitante fenómeno político, por el surgimiento de organizaciones del campesinado cocalero que reclaman un tratamiento despenalizado para los actos de cultivo de plantas de coca (Cfr. AA.VV. El Consumo Tradicional de la Hoja de Coca en el Perú. I.E.P. Ediciones. Lima, 2004; Hugo Cabieses. Cocaleros: Protestas con Propuestas. Revista Cuestión de Estado N° 33/34, marzo 2004, p. 11 y ss.).

Si bien el análisis integral de esta problemática excede los marcos de un breve estudio dogmático, como el que queremos ahora realizar, no puede, sin embargo, obviarse la trascendente dimensión político criminal que abarca tan compleja problemática. De allí, pues, que resulte necesario y pertinente partir de reconocer que el tratamiento penal de los cultivos ilegales de coca y de otras especies vegetales fiscalizadas es, de momento, y nada apunta a que ello vaya a cambiar, **una opción ineludible de cara a los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, desde que suscribiera la Convención Única de Estupefacientes de 1961.**

No obstante, también es importante para la seriedad de cualquier enfoque, establecer diferencias claras en torno a que **coca no siempre equivale a cocaína**. Por lo que debe salvaguardarse su significado cultural originario. De otro lado, no debe dejarse fuera de contexto la realidad concreta de que la existencia presente de amplios sectores campesinos ligados a la actividad cocalera no es consecuencia exclusiva de un afán meramente delictivo. Se trata, más bien, de un sistema de variables condicionantes que son transversales a problemas estructurales que nuestros gobiernos no han podido atender y superar, como la extrema pobreza, el analfabetismo, la centralización e incluso el racismo y la discriminación.

Por último, en lo estratégico, no cabe duda que resulta prudente y retroalimentador para cualquier programa futuro, reconocer que la experiencia peruana acumulada desde 1921 a la fecha, ha demostrado también lo disfuncional que puede ser una estrategia nacional de lucha contra las drogas, basada en postulados internacionales sobre control y erradicación forzada de cultivos, pero que se define al margen de una reflexiva evaluación de las contingencias y consecuencias propias de nuestro entorno. El dato objetivo, que gráfica esta situación, radica en la frecuente constatación de que pese a los múltiples esfuerzos desplegados por el Estado, la producción ilegal y el consumo de hojas de coca no han podido, siquiera, mantenerse en los niveles que existían en 1961. Como se recordará, en aquel año el Perú al suscribir la Convención Única de Estupefacientes de las Naciones Unidas, se comprometió a **erradicar la coca de su territorio.**

La historia del problema cocalero nos muestra, pues, que al adoptar en 1961 tal posición política, los gobernantes de aquel entonces no previeron, con seriedad, las dificultades que nuestra realidad generaría a todo intento erradicatorio.

Sin embargo, en la actualidad ese objetivo de erradicación total no sólo supone enfrentar cuestiones de carácter étnico sino que, como ya se señaló, los programas de erradicación de cultivos de coca involucran, además, otras restricciones importantes representadas por las desigualdades económicas de la población, el centralismo político y el notable subdesarrollo interno de las regiones y ciudades del país.

Hoy, además, la crisis cocalera se manifiesta como un hecho latente y recurrente que conlleva situaciones de violencia e inseguridad, que se han sucedido cíclicamente en los últimos tres años. Es más, en ese contexto las episódicas marchas, bloqueos de carreteras y paralizaciones campesinas han tenido también una repercusión directa en la escena social y política del país. Efectivamente, fue un momento álgido de esta problemática la aprobación de tres Ordenanzas Regionales que emitieron los Gobiernos Regionales del Cusco y de Huanuco. Estas normas legales, que contradecían en muchos aspectos las políticas oficiales respecto a la erradicación de los cultivos de plantas de coca, desencadenaron un relevante debate administrativo y de autoridad. El cual, felizmente, pudo concluir de manera satisfactoria gracias a la ponderada intervención del Tribunal Constitucional. Efectivamente, esta instancia jurisdiccional mediante sentencia del 27 de septiembre de 2005, declaró inconstitucionales ambas Ordenanzas Regionales. Sin embargo, en su resolución el máximo interprete de la Constitución se vio en la necesidad de hacer un claro pronunciamiento sobre el significado cultural de la hoja de coca y sobre los límites de los programas gubernamentales de erradicación. Al respecto se señaló “ *que la planta de hoja de coca es un patrimonio cultural inmaterial en la medida que es un bien que permite comprender las identidades culturales de los pueblos ya que encierra un conjunto de expresiones culturales y sociales que caracterizan a estas comunidades. De ahí que el TC declare que se encuentra proscrita la erradicación absoluta de los cultivos de la hoja de coca*” (Cfr. Elayne Oliva Salgado. Las Ordenanzas de la hoja de coca: Una llamada de alerta sobre su ineficiente regulación, en Taller de Derecho. Boletín Constitucional N° 7, Noviembre-Diciembre 2005, p.4).

