

EL DELITO DE CONSPIRACIÓN EN EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS: ADELANTAMIENTO DE LAS BARRERAS PUNITIVAS Y LOS EFECTOS DEL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE REGRESO

*The crime of conspiracy in illicit drug trafficking: advancement of
punitive barriers and the effects of the principle of prohibition of return*

ROGER ANDRÉS MENDOZA MATOS*

rogerm1987@hotmail.com

rogerm19871987@gmail.com

RESUMEN

En el Código Penal el delito de tráfico ilícito de drogas, se tipifica en el Libro (Parte Especial), Título XII (delitos contra la seguridad pública), Capítulo III (Delitos contra la salud pública), Sección II. Justamente, en el contexto de estas previsiones legales, aparece tipificado en la parte in fine del artículo 296 CP, el delito de “conspiración al tráfico ilícito de drogas, tipificándose la conducta de quien “toma parte de una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas...”. Al efecto, la imputación penal de la “conspiración”, no estableciéndose una conceptualización normativa precisa del término, determina una estela de interpretación bastante amplia, lo cual trae como consecuencia una serie de implicancias, con mayor razón cuando estamos frente a ámbitos de responsabilidad penal, pudiéndose afectar la seguridad jurídica y también el principio de legalidad. En tal sentido con nuestra investigación perseguimos auscultar nuestra realidad normativa, a efecto de establecer si en nuestro medio punitivo, el Estado está cumpliendo con tipificar adecuadamente el delito de conspiración para el tráfico ilícito de drogas y si efectivamente en nuestra legislación

* Abogado especialista en derecho penal y derecho procesal penal. Con estudios de maestría con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

de la materia se establece una adecuada definición conceptual de lo que es el elemento ‘conspiración’, que determine una efectiva imputación suficiente y diferencie el tipo de conspiración para el tráfico ilícito de drogas, de las modalidades típicas de organización criminal y banda criminal para cometer tráfico ilícito de drogas. Nos preocupa adicionalmente establecer los efectos del error de tipo y la aplicación de los efectos de la prohibición de regreso y la incidencia del derecho penal del enemigo en nuestra legislación penal anti narcotráfico.

PALABRAS CLAVE: organización criminal, banda criminal, conspiración.

Abstract

In the Criminal Code, the crime of illicit drug trafficking is defined in the Book (Special Part), Title XII (crimes against public security), Chapter III (Crimes against public health), Section II. Precisely, in the context of these legal provisions, the crime of “conspiracy to illicit drug trafficking, typifying the conduct of anyone who “takes part in a conspiracy of two or more people to promote, favor or facilitate illicit drug trafficking ...”, is typified in the fine part of article 296 CP. To this end, the criminal imputation of the “conspiracy”, not establishing a precise normative conceptualization of the term, determines a trail of quite broad interpretation, which brings as a consequence a series of implications, with greater reason when we are facing areas of criminal responsibility, being able to affect legal certainty and also the principle of legality. In this sense, with our research we seek to listen to our normative reality, in order to establish whether in our punitive environment, the State is complying with adequately typifying the crime of conspiracy for illicit drug trafficking and if indeed in our legislation of the matter an adequate conceptual definition of what is the element ‘conspiracy’, to determine an effective sufficient charge and differentiate the type of conspiracy for illicit drug trafficking from the typical modalities of criminal organization and criminal gang to commit illicit drug trafficking. We are further concerned to establish the effects of the error of type and the application of the effects of the prohibition of return and the impact of the criminal law of the enemy on our criminal anti-drug legislation.

KEYWORDS: *criminal organization, criminal gang, conspiracy*

METODOLOGÍA

- a) “El método comparativo, con la finalidad de establecer las identidades, similitudes y diferencias entre el delito en estudio, con respecto a nuestro país y aquellos en los que se tipifiquen formas delictivas similares”.
- b) “El análisis y síntesis, que permitirá apreciar las relaciones internas y externas del ilícito a fin de apreciar sus elementos constitutivos”.
- c) “El método descriptivo-explicativo, que será aplicado a los fenómenos socio jurídicos observables del delito en estudio”.

DESARROLLO

1. ELEMENTOS DE TIPO OBJETIVO EN LA CONSPIRACIÓN PARA EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

1.1. La Conspiración

La palabra conspiración proviene del latín “conspiratio”, compuesta con el prefijo “con” que significa “unión”; y el verbo “spirare”, que significa “respirar, vivir”. Por lo tanto, es posible definir que etimológicamente la “conspiración”, refiere a “estar unido del mismo espíritu o con la misma voluntad”. En sus orígenes y quizás en su acepción más generalizada, la “conspiración” sue-

le vincularse a las “estrategias que tienen como propósito quitar o derrocar al alguien del poder político, social o religioso”.

La Real Academia de la Lengua Española define la conspiración como la “unión de varias personas en contra de un soberano o de una persona para hacerle daño”. En términos generales la conspiración identifica la conducta de unirse o reunirse en secreto con la finalidad en común de efectuar un acto ilegal o impropio, o usar tal medio para llevar a cabo un objetivo ilegal.

Este hecho delictivo consiste en participar de una “concertación”, en el sentido de acuerdo voluntario, para realizar actos delictivos a futuro de promoción, favorecimiento o facilitación de tráfico ilícito de drogas.

“Es importante destacar que el espacio de realización de este delito es siempre precedente e incompatible con la realización material de todo acto de ejecución de tráfico ilícito de drogas. Los conspiradores, por tanto, se limitan a idear y bosquejar acciones o estructuras criminales que se materializarán posteriormente. Se trata, pues, de actos preparatorios criminalizados autónomamente y donde lo esencial y punible es el intercambio y

acuerdo de voluntades en relación a un proyecto delictivo común: la promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilícito de drogas. Por consiguiente, pues, el mero acto conspirativo ya es típico y punible.” (Prado Saldarriaga 2017, p. 276)

Conforme a lo ya anotado, lo antijurídico del comportamiento de esta modalidad delictiva, que corresponde a una forma de “coautoría adelantada”, es precisamente el “concierto criminal” que une a los concertados con la finalidad de cometer delitos. Se trata en esencia de un acuerdo con finalidad delictiva, que orienta y determina la voluntad de los partícipes al mismo hecho delictivo. Existe en este caso una decisión definitiva y firme de ejecutar el delito de narcotráfico, plasmada en un plan concreto y determinado, en tal sentido, la actuación de cada concertado debe ser consciente y asumir lo que se pacta y la decisión de llevarlo a cabo.

En tal sentido, se requiere la viabilidad del proyecto delictivo y la existencia de un lapso de tiempo relevante entre el proyecto y la acción que permita apreciar una mínima firmeza de la resolución, ya que esta no puede ser repentina o espontáneamente. Por ello el delito de conspiración asume características de un “delito proceso”.

Pero, desde una perspectiva dogmática, tanto el delito de organización criminal (art. 317), como en de banda criminal (art. 317-B), en este caso para cometer delitos de tráfico ilícito de drogas, reclaman típicamente un componente de concertación al modo propio de la “conspiración criminal”, por lo que resulta necesario dilucidar los alcances del elemento “conspiración” del delito de “conspiración para el tráfico ilícito de drogas” y los referidos delitos de organización criminal y banda criminal, en el específico caso de tráfico ilícito de drogas.

Al respecto, hemos de precisar que nuestro legislador ha optado de manera tradicional, por la técnica de las “agravaciones específicas” para determinados delitos, generalmente graves, sin atender de manera decidida el tratamiento adecuado e individualizado de los “ilícitos asociativos”, no preocupándose por la creación de tipos penales idóneos y específicos para captar el injusto del “concierto asociativo con fines delictivos”.

Así, es de apreciarse que durante la vigencia del Código Penal de 1924, el artículo 238 tipificaba como circunstancia agravante cuando “el delincuente hubiere cometido el hecho en calidad de afiliado a una banda, o si fuera habitual en

el delito de robo, o si demostrare, por otras circunstancias, su condición de especialmente peligroso”. En igual forma el artículo 288-B, Inci. a) (delito contra la tranquilidad pública), se tipificó como agravante del delito de terrorismo: “si el agente pertenece a una organización que para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utilice como medio el delito de terrorismo tipificado en el artículo anterior. La pena será de internamiento, cuando el agente perteneciere a la organización en calidad de jefe, cabecilla o miembro directriz”. El código de Mauritania no se ocupó de tipificar expresamente la “asociación o banda delictiva”.

Es recién en nuestro vigente Código penal, que se tipifica el delito de “asociación ilícita” (art. 317), como una forma de delito contra la “paz pública”, que afecta el bien jurídico “tranquilidad pública”, “evidenciándose con ello un primer esfuerzo político criminal, para la represión de estos delitos asociativos con miras a la comisión mancomunada de delitos” (Art. 317: “El que forma parte de una agrupación de dos o más personas destinadas a cometer delitos será reprimido por el solo hecho de ser miembro de la agrupación con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.”).

Posteriormente, en el marco de la “legislación en materia de fortalecimiento de la seguridad ciudadana, reactivación económica y formalización, lucha contra la corrupción y otros”, autorizada al Poder Ejecutivo mediante Ley N° 30506, con fecha 27 de octubre de 2016, se expidió el D. Leg. N° 1244, expedido para “fortalecer la lucha contra el crimen organizado y la tenencia ilegal de armas”, se modifica la Ley N° 30077 sobre “crimen organizado” y modifica también el Código penal, introduciendo los delitos de “organización criminal” (art. 317) y “banda criminal” (art. 317-B).

Como efecto del referido D. Leg. N° 1244, se modificó el artículo 317 del Código Penal, incluyéndose el ahora denominado delito de “organización criminal” derogándose la modalidad de “asociación ilícita o delictiva”. Este nuevo delito tiene “una identidad típica” diferente al de “asociación delictiva” (pero podemos apreciar que la esencia delictiva de la “asociación ilícita”, se ha desplazado al tipo de “banda criminal” artículo incluido N° 317-B).

El tipo inicial de “asociación ilícita”, tipificaba, como delito de mera actividad y de peligro, la conducta de quien o quienes formaren parte de una agrupación de dos o

más personas, destinada específicamente a cometer indiscriminadamente delitos de cualquier naturaleza (evidentemente dolosos), tan sólo por el hecho de ser miembro de la agrupación delictiva.

En su esencia histórica, este delito “sanciona el solo hecho de formar parte de la agrupación -a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de (a) relativa organización, (b) permanencia o estabilidad y (c) número mínimo de personas- sin que se materialice sus planes delictivos. En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo. Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado. La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan -no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar-, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hecho diferentes y, por cierto, de un bien jurídico distinto del

que se protege, en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó. En síntesis, es un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y no de la propia pertenencia a la misma. No se está ante un supuesto de codelincuencia en la comisión de los delitos posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar”. (Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116. Fojas 6 al 13)

“Por cierto, que la finalidad ilícita ha de ser la querida y pretendida por la propia asociación, no por el propósito individual de alguno de sus miembros -aun cuando claro está, sea diferenciable una posición especial de jerarquía-, finalidad que no sólo ha de estar claramente establecida -discernida probatoriamente- sino que supone que la asociación delictiva venga estructurada -en sus contornos mínimos- para la consecuencia de los fines por ella previstos. No se consuma, en efecto, tal ilícito penal porque en la marcha de una determinada estructura asociativa ínsitamente ilícita se cometan determinadas infracciones, sino porque desde el principio

sus miembros buscan tal propósito como una finalidad ya inicialmente delictiva”. (Exp. N° 323-2013-45, 1° Sala Penal de apelaciones nacional. Foja 60, publicado el 15 de agosto de 2016).

“Como ya ha quedado expresado, por virtud del D. Leg. 1244, cuya finalidad declarada es la de ‘fortalecer la lucha contra el crimen organizado y la tenencia ilegal de armas’, se modificó el Código Penal, introduciendo una nueva modalidad delictiva, denominada ‘banda criminal’ (art. 317-B), que a nuestro criterio contiene la esencia antijurídica del delito de ‘asociación ilícita para delinquir’, que asimismo se constituye en su inmediato antecedente legislativo. Esta nueva modalidad típica sanciona con pena privativa de libertad, no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, la conducta de quien o quienes constituyan o integren una unión de dos o más personas; que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317, tenga por finalidad o por objeto la comisión de delitos concertadamente”.

Lo dicho determina que si bien es cierto que las modalidades de organización y banda criminal,

participan de los elementos generales de la conspiración delictiva, su diferenciación radica en que estas modalidades delictuales requieren una estructura organizativa, por lo que no cubren la esencia del delito de conspiración, que se representa como más genérico en cuanto a su objeto de protección.

Por lo dicho, nuestra primera Hipótesis secundaria refiere a que en nuestro sistema punitivo, resulta evidente la dificultad que representa para una adecuada imputación necesaria, la falta de una determinación normativa que precise los contornos conceptuales del elemento típico ‘conspiración’, integrado como verbo rector del delito de ‘conspiración para el tráfico ilícito de drogas’, lo que determina la generación de la posibilidad de concurso con los delitos de organización criminal y banda criminal, precisamente para cometer delito de tráfico de drogas.

En tal sentido y por lo ya fundamentado, debería modificarse el artículo 296° CP en su cuarto párrafo para introducir elementos de mayor precisión, que permitan una mejor y mas directa interpretación del elemento “conspiración”, precisándose por ejemplo que dicha conspiración se realice fuera de los casos de organización criminal o

banda criminal cuya finalidad sea el tráfico ilícito de drogas (algo así como cuando en el delito de banda criminal <art. 317-B> se hace mención expresa de: "...sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal...").

Circunstancia forzada y antitécnica que se solucionaría simplemente con derogar la referencia típica a la "conspiración para el tráfico de drogas", eliminándola del catálogo punitivo, lo que no determinaría ningún vacío legal ya que subsistirían en su caso, las modalidades de organización criminal y banda criminal.

1.2. Multiplicidad de agentes

Concertar significa acuerdo de voluntades, por lo que en principio y por definición, este debe realizarse entre dos o más personas (sería absurdo pensarse en una conspiración de una sola persona). En tal sentido, el delito de conspiración corresponde en su característica a un "delito de sociedad", por lo que para su configuración se requiere de la participación de un mínimo de dos personas (de dos a más) que actúen con la misma resolución criminal (concertación). Aunque es verdad, que una organización delictiva, casi siempre antes de la comisión de de-

terminado delito, cometerá un acto de conspiración como fase previa.

Evidentemente no es posible concebir una conspiración individual, de tal manera que lo injusta se manifiesta con la concertación criminal de una pluralidad de agentes.

"Esta infracción penal se perfecciona con la mera reunión de los conspiradores, aunque esta se realice una sola vez. Por tanto, no será necesario para la realización típica que el proyecto criminal se implemente materialmente, ni que su concreción sea exitosa o fracase, o que en su ejecución intervenga directa o indirectamente el conspirador. Si esto último tiene lugar, se aplicarán, según los casos y circunstancias, las reglas pertinentes sobre concurso de delitos". (Prado 2017, p. 276)

1.3. Promoción, favorecimiento o facilitación

Según el texto típico, el injusto material se constituye cuando la conspiración se dirige a promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas. En efecto, "se busca penalizar la conspiración que pueden hacer dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas. Cabe precisar que no estamos frente a una organización a delinquir, pero que resulta reprochable penalmente a razón del

ilícito al que se orienta. Se pretende ir más allá de todo viso de resolución delictiva, donde los posibles agentes, se reúnen para acordar la forma, la vía y los medios a emplear para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas”. (Peña 2013, p. 130)

Actos de promoción son aquellos que favorecen o predisponen la realización de cualquiera de las formas delictivas del narcotráfico. Son propiamente formas de inducción o instigación. Puede verificarse mediante promesas (generalmente pecuniarias), con el objeto de procurar determinar la voluntad de terceros hacia la provisión, acopio, producción o comercialización de materias primas o insumos; o, también hacia la estratégica expansión u operatividad de tales actividades.

Los actos de facilitación involucran cualquier forma de colaboración, material o intelectual, que brindan los agentes a terceros, que están realizando o están por realizar actividades de provisión, acopio, producción o comercialización de materias primas o insumos. Lo trascendental aquí es que quien facilita aporta, genera o mantiene elementos o condiciones favorables y adecuadas para ello.