En consecuencia, pues, el futuro inmediato de la política penal peruana sobre los cultivos ilegales de plantas de coca requiere de decisiones muy bien meditadas y ajenas a la búsqueda de efectos puramente simbólicos. Por consiguiente, pues, si han de adoptarse nuevas acciones de contenido penal en este dominio ellas deben situarse en su verdadera jerarquía de *ultima ratio*. Es decir, quizás deban de ceder su hasta hoy protagónico lugar, para que en primera línea se ubiquen y practiquen realistas políticas sociales y de desarrollo alternativo que respondan a las necesidades lícitas del campesinado cocalero nacional. De ello dependerá,

pues, que la agitada situación actual del conflicto cocalero no se transforme, irreversiblemente, en un no deseado y permanente entorno de violencia e intolerancia (Cfr. Diario El Comercio. Cocaleros deben decidirse: El Estado o la Droga. Editorial de la edición del 22 de abril de 2007, p. a4).

A continuación, haremos una breve revisión dogmática de los artículos del Código Penal que actualmente se refieren a los actos de cultivo punible de plantas fiscalizadas.

EL TRATAMIENTO PENAL DEL CULTIVO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991

Comencemos por recordar que el texto legal original de la Sección II, del Capítulo III, del Título XII, del Libro Segundo del Código Penal, fue alterado en sus primeros días de vigencia, por una controvertida pero también desapercibida “*fe de erratas*”. Con ella se modificó el artículo 296° eliminando de su redacción la conducta del “**cultivo**” como comportamiento típico y punible. Más allá de lo anecdótico del procedimiento empleado para cambiar la ley sustantiva, el efecto sustitución de dicha decisión paralegislativa fue muy grave, ya que formal y materialmente significaba no sólo la legitimación de todo tipo de cultivo de hojas de coca, sino también la **legalización indirecta de los cultivos de plantas prohibidas internacionalmente como la amapola o la cannabis sativa**. Esta raro viraje descriminalizador de la política criminal de la materia se mantuvo por algún tiempo, dando lugar, luego, a normas de carácter paliativo que fueron introducidas por las Leyes 26223 de 1993 y 26332 de 1994. Con estas disposiciones se adicionaron en el Código Penal los artículos 296° C (coacción al cultivo de plantas de coca) y 296° D (promoción y favorecimiento de los sembríos de amapola). Con ellos el legislador volvió, pues, a declarar delictivas ciertas formas de cultivo de plantas de coca y amapola. No obstante, y pese a su compleja redacción y desmedida penalidad, los tipos penales introducidos no lograron excluir **la atipicidad e impunidad de los actos de cultivo de plantas de marihuana**.

Esta inédita situación penal, abiertamente contradictoria con la política internacional antidrogas, resulto ser, sin embargo, el más interesante conflicto hermenéutico que debió resolver el sistema judicial durante gran parte del periodo acumulado que lleva de vigencia el Código Penal de 1991. Efectivamente, la clara voluntad de los órganos jurisdiccionales por criminalizar de facto los cultivos de plantas de marihuana, les llevo a ensayar ingeniosas interpretaciones. Así, por ejemplo, una primera tendencia jurisprudencial asumió que tales cultivos eran punibles como actos de tráfico ilícito conforme al tipo penal del artículo 296° párrafo primero. Para esta posición **la planta de marihuana era una droga por sí misma, aún cuando no se hubiera producido la cosecha o el secado y deshojado del vegetal**.