“Por consiguiente, él puede otorgar recursos logísticos, buscar intermediarios, ceder locales o incluso puede proveer recursos humanos. Asimismo, la facilitación puede concretarse con apoyo técnico (control de calidad, servicios de asesoría industrial, etc.). únicamente, no se pueden considerar en esta hipótesis normativa aportes económicos con fines de financiamiento, puesto que tales comportamientos poseen una tipicidad propia. No obstante, estimamos que si calza en la tipicidad la conducta de quien gestiona ante terceros la inyección de capitales que permiten mantener en ejecución las actividades ilícitas ya mencionadas”. (Prado 2017, p. 275)

Los actos de financiación están integrados por diferentes formas de suministro o facilitación de recursos de naturaleza económica, necesarios para la iniciación o prosecución de las acciones de provisión, acopio, producción o comercialización de materias primas o insumos. Por financista ha de entenderse a quien apoya pecuniariamente tales actividades. Su intervención se torna relevante en la medida en que aporta el capital requerido para la operatividad de tales actos. No obsta para la tipificación del delito que el financiamiento pueda ser total o parcial, temporal o permanente.

A tal efecto, como bien precisa Prado Saldarriaga, “si bien la consumación requiere la entrega del financiamiento, no es necesario para la tipicidad que la actividad financiada llegue a realizarse exitosamente”. (2017, p. 275)

2. ELEMENTOS DEL TIPO SUBJETIVO EN LA CONSPIRACIÓN PARA EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Por lo ya fundamentado, es de apreciarse que el delito de conspiración para el tráfico ilícito de drogas se representa como uno eminentemente doloso. “Por otro lado, en la parte subjetiva del delito, es un delito por naturaleza doloso; por ende se exige que haya prueba en un doble sentido: a) se acredite que en el delito que se pretende cometer concurrían todos los elementos de hecho que se requieran para la figura delictiva principal y b) que se acredite la presencia de los requisitos que el tipo penal exige en su definición de la conspiración, a saber, que dos o más personas se pongan de acuerdo (se conciertan) para la ejecución de un delito y que resuelvan ejecutarlo. El dolo del conspirador es único y se identifica con la realización de un delito concreto cuyos elementos han de ser captados por aquél” (STS N° 120/2009).

3. CONSECUENCIA JURÍDICA

La pena conminada para este delito es privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta a ciento veinte días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36. Incisos 1) y 2):

- 1.º “Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular”.
- 2.º “Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público”.

4. NATURALEZA JURÍDICA CONSPIRACIÓN PARA EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

De acuerdo con la doctrina española se establece que el delito de conspiración es uno de “características híbridas”, puesto que si bien es cierto que en muchas ocasiones se le ha considerado como un delito de “dinámica propia”, no es fácil olvidar, como ocurre en el caso peruano, que, al mismo tiempo y de una forma indefectible es subsidiario o dependiente de otro que podemos llamar principal, o lo que es lo mismo, podríamos decir que se trata de un delito simplemente ‘mediato’ y no ‘inmediato’.

Por sus propias características este delito tiene una naturaleza excepcional, que a juicio de Jescheck y Weidend “son tipos penales cuya peculiaridad demanda una intervención especialmente precoz, de lo contrario, no se conseguiría nada mediante la pena, siendo supuestos típicos especialmente peligrosos”. (2002, p. 552). Para Mir Puig, “la razón del castigo de los actos preparatorios es la especial peligrosidad que encierra la implicación de otras personas en el proyecto criminal, ha de verse, pues en la peligrosidad objetiva de determinados actos dirigidos a consumir el delito, en la medida en que dicha peligrosidad se manifiesta ya ex ante. (2016, p. 351) Se trata, pues, de los excepcionales “actos preparatorios punibles” que son previos a la codelincuencia en el hecho consumado. Jakobs, sostiene que “en tanto que la preparación no se limita a los planes de un sujeto singular, sino que se objetiva mediante el planteamiento común de varios sujetos, el Derecho positivo la pune en varios casos, sin sujetarse a los límites que traza para el derecho penal el estatus de ciudadano que delinque”

“El delito de conspiración tiene naturaleza jurídica de ser una forma de resolución manifiesta, que dentro de la teoría del delito,

pertenecen al ámbito de los actos preparatorios -aunque existen algunos autores que prefieren ubicarlo en un estadio intermedio, entre la fase interna y los actos preparatorios propiamente dichos, algo así como actos pre preparatorios- y siguiendo el iter criminis se ubica en una fase anterior a la ejecución; es decir, en medio de la ideación impune y la tentativa, que a su vez exige un concierto de voluntades entre dos o más personas que junto con la firme resolución de llevar a cabo lo acordado generan un peligro objetivo para un bien jurídico”.

La Corte Suprema del Perú, en el Recurso de Nulidad N° 921-2012-AMAZONAS; manifestó que “el delito de conspiración pertenece a la fase del iter criminis anterior a la ejecución del delito de tráfico ilícito de drogas; es decir no es aplicable la conspiración cuando el delito proyectado ya se ejecuta, pues en este caso la tentativa absorbería la conspiración; por lo tanto, es un tipo penal subsidiario o residual. No es aplicable, por ende, cuando el delito proyectado ya se ejecutó o está en proceso de ejecución, pues

en ese caso la tentativa absorbería la conspiración”. (Castro Olaechea. En Ensayos sobre la conspiración en el Código Penal Peruano. En

<https://docplayer.es/43005851-Ensayo-sobre-la-conspiracion-en-el-codigo-penal-peruano.html> Consulta: 16 de junio de 2019).

Aquí, si los sujetos que se conciertan dan inicio propiamente a la realización del hecho típico, deberá entenderse que los partícipes han desbordado el ámbito de los actos preparatorios y de esta manera también el de la mera conspiración, ingresando a la esfera de la tentativa del delito proyectado. Por lo tanto, una vez que los partícipes realizan hechos directos para consumir el plan criminal, ya no cabe tipificar la conducta a título de conspiración, sino se debe imponer la sanción establecida para el tipo penal específico objeto de la concertación. En el mismo sentido, Villavicencio Terreros manifiesta que “el acto preparatorio como delito autónomo no puede ser punible independientemente si se ha producido la agresión final” (2006, p. 420). Y es que no puede sancionarse dos veces por el mismo hecho. Esta es una de las razones, por la que muchos autores sostengan que en este delito no se admita la tentativa.

Desde la perspectiva de su realización, el delito de concertación se constituye en un delito de mera actividad y de peligro abstracto, porque no existe un peligro inmi-

nente de lesión a un bien jurídico determinado. Por otro lado, debemos decir que en términos legales, la conspiración es de personas, siendo irrelevante la existencia o no de una organización de por medio. Por ello, a este delito también se le conoce como “delito de sociedad”, porque se necesita de un mínimo de dos personas que actúen con la misma resolución criminal. Aunque es verdad, que una organización delictiva, casi siempre antes de la comisión de determinado delito, cometerá un acto de conspiración como fase previa”. (Loc. cit.)

Entre los elementos más destacados que lo caracterizan la conspiración, la jurisprudencia ibérica señala:

- a) “Ha de mediar un concierto de voluntades entre dos o más personas”.
- b) “Una orientación de todas esas voluntades o propósitos al mismo hecho delictivo”.
- c) “La decisión definitiva y firme de ejecutar un delito, plasmada en un plan concreto y determinado”.
- d) “La actuación dolosa de cada concertado, que debe ser consciente y asumir lo que se pacta y la decisión de llevarlo a cabo”.

- e) “La viabilidad del proyecto delictivo”.
- f) “Que no se haya dado comienzo a la ejecución delictiva”; y
- g) “La existencia de un lapso de tiempo relevante entre el proyecto y la acción que permita apreciar una mínima firmeza de la resolución, ya que no puede ser repentina y espontáneamente. Tiene características de un delito proceso”.

La conspiración “tiene de común con los actos preparatorios el que no contienen un principio de ejecución, por lo que se encuentran en un estadio anterior a la tentativa, vertebrándose tales resoluciones manifestadas por la existencia de un concierto de voluntades de varios en orden a la ejecución de un delito”. (STS 886/2007) “Nos hallamos, pues, ante la denominada <coautoría anticipada>, en la que se prevé la intervención de todos los conspiradores en la realización material del hecho delictivo, sea cual fuere el cometido o la parte del plan acordado que les haya tocado ejecutar a cada uno de los concertados”. (STS Nº 440/2006) “Cuando se dice que es una coautoría anticipada, debe entenderse que los sujetos activos para ser considerados como tales, deben cumplir con todos los requisitos que

involucra la coautoría. Asimismo, dado que se trata de actos preparatorios punibles, es imposible -por carecer de legitimación constitucional, aunque teóricamente sea posible- hablar de partícipes en el delito de conspiración; porque de admitirlo se abre la puerta del exceso punitivo. Ahora bien, sobre el *pactum* no tiene que ser entendido en sentido estricto o formal, como refiere un contrato civil, sino que este acuerdo existe cuando dos personas en pleno ejercicio de sus facultades alcanzan la decisión de realizar determinado delito”. (Loc. cit.)

Vista así, la conspiración constituye una forma previa a la coautoría, es una “coautoría anticipada”. “Las consecuencias de asumir que el delito de conspiración es una coautoría anticipada son dos: a) solo pueden ser sujetos de la conspiración quienes reúnen, según el tipo penal, las condiciones necesarias para ser autores del delito proyectado y b) la resolución de ejecutar el hecho debe constituir una resolución firme de ser coautor de un delito en concreto”. (Silva Sánchez 2009, p. 50)

5. EXPRESIÓN DEL ADELANTAMIENTO DE LAS BARRERAS PUNITIVAS

Como ya se ha fundamentado, la autonomía del delito de conspi-

ración debe basarse bajo dos perspectivas: a) “autonomía respecto de la naturaleza jurídica” y b) “autonomía respecto de su tipificación”. En cuanto al primero, la autonomía se manifiesta plena, porque son actos preparatorios punibles, “por ende como fase dentro del iter criminis es independiente de la ejecución y de la consumación”. En consecuencia, la conspiración como delito que se caracteriza por ser uno independiente del delito fin, tiene pues su propia configuración; y dentro del iter criminis, tiene una fase propia que el legislador debe asignarle.

Por tanto, la conspiración delictiva se constituye por actos propiamente preparatorios, siendo por ello, manifestaciones “externas intensificadas” y debido a su potencial gravedad, el legislador ha optado por criminalizarlos. “Este delito es un claro ejemplo de la tendencia punitiva estatal, es un adelantamiento de las barreras de punibilidad; pero autónomo al final. Es decir, su sanción no está condicionada, a que primero se castigue por el delito que se pretende cometer”. (Prado Saldarriaga 2016, p. 155)

La tendencia más notoria y generalizada en la doctrina contemporánea, denota la necesidad de orientar la intervención punitiva hacia un “derecho penal mínimo, garan-

tista y democrático”. Pero como bien afirma Silva Sánchez, “esta expresión empieza a correr incluso el riesgo de convertirse en un tópico desprovisto de contenido concreto, de modo similar a lo acontecido con la famosa –y deformada– frase de Radbruch relativa a la sustitución del Derecho penal por algo mejor que éste. En efecto, poco parece importar, a este respecto, que no se tenga muy claro donde se hallan los límites de tal Derecho penal mínimo, que, en puridad, según algunas interpretaciones del mismo, conceptualmente tampoco se halla muy lejos de las propuestas que, entre otros, realizara Beccaria hace dos siglos”. (2006, p. 1-2)

“La defensa del denominado ‘minimalismo penal’, se ha asociado en los últimos tiempos, sobre todo a las posturas defendidas por los seguidores de la ‘Escuela de Frankfurt’, quienes se orientan a la defensa de un modelo ultra-liberal del Derecho penal, propugnando su restricción a un <<Derecho penal básico>>, cuyo contenido tendría que ver solamente con las conductas atentatorias contra la vida, la salud, la libertad y la propiedad; abogando siempre por el mantenimiento de las máximas garantías en la ley, la imputación de la responsabilidad y el proceso. No obstante, el citado

proceso de racionalización del Derecho Penal y la acusada tendencia a la mínima intervención de éste en los conflictos sociales que dicho proceso comporta, no es uniforme, homogéneo -lineal-, ni constante. Por el contrario, sufre toda suerte de vicisitudes, retrocesos, interrupciones y paréntesis, quiebras significativas”. (García Pablos de Molina 2006, p. 166)

Al efecto, señala Peña Cabrera Freyre, “el estado de la cuestión criminal reclama mayores cuotas de intervención del Derecho Penal, lo cual ha de ser explicado desde un plano sociológico (criminológico), político y cognitivo. Las actuales interactuaciones de los individuos generan nuevos riesgos e intensifican los ya existentes. La profunda interrelación de las esferas de organización individual incrementa la posibilidad de que algunos de esos contactos sociales redunden en la producción de consecuencias lesivas a la par que decaen significativamente los mecanismos de solidaridad social, pues los individuos cada vez están menos dispuestos a sacrificar espacios de seguridad personal. Se suele incidir, por lo tanto, en los factores preventivos del Derecho punitivo, en el sentido de no esperar que se produzcan lesiones concretas, pues, después de

todo, la función del sistema punitivo es la contención de los riesgos jurídico-penalmente desaprobados. Dicha situación se entiende legislativamente desde un doble plano. Primero, mediante la protección de nuevos bienes jurídicos, de naturaleza supraindividual o de sustrato espiritual, y el empleo de categorías dogmáticas como la de los delitos de peligro abstracto, lo que avizora cierto relajamiento de los criterios de imputación jurídico-penal”. (Gaceta Penal. Tomo 36. Junio 2012. p. 31).

En efecto, y de conformidad con lo fundamentado hasta aquí, es posible advertir que la proclamada retirada del Derecho penal hacia instancias mínimas o de ultima ratio, no ha tenido el efecto que se esperaba, siendo que por el contrario, se nota en la actualidad una “estrategia transformadora del control social”, que se aleja de los postulados reduccionistas del sistema punitivo, permitiendo la intervención de otras “instancias operativas del control social”, que pretenden suplir la evidente ineficiencia del control social formal, utilizando métodos y técnicas más opresoras, que operan tanto dentro e incluso hasta fuera de los márgenes de la justicia penal, lo que evidentemente propicia más

presión penal, más control y más “intervencionismo punitivo”.

“Esta realidad ha dado cabida a la identificación, en la doctrina más generalizada, a un movimiento de modernización del Derecho penal, que se muestra fundamentalmente, como un fenómeno cuantitativo de expansión del Derecho penal en su parte especial, con evidente demostración de un notable incremento del catálogo delictivo en la legislación comparada, la sobre criminalización de diferentes tipos tradicionales, así como la ampliación del ámbito de la imputación punitiva”.

Es así que, como bien dice Gracia Martín, “a partir de estos datos formales cabría, pues, entender por Derecho penal moderno al conjunto integrado por las nuevas figuras delictivas añadidas a las legislaciones penales y por las modificaciones –o agravaciones– de las tradicionales, con el fin, en todos los casos, de extender la intervención penal a conductas y a ámbitos de la realidad social del presente que estaban excluidos de la punibilidad en el sistema tradicional de la Parte Especial, o bien, en su caso, para dispensar a determinados hechos tradicionalmente punibles un tratamiento penal más severo cuando concurren determinadas circunstancias a las que en el presente se atribuye un

significado especialmente relevante desde el punto de vista penal”. (2007, p. 723)

Se aprecia pues, “un notable movimiento neo criminalizador, que privilegia la máxima intervención punitiva, en desmedro del garantismo y la mínima intervención, y que incluye un marcado efecto simbólico, que sobredimensiona las exigencias de la prevención general, cuyo destinatario es la delincuencia que se expresa en la criminalidad organizada”. “En este contexto es de apreciarse que, como factor común, la nueva legislación se encuentra plagada de singularidades, que tienen que ver con: Imprecisa delimitación de la materia de prohibición, presencia desmedida de elementos normativos, sistemática anticipación de la tutela penal y del momento consumativo del injusto, proliferación de figuras de peligro, etc. El desmedido afán intervencionista del legislador penal, conduce, por otra parte, a la creación de figuras delictivas innecesarias, e incluso contraproducentes; a la perturbadora superposición de tutelas, penales y extrapenales (mercantiles, administrativas, civiles, etc.), que olvida la subsidiariedad del Derecho Penal y la distinta naturaleza de uno y otro ilícito; y a un rigor penológico desproporcionado, que ya no

podrán mitigar derogados beneficios penitenciarios”. (García Pablos de Molina 2009, p. 168)