Por su parte, una segunda opción interpretativa, sugirió que los cultivos y áreas sembradas de marihuana sólo alcanzaban subsunción típica en el párrafo final del artículo 296°. Esto es, que **si no se habían cosechado o secado las plantas de cannabis éstas sólo constituían materia prima y no droga**. En consecuencia, si el agente tenía destinada el área sembrada para la venta de sus plantas a terceros estaría realizando **una tentativa de comercialización de materias primas e insumos a sabiendas de que luego serían empleadas en la fabricación de marihuana y derivados**.

La situación descrita ha de mantenerse hasta junio de 2001. En aquel entonces una Comisión de Expertos del Ministerio de Justicia elaboró un Proyecto que, entre otras propuestas, proponía cambiar la configuración de algunos tipos penales relativos al tráfico ilícito de drogas. De manera especial el citado documento demandó también la incorporación de un artículo que criminalizara todas las conductas ligadas al cultivo de plantas de coca, adormidera y cannabis. Posteriormente, dos comisiones parlamentarias recogieron dicha exigencia al redactar nuevas alternativas de modificación de los delitos de tráfico ilícito de drogas contemplados en el Código Penal. Los Proyectos elaborados por la **Comisión de Desarrollo Alternativo, contra el Tráfico Ilícito de Drogas y el Lavado de Dinero**; así como por la **Comisión de Justicia y Derechos Humanos** alcanzaron a unificarse constituyendo un texto definitivo que fue promulgado con la Ley 28002 el 18 de junio de 2003.

La Ley mencionada reintrodujo un artículo 296°-A con una nueva redacción y función. En adelante en dicha disposición estarían tipificados los actos de cultivo y procesamiento de plantas de coca, amapola o marihuana.

Si bien con esta decisión legislativa se superaban las carencias y deficiencias antes anotadas, el texto legal adolecía de algunas incongruencias. Por ejemplo, no resultaba coherente que las conductas tipificadas en su condición material de “actos preparatorios criminalizados” fueran reprimidas con igual penalidad que la prevista en el artículo 296° para la comercialización de drogas ya manufacturadas. Algo similar se detectaba en las penas privativas de libertad conminadas para los casos de cultivo o procesamiento mediante coacción, las que eran mucho más severas que las previstas para los actos de tráfico ilícito de drogas o para la mayoría de los supuestos agravados del artículo 297°.

También resultaba desconcertante que el legislador en la primera parte del nuevo artículo 296°-A, reprimiera únicamente al quien promueva, favorezca, facilite o ejecute actos de siembra o cultivo de plantas de amapola o marihuana. **De manera que aquel que realizara las mismas conductas pero con relación a plantaciones ilegales de hojas de coca ejecutaba una conducta atípica e impune**. Esta grave omisión que alentaría el proceder de promotores de cultivos ilegales sólo podría sancionarse penalmente, y, en la medida de lo posible, si tales actos se interpretaban como formas de participación o de ejecución imperfecta en el delito previsto por el párrafo

tercero del artículo 296°. Esto es, se volvía a delegar al ingenio jurisprudencial la superación de un error legislativo.

Un comentario adicional sobre los cambios generados por el artículo 296^a A, nos conecta con el **tratamiento penal acordado para los actos de comercialización o transferencia de semillas**. También en este supuesto se vuelven a excluir de los alcances de la represión penal, a las conductas que tengan como objeto de acción semillas de hojas de coca. De esta manera, pues, **conductas periféricas y trascendentes para la promoción de cultivos ilegales de hoja de coca tampoco tendrían relevancia penal**.

Sin embargo, todas las falencias expuestas no impiden emitir un juicio político criminal positivo sobre el artículo 296° A. En efecto, su existencia, siempre perfectible, permite que en la actualidad los cultivos de marihuana hayan recobrado su condición de conducta delictiva.

LOS ACTOS DE SIEMBRA Y CULTIVO DE PLANTAS FISCALIZADAS

En primer lugar debemos reiterar que artículo 296° A del Código Penal adquirió un nuevo contenido con la Ley 28002. El legislador incorporó en dicha disposición la tipificación de las conductas punibles vinculadas a la siembra, cultivo y procesamiento inicial de plantas de coca, amapola y marihuana.