En la determinación de las causas del expansionismo penal, nos dice Silva Sánchez, “dicho proceso hunde sus raíces en actitudes y características paradigmáticas de la sociedad postindustrial: una sociedad del riesgo que sobrevalora la seguridad y se identifica con la víctima del delito; una sociedad <<de clases pasivas>> temerosa y exigente, con problemas de vertebración por la crisis del Estado del bienestar, que profesa una fe ciega en el Derecho penal como instrumento eficaz para la solución de sus problemas, en buena medida por el descrédito de otras instancias de protección, el liderazgo de ciertos gestores atípicos de la moral, forjadores de la opinión pública, y nuevas concepciones ideológicas de izquierdas que propugnan convertir el viejo Derecho penal clásico (que privilegia la <<magna charta del delincuente>>), en poderoso instrumento de persecución de los poderosos, instituyéndose así una <<una magna charta de la víctima>>, renunciando al garantismo de aquél en aras de una defensa eficaz de intereses y bienes jurídicos supraindividuales que emergen arrolladoramente”. (2006, p. 15)

Este es justamente el marco en el que se desarrolla nuestra investigación, que se propone demostrar que la tipificación del delito de conspiración para el narcotráfico, determina la apelación a los fundamentos del derecho penal del enemigo en el sentido del adelantamiento de las barreras punitivas tradicionales, y ello frente a la necesidad de la preservación de la tranquilidad y la paz pública. Con ello el Estado pretende reconducir el fortalecimiento de su accionar frente a la delincuencia asociativa, con la finalidad de afianzar los planes de seguridad ciudadana.

Justamente, la legitimación de este delito es propugnada por quienes teniendo en consideración lo convulsionada y peligrosa de nuestra realidad, y como una reacción político criminal de emergencia, justifican la tipificación del delito de conspiración, como una medida penal que permite sancionar verdaderos actos preparatorios, que en general son impunes, con la finalidad de adelantar las barreras punitivas para sancionar estos tipos de comportamiento, sin la necesidad de esperar la ejecución final del o de los delitos de tráfico proyectados.

De esta manera constatamos la validez de nuestra tercera hipótesis secundaria, en el sentido que la

tipificación del delito de conspiración en el tráfico ilícito de drogas, determina el adelantamiento de las barreras punitivas, sustantivando como punibles meros actos preparatorios, sobre la base de la seguridad común, lo que representa la aplicación en nuestro sistema punitivo, de los fundamentos del Derecho penal del enemigo.

6. “ERROR DE TIPO Y LA PROHIBICIÓN DE REGRESO EN LA CONSPIRACIÓN PARA EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS”

Conforme proponemos en nuestra segunda hipótesis específica, la dilucidación de la responsabilidad penal en el delito de conspiración al tráfico ilícito de drogas de un sujeto, cuya actuación social se mantiene dentro de los parámetros inocuos de su actividad conforme al rol social asignado y cotidiano, cuya actuación fue objeto de aprovechamiento delictivo, que no conoce ni busca, pero que resulta imputado por el, debe realizarse sobre la base de los fundamentos del principio de prohibición de regreso, que aporta la teoría de la imputación objetiva y no sobre los fundamentos de la teoría del error de tipo”.

Así, desde la perspectiva de la teoría del delito, el dolo se compone de dos elementos: el conocimiento

de los elementos del tipo objetivo y la voluntad de realización del mismo. Habrá conocimiento siempre y cuando el autor del hecho no haya obrado con error o ignorancia respecto de alguno de los elementos del tipo objetivo. Si el autor tiene una falsa representación de un elemento del tipo objetivo (error) o si directamente ignora si existirá el elemento cognitivo del dolo es decir “el conocimiento de los elementos del tipo objetivo”. “Paralelamente desaparecerá la voluntad de realización del tipo, pues como consecuencia del error el autor no puede haber tenido voluntad de realizar un hecho que no es el típico según su conocimiento. Así el que no sabe que dispara sobre otro porque lo ha confundido en la oscuridad con un animal, tampoco tiene voluntad de matar a otro, ya que quiere un hecho que no es -de acuerdo con su representación- matar a otro”. (Bacigalupo 1989, p. 72)

El error de tipo tiene su representación normativa en el artículo 14 de nuestro Código penal: “El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal

en la ley. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena”.

Como se puede apreciar, esta norma incluye tanto el “error de tipo” como el “error de prohibición”. Se diferencian ellos por el hecho de que en el error de prohibición (antes denominado error de derecho), el autor no desconoce los elementos de la descripción típica (que es el fundamento del error de tipo, antes denominado error de hecho), sino del hecho de estar prohibida (sabe lo que hace pero lo cree lícito o no prohibido).

El error de tipo pues, alude a una falsa representación que el autor hace de los hechos, de modo que al actuar no sabe que está realizando un elemento fundamental (esencial) del tipo. Al efecto, el error puede ser vencible o invencible. El error esencial invencible elimina el dolo, y también la culpa, pues el caso es el del autor imposibilitado de conocer los elementos del tipo aun cuando hubiera actuado en la debida prudencia. Así la acción será atípica. Por otro lado, el error esencial es vencible cuando el autor, si hubiera actuado con la debida diligencia, hubiera podido conocer los hechos y evitar el error (ej. el caza-

dor en Chosica dispara al arbusto que se movió matando a un niño. Su condición personal y el lugar en el que efectuó el disparo imponía una actuación cuidadosa y diligente). En este supuesto el delito será sancionado como culposo si existe el tipo.

Al respecto nos dice Luzón Peña, “si el dolo es conocimiento y voluntad de realizar el tipo (de injusto), concretamente su parte objetiva, aparte de la ausencia de la voluntad, la otra forma de exclusión del dolo es la ausencia del elemento intelectual o conocimientos de los elementos del tipo. Dicha Falta de conocimiento puede consistir en una absoluta ignorancia o bien en cierto conocimiento, pero erróneo o equivocado, de la situación típica; en sentido amplio, en ambos casos puede hablarse de error (sobre la situación). (2016, p. 417)

Por su lado, como ya tuvimos la oportunidad de precisar, la prohibición de regreso, que a diferencia del error de tipo que refiere a la autoría, esta tiene que ver con la complicidad (Existe prohibición de regreso, conforme lo señala JAKOBS, cuando “un comportamiento estereotipadamente inocuo no constituye participación en una organización no permitida”. De tal manera que “la prohibición de regreso no anu-

la deberes existentes, sino que sólo establece que el comportamiento actual es insuficiente per se para generar responsabilidad”).

De conformidad con lo planteado por JAKOBS, el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado (lo estructurado y estático) es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine (admita, incorpore) dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, no puede afirmarse la participación criminal si el sujeto actúo en el marco de su rol social; es decir, que no infringió deber alguno por cuanto “no le incumbía el desarrollo de una conducción de un ámbito de organización ajeno”.

JAKOBS postula que se debe excluir la imputación objetiva del resultado, a la actuación de un sujeto que no era garante o cuyo comportamiento se adecuaba a los alcances de una conducta socialmente tolerable. P. ej. habrá que excluir la imputación objetiva del resultado en el caso del taxista que traslada a un sujeto a una sucursal bancaria en la que éste comete el delito contra la propiedad, sin hacer nada más que un servicio de transporte normal,

en particular sin haberse concertado con el autor, conociendo su propósito. O el caso del comerciante que le vende a otro un cuchillo de cocina, no quebranta su rol, aunque el comprador le exprese que lo usará para cometer un homicidio.

“La prohibición de regreso versa sobre la colaboración dolosa o culposa de un tercero en la configuración de un tipo penal. Por lo tanto, la prohibición de regreso es un criterio limitador de imputación de un resultado a ciertos comportamientos que pueden haber resultado causales, pero que están fuera de interés del Derecho penal. Por este principio, se excluye la imputación en aquellos casos en los que la causa ha sido puesta por alguien que no tiene por qué responder por el resultado que produce directamente un tercero o que es imputable a la propia víctima [...]. El instituto de la prohibición de regreso comporta un intento de explicación del fundamento de lo ilícito de intervenir en un hecho ajeno, de modo consistente con los puntos de partida de la imputación objetiva. Esta institución ha permitido excluir la imputación objetiva, a prestaciones sociales, que a pesar de estar conectados con el resultado lesivo, no son imputables por ser consideradas adecuadas socialmente y que se su-

jetan a una configuración social de irrelevancia típica” (Peña Cabrera 2009, p. 281).

“...la prohibición de regreso es una teoría excluyente de la intervención delictiva de quien obra conforme con un rol estereotipado dentro de un contexto de intervención plural de personas en un hecho susceptible de imputación. Con esto se desprende que la prohibición de regreso se basa en un elemento fundamental: la neutralidad de una conducta realizada en el seno del ejercicio de un rol social”. (Sala Penal Transitoria; R.N. N° 1645-2018-SANTA).

De tal forma que, conforme se aprecia del R.N N° 2242-2011-HUANCAYO (Sala Penal Transitoria): Sexto: “Que, en este sentido, no todas las conductas son relevantes para el Derecho Penal frente al juicio de imputación, en un suceso típico donde existe la concurrencia de varias personas, de suerte que el instituto dogmático de la prohibición de regreso, diferencia las conductas que son relevantes y punibles y cuales se mantienen al margen de ello; que la prohibición de regreso materializada con los denominadas conductas neutrales -inocuas o estereotipadas, adecuadas a determinada profesión u oficio, etc.-, entiende que algu-

nas acciones creen ciertos riesgos permitidos o jurídicamente tolerados, y aunque favorezcan en forma causal a un delito, no alcance a constituir un acto de complicidad, pues estas se mantienen alejadas del hecho delictivo, por ser acciones con contenido social, con sentido inocuo, realizadas dentro del rol que le compete a toda persona en la sociedad; que, por consiguiente, toda acción neutral, realizada dentro del rol correspondiente, común u ordinario a toda persona, no representa ningún aporte a un hecho punible, pues lo contrario obligaría a cuestionar todo acto cotidiano y someterlo a escrutinio para desentrañar las intenciones del tercero con el que se interactúa. Sétimo: Que, por tanto, la observancia de aquella posición dogmática, anula todo reproche penal en el juicio de imputación que recae sobre el acusado HUAYNATE CALLUPE, pues no se advierte que haya conocido las tratativas de sus coacusados en el uso del insumo químico fiscalizado, ni que la acción que realizó -recojo y traslado de la mercadería del local del proveedor al comercio de la sentenciada Orihuela Cárdenas- haya sido ajena a una actividad ordinaria y común, por tanto es de rigor amparar el fallo absolutorio en todos sus términos”.

“La teoría de la prohibición de regreso se relaciona con la participación en las que se desarrollan diferentes supuestos. En todo caso, sólo de un modo subsidiario puede surgir una responsabilidad penal para quien actúa neutralmente en los supuestos que el aporte neutral favorezca un situación de peligro a un tercero o a la colectividad, que puede entenderse como una infracción de un deber de solidaridad mínima que se expresaría como un delito de omisión de auxilio (artículo 127 Código penal) u omisión de denuncia (artículo 407, Código penal)” (Villavicencio 2006, p. 329).

“En este marco argumentativo, consideramos que debe trazarse una línea muy nítida, entre aquellos comportamientos que se gestan en el marco de un rol predeterminado por la sociedad y las normas, es decir, aquellas conductas que pueden ser calificadas como estereotipadas, neutrales, inocuas, socialmente adecuadas, con aquellas que toman lugar en un sentido típicamente delictivo; esta frontera a dibujar es esencial, dígase fundamental para evitar penalizaciones absurdas e inconsecuentes con los fines del Derecho penal”. (Peña Cabrera Freyre 2013, p. 131)

No obstante, no todas las conductas neutrales son fáciles de dis-

tinguir, puesto que existen supuestos en los que las conductas estereotipadas o neutrales, pueden tener relevancia en el ámbito de la participación delictiva, por lo que será menester la delimitación de la conducta para determinar si esta es pasible de ser imputable penalmente o, por lo contrario, encajaría dentro de los supuestos de eximentes penales. Por ejemplo quien aduce que lo único que ha hecho es arrendar su local, pero se prueba que el precio es exorbitante (por encima de lo normal) y encima, a sujetos con acento colombiano y permite que construyan en el interior “caletas” acondicionadas para ocultar “paquetes”. En el ejemplo, por supuesto que se aprecia que ha excedido su rol y se ha colocado en el ámbito de la participación delictiva, sea en el concierto o en el mismo tráfico.

Por otro lado, nos planteamos el caso del taxista que es contratado para llevar una “encomienda”, donde luego se descubre la existencia de clorhidrato de cocaína y que sólo cumple su rol de transportista. En este caso no obstante aparentemente estar transportado la droga, se aprecia que no se encuentra en autoría, por lo que no sería aplicable a él los fundamentos del error de tipo, sino que está siendo utilizado en una suerte de partícipe de los

que verdaderamente trafican la droga, por lo que debería aplicarse los fundamentos de la prohibición de regreso. De igual manera en el caso de quien un amigo le pide llevar un “encarguito” a EEUU, siendo que luego se descubre que es droga; o de la pasajera a quien el trabajador de la aerolínea le introduce en su equipaje un paquete de drogas cuando parte de viaja a México.

Todo lo dicho nos lleva a comprobar nuestra segunda hipótesis específica, en el sentido que la dilucidación de la responsabilidad penal en el delito de conspiración al tráfico ilícito de drogas de un sujeto, cuya actuación social se mantiene dentro de los parámetros inocuos de su actividad conforme al rol social asignado y cotidiano, cuya actuación fue objeto de aprovechamiento delictivo, que no conoce ni busca, pero que resulta imputado por el, debe realizarse sobre la base de los fundamentos del principio de prohibición de regreso, que aporta la teoría de la imputación objetiva y no sobre los fundamentos de la teoría del error de tipo”.

7. CONCLUSIONES

Constituir un ilícito de suma gravedad, como lo es el de conspiración para el narcotráfico (cuya pena conminada es privativa de li-

bertad no menor de cinco un mayor de diez años), tan sólo sobre la base de presupuestos de meros riesgos abstractos y decisiones político criminales de emergencia, divorciado de bases técnicamente adecuadas de dogmática penal, que requieren fundamentalmente la constitución del ilícito el respectivo daño o peligro al bien jurídico (principio de lesividad, art. IV del TP del CP), pueden conducir al exceso y al abuso del poder punitivo, trastocando los fundamentos teóricos legitimantes de un derecho penal respetuoso del Estado Constitucional.

Efectivamente, el ilícito de la conspiración para el tráfico ilícito de drogas, se basa en una suerte de peligrosidad a futuro del daño al bien jurídico protegido (a modo de una coparticipación adelantada), sacrificándose un axioma penalístico fundamental, referido al principio de lesividad, y sobre la base de criterios de peligrosidad y de aseguramiento de la seguridad pública, se legitima artificiosamente el adelantamiento de las barreras punitivas, para sancionar conducta de conspiración de este tipo, bajo una redacción típica bastante amplia y genérica, que atribuye al tipo una connotación preocupantemente abierta, en la que su injusto radica sólo en el hecho de que subjetivamente se forme parte

de una conspiración para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas.

No resulta legítimo pues, la penalización de meros actos de sospecha, sobre la base de subjetivismos, en los que ni siquiera se han manifestado los actos ejecutivos del delito, por lo que deberían excluirse de penalización las solas ideas, por mas viles que éstas sean (*cogitatione poena nemo patitur*). En tal sentido y por los fundamentos expuestos hasta acá, consideramos que debido a los imprecisos contornos típicos que presenta este tipo de delito de conspiración al tráfico ilícito de drogas, que no se encuentra debida y técnicamente estructurado en cuanto a su tipicidad, y que lo revelan como un delito demasiado abierto, sus posibilidades de imputación se dificultan, pudiéndose generar posibles riesgos a la seguridad jurídica, determinando la presencia de un tipo ambiguo y meramente simbólico, que afecta el principio de legalidad. Por lo que este sentido, resultaría adecuado que se modifique el Código penal, suprimiéndose tal modalidad del catálogo delictivo nacional. Comprobamos de esta manera nuestra hipótesis principal.