Tradicionalmente, la legislación nacional había desplegado siempre una política criminalizadora sobre la siembra y el cultivo de estas especies vegetales. Sin embargo, como ya se ha explicado, la fe de erratas de 1991 eliminó, momentáneamente, la represión de tales actos.

Leyes posteriores, a mediados de los noventa, fueron restituyendo parcialmente la punibilidad de estos comportamientos pero sólo en lo concerniente a las plantas de coca y amapola. Como también se mencionado anteriormente la situación de atipicidad se mantuvo en relación a las plantaciones de marihuana. De allí, pues, que el texto del artículo 296° A ha procurado retornar al modelo represivo tradicional que existía en el Decreto Ley 22095 de 1978, y en la versión original del Código Penal de 1991 donde el cultivo integraba el tipo legal del artículo 296°.

Al interior del artículo que analizamos se encuentran regulados tres delitos diferentes:

1. Actos vinculados a la Siembra y Cultivo de Plantas de Amapola y Marihuana

2. Comercialización o Transferencia de Semillas de Plantas de Amapola y Marihuana

3. Siembra, Cultivo y Procesamiento de Plantas de Coca, Amapola y Marihuana mediante coacción.

Cabe anotar que el artículo que comentamos especifica el género y la especie de plantas que constituyen objeto del delito. En efecto, el legislador alude a la amapola del tipo *papaver somniferum* y a la marihuana de la especie *cannabis sativa*. Sin embargo, con relación a la planta de coca el artículo que comentamos no hace ninguna alusión específica, debiendo entender que se trata de la especie señalada en el artículo 89° del Decreto Ley 22095, esto es, del género *erythroxylon* y de sus variedades *erythroxiláceas*.

1. Actos vinculados a la siembra y cultivo de amapola y marihuana

Este delito se encuentra tipificado en el primer párrafo del artículo 296° A. Su fuente legal la encontramos en el artículo 1° de la Ley N° 26332, que adicionó el artículo 296° D al Código Penal, para con él criminalizar diversos actos relacionados con la siembra ilegal de plantaciones de adormidera. En realidad, la modificación incorporada con la ley 28002 es formalmente mínima, aunque materialmente trascendente al incluir a las plantas de marihuana como objeto de acción del delito.

Nuestro país ha asumido desde finales del siglo XIX, una política fiscalizadora y represiva de los actos de cultivo de amapola. Inicialmente la Ley sobre Estanco del Opio del 31 de octubre de 1887 y la Ley N° 4428 de 1921, se limitaron a sancionar solamente los actos de comercialización clandestina de opio, morfina o heroína (Art. 10°). Sin embargo, normas posteriores como los Decretos Leyes N° 11005 (Art. 2°, Inc. c), N° 19505 (Art. 1°) y N° 22095 (Art. 58°, Inc. a), así como el Decreto Legislativo N° 122 (Art. 55°, Inc. 1°) se ocuparon también de los sembríos ilegales de plantas de coca y marihuana. Igual actitud político-criminal se observó durante el proceso de reforma del Código Maúrtua, particularmente en los Proyectos de Código Penal de 1984 (Art. 282°, Inc. 1°), de 1985 (Art. 274°, Inc. 1°) y de 1991 (Art. 290°).

Ahora bien, luego de la “fe de erratas” que quitó al cultivo la calidad de acto constitutivo de tráfico ilícito de drogas, el legislador nacional retomó con la Ley N° 26223, del 20 de agosto de 1993, a su tradicional posición punitiva de las plantaciones de especies vegetales fiscalizadas. Dicha Ley introdujo el artículo 296° C en el Código Penal, para reprimir toda conducta violenta que obligara al campesinado a realizar actos de cultivo de plantas de coca o amapola (Cfr. Luis A. Bramont-Arias Torres. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial San Marcos. Lima, 1994, p. 353-354). Sin embargo, como ya se ha

explicado, la restitución de la punibilidad de los sembríos de marihuana recién tendrá lugar el año 2003 al promulgarse la Ley 28002.

El párrafo primero del artículo 296 A, describe un tipo legal alternativo que regula varias opciones de conducta típica. Sin embargo, para la tipicidad será suficiente que el agente ejecute, cuando menos, una de tales alternativas.

Todos los actos que reprime la ley corresponden en realidad a conductas de mera participación (instigación o complicidad) a las que el legislador otorga la condición de delitos autónomos. Decisión, por lo demás, coherente con las estrategias tradicionales de criminalización del narcotráfico, las cuales procuran, en lo posible, cubrir todos los hechos secuenciales del llamado "ciclo de la droga".

Sin embargo, es común a las diferentes hipótesis típicas que contempla la ley, el mismo objeto de acción del delito representado por los sembríos de plantas de amapola del tipo papaver somniferum o marihuana de la especie cannabis sativa. El agente, pues, debe ejecutar los actos de promoción, favorecimiento, financiación, facilitación, siembra o cultivo de plantíos de esas clases de plantas.

Veamos a continuación el alcance dogmático que cabe conceder a cada una de las conductas tipificadas:

- a. **Actos de promoción.** Son aquellos que predisponen o favorecen la realización de actos de sembrado de amapola o marihuana. Entre ellos obviamente se encuentran las formas de inducción o instigación. *"En si el promotor mediante halagos o promesas, comúnmente pecuniarias, busca captar un conjunto de voluntades y orientarla..."* (Víctor Prado Saldarriaga. Ob. cit. p.190) hacia la siembra de amapola o marihuana, o hacia la expansión de áreas de sembrío destinado al cultivo de tales especies.

Es importante destacar que la promoción no se puede materializar con actos de amenaza o violencia, ya que si el agente se vale de tales medios compulsivos se configuraría el delito de coacción al sembrado o procesamiento de plantas fiscalizadas, el cual también es punible pero conforme a lo dispuesto en el párrafo in fine del artículo 296° A.

Ahora bien, con relación a la promoción no seguida o acatada, es de señalar que tal consecuencia no enerva la tipicidad. En todo caso, dicho supuesto deberá ser considerado como una tentativa y reprimido según las reglas del artículo 16° del Código Penal.

- b. **Actos de favorecimiento.** Este supuesto corresponde a los actos que buscan la expansión de las áreas de sembríos de plantas de amapola o marihuana. El agente para realizarlos puede crear o fortalecer condiciones favorables de naturaleza material o subjetiva. El puede motivar y convencer a las fuentes de financiación para que inviertan capitales; o procurar las mejores opciones para un mayor rendimiento de los terrenos cultivados. También su conducta puede realizarse optimizando la calidad de las semillas, o auspiciando el desarrollo de nuevos cultivos.
- c. **Actos de financiación.** Aquí se involucran las distintas formas de provisión de recursos económicos para iniciar o conservar los sembríos de amapola o marihuana. El “financista”, pues, es aquel que apoya pecuniariamente la actividad del cultivo. Su intervención, entonces, es relevante en la medida en que aporta el capital requerido para la operatividad de los actos de cultivo ilegal. Ahora bien, el financiamiento puede ser parcial o integral, temporal o permanente, sin que ello afecte la tipicidad del acto. No obstante, entendemos que él debe ser necesario y trascendente para iniciar o mantener la actividad de la siembra, **ya que si se trata de un aporte económico prescindible y eventual, dicha conducta debe apreciarse como un supuesto de facilitación pero no de financiamiento.**

Es importante destacar que los actos de financiamiento de plantaciones son operativamente equivalentes. Su cantidad, calidad u oportunidad no afectan, pues, la tipicidad del comportamiento ni su ilicitud. El delito, por tanto, se habrá perfeccionado en la medida en que el agente haya aportado los medios de financiación con la finalidad concreta de auspiciar o coadyuvar al sostenimiento del proceso del cultivo ilegal de amapola o marihuana. No siendo, en consecuencia, necesario que el sembrío logre materializarse, ni muchos menos que se alcance la etapa de la cosecha.

- d. **Actos de facilitación.** Estas conductas implican diferentes formas de colaboración material o intelectual. Lo importante es que el agente crea o mantiene con su conducta condiciones adecuadas para la realización del cultivo de las especies vegetales fiscalizadas. Por consiguiente, el puede otorgar recursos logísticos (abono, herramientas, etc.), ceder el terreno para el cultivo e incluso puede proveer de recursos humanos.

Asimismo, la facilitación puede concretarse con apoyo técnico (control de calidad de los sembríos, servicio de orientación agrónoma, etc.). Únicamente, no pueden considerarse dentro de los actos de facilitación el suministro de semillas de amapola o marihuana; o el aporte económico con fines de financiamiento, puesto que tales

comportamientos poseen tipicidad específica dentro del párrafo segundo del artículo 296° A.

- e. **Actos de siembra o cultivo.** Debemos entender, conforme a la definición de términos que contiene el inciso 8° del artículo 89° del Decreto Ley 22095, aún vigente, que quedan comprendidas en estos supuestos diferentes conductas relacionadas con el sembrado, germinación, cosecha y recolección de “vegetales que contengan sustancias fiscalizadas”.

De modo más específico, se debe entender que en el **cultivo** están considerados los actos de preparación de la tierra destinada a área de sembrío; el proceso de la siembra o distribución de las semillas de amapola o marihuana en el terreno previamente destinado como área de cultivo; y, también, los actos de conservación y regadío de las plantas germinales (Cfr. Víctor Prado Saldarriaga. Tráfico Ilícito de Drogas y Política Criminal en el Perú, en Política Criminal Peruana. Cultural Cuzco. Lima, 1985, p. 173).

2. Comercialización o Transferencia de Semillas de Plantas de Amapola y Marihuana

La segunda de las modalidades delictivas previstas por el artículo 296° A, trata, en lo esencial, de actos de preparación criminalizados

El objeto de acción del delito ahora lo constituyen semillas de amapola y marihuana. El legislador ha considerado dos conductas típicas alternativas que son la **comercialización y la transferencia** de semillas de las mencionadas especies vegetales.

- a. **Actos de comercialización.** Conforme a lo dispuesto en el artículo 89° inciso 7° del Decreto Ley N° 22095, quedan comprendidos en esta opción típica los actos “*de depositar, retener, ofrecer, expendir, vender, distribuir, despachar, transportar, importar, exportar, expedir en tránsito...*”. Los cuales, sin embargo, **deben de ser realizados necesariamente a título oneroso**. Por tanto, en este supuesto no se involucra a los actos de donación.
- b. **Actos de transferencia.** Este caso corresponde a cualquier otro acto que implique cesión a un tercero, por parte del sujeto activo, de semillas de amapola o marihuana. En principio la ley no toma en cuenta la naturaleza de la transferencia ni su finalidad. Cabe, por tanto, una cesión a título gratuito como la donación, o a título oneroso como, por ejemplo, la transferencia en pago o trueque. Quedando excluidos, por razones de

especialidad, las formas de cesión propias de un acto de comercialización y que ya hemos identificado.

Ahora bien, para que el delito se perfeccione, en cualquiera de sus dos opciones, basta con la realización de cualquiera de los actos de transferencia o comercialización ya mencionados, sin que sea requerido por la tipicidad que el receptor o adquiriente de las semillas, realice o intente, siquiera, el sembrado de las mismas.

La observación que cabe formular a esta modalidad delictiva radica en la penalidad conminada. Si bien ella es ahora menor que la considerada en el derogado artículo 296°- D, resulta, sin embargo, igual a la contemplada por el párrafo tercero del artículo 296° para reprimir la comercialización de materias primas. Esto resulta incoherente, ya que aún cuando las semillas comercializadas o transferidas nunca lleguen a ser sembradas, o sus plantas germinadas a cosecharse, la sanción para tales conductas sería la misma que la prevista para quien vende las plantas fiscalizadas ya cosechadas, lo cual colisiona con el principio de proporcionalidad.

3. Circunstancias atenuantes

Los delitos contemplados en el párrafo segundo del artículo 296° A poseen circunstancias atenuantes específicas. Estas toman en cuenta el escaso volumen del objeto de acción del delito. Se alude, pues, a un indicador de menor antijuricidad semejante al considerado por el artículo 298° del Código Penal. En efecto, la menor dimensión de los sembríos y la cantidad mínima de las semillas utilizadas será determinante para la disminución de la penalidad. Veamos:

En principio la extensión de las zonas de cultivo es irrelevante para la tipicidad. No obstante, si el número de plantas germinadas en el terreno no excede de cien, la represión del hecho punible podrá ser objeto de atenuación. Esta cantidad de plantas germinadas es igual a la que se contemplaba también el ya suprimido artículo 296° D. De esta manera, pues, el legislador siguió con coherencia la propuesta sugerida por el Proyecto de la Comisión de Expertos del Ministerio de Justicia, que recomendó condicionar la atenuante a la presencia de un número de semillas adecuado para un área de cultivo de pequeña extensión.

Congruente con lo anterior en el caso de los delitos de transferencia o comercialización de simientes de adormidera o marihuana, se considera también como atenuante que la cantidad suministrada, no exceda de la requerida para lograr la germinación de cien plantas de tales especies. Este criterio, sin embargo, no es del todo preciso, ya que el número de semillas no es necesariamente proporcional al del probable número de plantas que han de

germinar. La cantidad, entonces, deberá evaluarse en el caso concreto en función de otros factores como la calidad de las semillas, el tipo de terreno, el clima de la zona, etc. Sin embargo, debemos reconocer que la posición político criminal ahora asumida por el legislador, resulta ser más coherente que aquella imperante durante la vigencia del artículo 296° D, el cual no consideraba cantidad concreta de simientes para producir efectos atenuantes.

Tal omisión fue cuestionada oportunamente por el Ejecutivo, al observar la Autógrafa de Ley que aprobó el texto del citado artículo. Según este Poder del Estado: “En el tercer párrafo del citado artículo, se establecen circunstancias atenuantes sólo cuando se trata de plantas, habiendo omitido igual norma para el caso de semillas de adormidera utilizada con fines de tráfico de drogas, aún cuando en este caso también se debe distinguir claramente entre el que comercializa una cantidad insignificante y aquél que lo realiza a gran escala” (Oficio N° 041-94-PR del 12 de mayo de 1994). Sin embargo, la propuesta alternativa que se sugirió al Congreso en aquella ocasión era discutible y en algunos aspectos desproporcionada. En efecto, el Ejecutivo, siguiendo la experiencia colombiana, propuso al legislador establecer en un kilogramo el límite de aplicación de la atenuante (Cfr. Oficio N° 041-94-PR).

4. Siembra, Cultivo y Procesamiento de Plantas de Coca, Amapola y Marihuana mediante coacción

Este delito mantiene una regulación similar a la que fue incluida por la Ley N° 26223 que incorporó al Código Penal el derogado artículo 296° C.

El legislador criminaliza como delito específico toda forma de coacción que se ejerza contra un tercero, para que realice actos de sembrado de plantas de coca, amapola o marihuana; o se dedique al procesamiento ilícito de dichas especies vegetales a fin de extraer de ellas sustancias fiscalizadas. Cabe anotar que en la redacción del precedente artículo 296° C, no se consideraba punible el realizar los mismos actos coactivos para obligar a la siembra o procesamiento de plantas de marihuana. De allí, pues, que la reforma introducida por la Ley 28002 en este dominio, ha cubierto un significativo vacío.

En lo esencial con esta modalidad delictiva el legislador penaliza un atentado a la libertad individual, ya que el sujeto activo **obliga a la víctima a hacer algo que no quiere hacer** .

El autor del delito debe, entonces, imponer a otro, mediante el empleo de violencia física o amenazas, el sembrado o el procesamiento de las especies vegetales mencionadas. **Por tanto, deviene peligrosamente en atípico el acto de inducir al sembrado o procesamiento de las plantas fiscalizadas. Por ejemplo, mediante el ofrecimiento o concesión de beneficios económicos.** De lege ferenda cabe exigir que esta incomprensible omisión sea

subsana a la brevedad, pues se constituye, justamente, en la forma más común con la que los traficantes promueven la siembra y/o el procesamiento de coca o amapola. En todo caso, de lege lata tal conducta, por ahora, y tratándose de plantaciones de amapola o marihuana, podría ser sancionada conforme a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 296° A.

Por lo demás, respecto a los **actos de sembrado** habría que entender no sólo la acción de esparcir semillas del vegetal objeto del delito, en un terreno previamente preparado o acondicionado para ello. Sino que, también, resultan típicos y punibles los actos de cultivo posteriores al nacimiento de los almácigos. Por ejemplo, aquellos que tienen por función el cuidado de las áreas sembradas. En coherencia con ello, en el inciso 15° del artículo 89° del Decreto Ley N° 22095, se involucra a todos esos comportamientos bajo la denominación común y genérica de **cultivo**.

En lo que atañe al **procesamiento**, todo parece indicar que con él el legislador alude a actos posteriores que comprenden las tareas propias de la cosecha, así como también a aquellas formas preliminares de fabricación de drogas, como son el secado de hojas o su mezcla con los insumos básicos. Igualmente, están considerados aquí los actos de maduración o “macerado” de las hojas.

Ahora bien, a nivel del **tipo subjetivo** concurre conjuntamente con el dolo un elemento especial que alude a la antijuricidad, y que el legislador identifica con la expresión “**fines ilícitos**”. El agente debe, pues, actuar sin una finalidad legítima.

La **tentativa** en este delito es configurable y punible.

La ley ha establecido para estas conductas coactivas la penalidad más alta en relación a los otros supuestos delictivos contemplados por el artículo 296° A. En efecto, para el caso que analizamos se ha fijado pena conminada única no menor de 25 ni mayor de 35 años de pena privativa de libertad. Es de señalar, sin embargo, que esta penalidad es menor a la de **cadena perpetua** que establecía el derogado artículo 296° C, la cual era a todas luces desproporcionada y simbólica, pues se trataba de reprimir con ella actos esencialmente preparatorios. Es decir, comportamientos de relevancia cualitativamente inferior a los considerados en el artículo 296 que implica el tráfico directo de drogas manufacturadas. Por tanto, pues, desde esta evaluación de proporcionalidad debemos observar que la penalidad aportada por la Ley 28002 sigue siendo alta. No obstante, en el contexto actual ese marco sancionador parece ser compatible con los objetivos de prevención general negativa, que con relación a los cultivos ilegales de coca viene postulando el Estado.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Como lo insinuamos al inicio de estos comentarios, la problemática cocalera responde a un sistema etiológico que el legislador penal no puede soslayar. Como se ha podido apreciar, el tratamiento penal de los actos de cultivo de plantas fiscalizadas en nuestra legislación muestra un abanico de delitos que recorren sus distintas manifestaciones operativas. De otro lado, el marco punitivo diseñado por la legislación vigente, establece penas severas si se tiene en cuenta el significado de tales conductas criminalizadas en el circuito real del tráfico ilícito de drogas. Ahora bien, subsisten vacíos normativos clamorosos en el derecho penal nacional, como aquel relativo a la atipicidad de la inducción al cultivo y procesamiento ilegales de hojas de coca. Estas carencias requieren de acciones criminalizadoras inmediatas, por ser tales conductas las formas más recurrentes y corrientes de conectar al campesinado cocalero con el narcotráfico. En todo caso, pues, la respuesta político criminal que se adopte debe sopesar todas estas variables y condicionamientos, a fin de que las medidas punitivas no anulen ni sustituyan las políticas de promoción y desarrollo de cultivos alternativos y de erradicación razonable de los sembríos de coca existentes. Todo parece indicar, pues, que el derecho penal, en este contexto y dominio, sólo tiene dos alternativas a seguir: o se constituye en un instrumento residual y complementario de una nueva estrategia de control de las áreas cocaleras y de la erradicación consensuada; o se transforma en un instrumento simbólico que coadyuve a la represión indiscriminada del campesinado cocalero y a la legitimación de los excesos y fracasos de los programas de erradicación absoluta y forzada. Al legislador, compete, entonces, la grave responsabilidad de decidir entre ambas opciones el rol que en definitiva le tocará cumplir al derecho penal nacional en la nueva política para enfrentar el actual conflicto de la coca.