Es importante destacar que el espacio de realización de este delito es siempre precedente e incompa-

tible con la realización material de todo acto de ejecución de tráfico ilícito de drogas. Los conspiradores, por tanto, se limitan a idear y bosquejar acciones o estructuras criminales que se materializarán posteriormente. Se trata, pues, de actos preparatorios criminalizados autónomamente y donde lo esencial y punible es el intercambio y acuerdo de voluntades en relación a un proyecto delictivo común: la promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilícito de drogas. Lo antijurídico del comportamiento de esta modalidad delictiva, que corresponde a una forma de ‘coautoría adelantada’, es precisamente el ‘concierto criminal’ que une a los concertados con la finalidad de cometer delitos. Se trata en esencia de un acuerdo con finalidad delictiva, que orienta y determina la voluntad de los partícipes al mismo hecho delictivo. Existe en este caso una decisión definitiva y firme de ejecutar el delito de narcotráfico, plasmada en un plan concreto y determinado, en tal sentido, la actuación de cada concertado debe ser consciente y asumir lo que se pacta y la decisión de llevarlo a cabo.

En tal sentido, se requiere la viabilidad del proyecto delictivo y la existencia de un lapso de tiempo relevante entre el proyecto y la ac-

ción que permita apreciar una mínima firmeza de la resolución, ya que esta no puede ser repentina o espontáneamente. Por ello el delito de conspiración asume características de un ‘delito proceso’. Pero, desde una perspectiva dogmática, tanto el delito de organización criminal (art. 317), como en de banda criminal (art. 317-B), en este caso para cometer delitos de tráfico ilícito de drogas, reclaman típicamente un componente de concertación al modo propio de la “conspiración criminal”, por lo que resulta necesario dilucidar los alcances del elemento “conspiración” del delito de “conspiración para el tráfico ilícito de drogas” y los referidos delitos de organización criminal y banda criminal, en el específico caso de tráfico ilícito de drogas.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ANARTE BORALLO, Enrique (1999). Conjeturas sobre la criminalidad organizada. En Farré Olivé, procesales y criminológicas. Servicios de Publicaciones de una Universidad de Huelva. Huelva.
- BACIGALUPO, Enrique (1989). Manual de Derecho Penal, Parte General. Editorial Temis. Bogotá-Colombia.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio (1993). Temas de Derecho Penal. Editorial Cultural Cuzco S.A. Lima - Perú.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio et al (2010). Curso de Derecho Penal Parte General. Ediciones Experiencia. Segunda Edición. Barcelona - España.
- BINDER, Alberto (2011). Análisis político Criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática. Editorial Astrea. Buenos Aires – Argentina.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan (1982). Introducción al Derecho Penal. Editorial Temis S.A. Bogotá - Colombia.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan (1990). Coca-Cocaína: entre el Derecho y la guerra. Barcelona
- BRAMONT ARIAS-TORRES, Luis y GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen (1998). Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Editorial San Marcos. Lima – Perú.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Control social y sistema penal*, Promociones y Publicaciones

- Universitarias PPU, Barcelona, 1987.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1991). *Manual de Derecho penal. Parte especial*. Ariel Barcelona - España.
 - CACIAGLI, Mario (1996). Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada. Evidencias empíricas y propuestas teóricas a partir de los casos italianos. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid – España.
 - CANCIO MELIÁ, Manuel (2001). *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Ediciones Jurídicas Cuyo. Madrid.
 - CANCIO MELIÁ, Manuel (2002). Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000”, en *Jueces para de la democracia*, Julio 2002, N° 44.
 - CARO JOHN, José Antonio (2010). Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho Penal Funcionalis-
ta. Ara Editores E.I.R.L. Lima – Perú.
 - CASAS RAMÍREZ, Wilfredo (2018). Los verbos rectores del delito de organización criminal, a propósito del D. Leg. N° 12 44. En *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 112, Octubre 2018. Gaceta Jurídica. Lima – Perú.
 - CASTAÑEDA SEGOVIA, Mateo Grimaldo (2009). *Delito de terrorismo y garantías procesales en la lucha antiterrorista. Análisis de su evolución jurisprudencial*. Grijley. Lima - Perú.
 - CASTILLO ALVA, José Luis (2007). El principio de imputación necesaria. Una primera aproximación. En *Actualidad Jurídica*. Tomo 161 (mes de Abril), Gaceta Jurídica, Lima.
 - CEREZO MIR, José (1982). La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la ciencia del Derecho penal español. En *problemas fundamentales del Derecho penal*. Madrid – España.
 - CEREZO MIR, José (1996). *Curso de Derecho penal español*. Editorial Tecnos. Madrid – España. T. I.

- CERESO MIR, José (2006). *Obras Completas. Tomo I. Derecho Penal Parte General*. Ara Editores E.I.R.L. Lima – Perú.
- CACIAGLI, Mario (1996), *Clientelismo, Corrupción y Criminalidad Organizada. Evidencias empíricas y propuestas teóricas a partir de los casos italianos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio (2000). *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*. Editorial Dykinson. Madrid - España.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio (2001). *El patrimonio criminal. Comiso y Pérdida de la Ganancia*. Editorial Dykinson. Madrid - España.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y otros (1977). *Curso de Derecho penal español. Parte especial*. Tomo II. Marcial Pons. Madrid - España.
- CÓRDOVA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2004). *Comentarios al Código Penal. Parte especial*. Marcial Pons. Madrid - España.
- CREUS, Carlos (2003). *Derecho penal. Parte general*, 5ª edición. Editorial Astrea. Buenos Aires – Argentina.
- DEL RIO C. J. Raimundo (1935). *Derecho Penal - Parte General*. Editorial Nascimento - Santiago de Chile.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo (2001) *Criminalidad organizada y nuevas tecnologías. Algunas consideraciones fenomenológicas y político criminales*. En *Cuadernos de Derecho Judicial. La Criminalidad Organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid - España.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (1999). *Criminalidad Organizada*. Editorial Asociación de Estudios Penales Dorado Montero. Salamanca – España.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo (1997). *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995* Editorial Colex. Madrid - España.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José (2002). *Imputación objetiva en Derecho penal*. Editorial Grijley. Lima - Perú.
- FERNÁNDES CARRASQUILLA, Juan (1989). *Derecho Penal Fundamental. Vol. II*.

- Editorial Temis. Bogotá – Colombia.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan (1994). *Conceptos y límites del Derecho penal*, Editorial Temis. Bogotá - Colombia.
 - FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan (1995). *Derecho Penal Fundamental. Vol. I*. Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá - Colombia.
 - FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel y RAMIREZ BARBOSA, Paula (1982). *Derecho Penal Colombiano Parte General*. Editorial Ibañez. Bogotá, D.C. – Colombia.
 - FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo (2006). *Derecho Penal Parte General*. Editorial Temis S.A. Bogotá – Colombia.
 - FOFFANI, Luigi (2002). *Criminalidad Organizada y Criminalidad Económica*. *Revista Penal La Ley*. N° 7.
 - GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (1999). *Manual de Criminología, Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen*. Tirant lo Blanch. Valencia - España.
 - GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (2000). *Derecho Penal Introducción*. Servicio de publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense. Madrid - España.
 - GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (2009). *Derecho Penal Parte General: Fundamentos*. Juristas Editores E.I.R.L. Primera edición. Lima-Perú.
 - GARCÍA RIVAS, Nicolás (1998). *Criminalidad organizada y tráfico de drogas*. En *Revista Penal Praxis*. N° 2. Barcelona - España.
 - GONZALES ZORRILLA, Carlos (1989). *Drogas y cuestión penal en España: entre el castigo y el tratamiento*. Editorial Temis. Bogotá - Colombia
 - GRACIA MARTÍN, Luis (2004). *Estudios de Derecho Penal*. Importadora y Distribuidora IDEMSA. Lima - Perú.
 - GRACIA MARTÍN, Luis (2007). *Modernización del Derecho Penal y Derecho Penal del Enemigo*. Importadora y Distribuidora IDEMSA. Lima - Perú.

- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco (1984). Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Editorial Bosch. Valencia - España.
- HUERTA TOCILDO, Susana (1983). La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial. En La Ley. Editorial Edilex. Madrid – España.
- HUGO VIZCARDI, Silfredo Jorge (2021). Lecciones de Derecho Penal. Derecho Penal General I. Proderecho Investigación y asesoría jurídica. Lima – Perú.
- HURTADO POZO, José (1987). Manual de Derecho Penal - Parte General. Editorial y Distribuidora de Libros S.A. Segunda Edición. Lima - Perú.
- HURTADO POZO, José (2005). *Manual de Derecho penal. Parte general*. Editorial Grijley. 3ª edición. Lima - Perú.
- JAKOBS, Günther (1995). Derecho Penal, Parte General, Fundamentos de la Imputación. Editorial Ediciones Manuel Pons. Madrid – España.
- JAKOBS, Günther - CANCIO MELIA, Manuel (2000). El Sistema Funcionalista del Derecho Penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal en la universidad de Piura. Editorial Grijley. Lima - Perú.
- JAKOBS, Günther (2001). La Imputación Objetiva en Derecho Penal. Editorial Grijley E.I.R.L. PERÚ - LIMA.
- JAKOBS, Günther - CANCIO MELIA, Manuel (2006). Derecho penal del enemigo. Segunda Edición. Editorial Arazandi S.A., Navarra – España.
- JESCHECK, Hans Heinrich (1981). Tratado de Derecho Penal: Parte General”, T. I. Bosch Casa Editora S.A. Barcelona - España.
- JOSHI JUBERT, Ujala (1995). Sobre el concepto de *organización* en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*. T. XLVIII. Fascículo II. Mayo – Agosto. Madrid - España.
- LAMAS PUCCIO, Luis (1992). Tráfico Ilícito de Drogas y Lavado de Dinero. Ediciones Jurídicas. Lima – Perú.
- LAZO ACOSTA, Jesús (1994). Análisis y Comenta-

- rio del Convenio antidrogas. Publicación de la OFECOD. Lima
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (2004). Derecho Penal: Parte General T. I. Introducción a la Teoría Jurídica del Delito. Primera Edi. Gaceta Jurídica S.A. Lima.
 - LÓPEZ DÍAZ, Claudia (1996). Introducción a la Imputación Objetiva. Editorial Universidad de externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá – Colombia.
 - LÓPEZ SÁNCHEZ, José (2013). La Delincuencia Organizada como Amenaza Estratégica. En Juan José GONZÁLES Rus (Director). La criminalidad Organizada. Tirant Monografías 877. Tirant Lo Blanch. Valencia.
 - LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (2016). Derecho Penal Parte General. Euros Editores S.R.L. Buenos Aires – Argentina.
 - MARTÍNEZ SANCHEZ, Mauricio (1990). La Abolición del Sistema Penal. Editorial Temis. Bogotá-Colombia.
 - MAURACH REINHART (1994). Derecho Penal: Parte General”, T. 1. Editorial Astrea. Buenos Aires - Argentina.
 - MENDOZA AYMA, Francisco Celis (2012). Imputación concreta. Aproximación razonable a la verdad. En Revista Oficial del Poder Judicial. Año 4-5, N° 6 y 7, 2010-2011.
 - MIR PUIG, Santiago (1996). Derecho Penal Parte General. 4º Edición. Edi. Reppertor S.A. Barcelona España.
 - MIR PUIG, Santiago (1976). Introducción a la Bases del Derecho Penal. Concepto y Método. Editorial Bosch Casa Editora S.A. Barcelona.
 - MIR PUIG Santiago (2004). *Derecho penal. Parte general*. 7ª edición. Julio Cesar Faira Editor. Montevideo-Buenos Aires.
 - MONTERO CRUZ, Estuardo (2012). El ciudadano y el enemigo en el Derecho penal peruano en: Veinte años de vigencia del Código Penal peruano: Desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales (Director Raúl Pariona Arana). Editorial Jurídica Grijley. Lima – Perú.
 - MONTOYA, Mario (2004). Mafia y Crimen Organizado.

- Ad-Hoc. Buenos Aires – Argentina.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo (1996). *Curso de Derecho penal español. Parte general*. Marcial Pons. Madrid - España.
 - MUÑOZ CONDE, Francisco (1984). *Teoría General del Delito*. Editorial Temis Librería. Bogotá – Colombia.
 - PAUCAR CHAPPA, Marcial Eloy (2017). El delito de organización criminal y banda criminal en el Perú. En *Actualidad Penal* N° 31, Enero del 2017. Lima – Perú.
 - PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2009). *Derecho Penal Parte General*. Editorial Rodhas SAC. Perú – Lima.
 - PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2013). *Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos. Perspectivas dogmáticas y político criminales*. Editorial Rodhas. Lima- Perú.
 - PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. (2016). *Crimen organizado y sicariato; tratamiento penal de la delincuencia e inseguridad ciudadana. IDEAS Solución* Editorial SAC. Lima – Perú.
 - PEÑA CABRERA, Raúl (1994). *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte general*. Grijley. Lima - Perú.
 - PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (2002). Criminalidad de empresa. Problemas de autoría y participación. En *Revista Penal*. La Ley. N° 9. Madrid - España.
 - PEREZ PINZON, Alvaro Orlando (2005). *Introducción al Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia. Sexta Edición. Colombia.
 - PIZARRO GUERRERO, Miguel (2015). *Programa de control del crimen: Diagnóstico y propuestas*. Serie Ensayos. Ediciones IURE. Lima – Perú.
 - POLAINO NAVARRENTE, Miguel (1974). *El bien jurídico en el Derecho penal*. Anales de la Universidad Hispalense. Sevilla - España.
 - POLAINO NAVARRETE, Miguel (1990). *Derecho Penal, Parte General*. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona - España.
 - POLAINO NAVARRETE, Miguel (2005). *Instituciones de Derecho Penal; Parte General*. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima - Perú.

- POLAINO ORTS, Miguel (2006). Derecho Penal del Enemigo. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima - Perú.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2006). Criminalidad Organizada. Editorial Idemsa. Lima – Perú.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2017). Delitos y Penas, una aproximación a la parte especial. Ideas Solución Editorial S.A.C. Lima – Perú.
- REYES ALVARADO, Yesid, (2005). Imputación Objetiva. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia.
- ROXIN, Claus (1979). Política Criminal y Estructura del Delito. Elementos del delito en base a la Política Criminal. Editorial Astrea. Lima – Perú.
- ROXIN, Claus (1997). Derecho Penal Parte General. T. I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas S.A. Madrid - España.
- ROXIN, Claus (1998). Problemas de Autoría y Participación en la Criminalidad Organizada, en Revista Penal N° 2.
- ROXIN, Claus (2012). La imputación objetiva en el Derecho penal. Editorial Grijley. Lima – Perú.
- RUBIO CORREA, Marcial (1988). Centro de Información y Evaluación para la Prevención del Abuso de Drogas. Lima – Perú
- SAENZ TORRES, Alexei Dante (2003). Algunas consideraciones en torno a la criminalidad organizada en el Perú. En revista del Foro Año MMII, N° 1: Junio 2003. Lima – Perú.
- SAFFARONI, Eugenio Raúl (1996). El Crimen Organizado. Una Categorización Frustrada. 2da. Edición. Editorial Leyer. Santa Fé de Bogotá - Colombia.
- SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, Isabel (2001). Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: Desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado. En *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos. In Memoriam*. Vol. II.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª edición.

- Editorial Civitas. Madrid – España.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2006). *La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*. Euros Editores S.R.L. Buenos Aires Argentina.
 - TERRADILLOS BASOCO, Juan María (1999). *El Derecho penal de la globalización. Luces y sombras*. En CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan Ramón (Coord.). *Transformaciones del Derecho en la mundialización*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid – España.
 - URQUIZO OLAECHEA, José (2000). *El Principio de Legalidad*. Gráfica Horizonte S.A. Lima Perú.
 - VILLANUEVA HERNÁNDEZ, Javier (1999). *Criminalidad Organizada*. Universidad de Salamanca. Colex. Madrid - España.
 - VILLA STEIN, Javier (2014). *Derecho Penal Parte General*. Ara Editores E.I.R.L. Lima – Perú.
 - VILLAVICENCIO TERRE-ROS, Felipe (2006). *Derecho penal. Parte general*. Editorial Grijley. Lima - Perú.
 - VIVES ANTÓN, Tomas y otros (1990). *Derecho penal. Parte especial. Editorial Tirant lo Blanch*. Valencia - España.
 - VON LISZT, Franz (1929). *Tratado de Derecho Penal. T. I*, Editorial Rens S. A. Madrid - España.
 - YACOBUCCI, Guillermo (2014). *El sentido de los principios penales*. Editorial IB de F. Montevideo – Buenos Aires.
 - ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1985). *Manual de Derecho Penal, Parte General. Tomo I*. Ediciones Jurídicas. Buenos Aires.
 - ZAFFARONI, Raúl Eugenio (1996). *El Crimen Organizado. Una categorización frustrada*. Editorial Leyer. 2ª ed. Bogotá - Colombia.
 - ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2006). *El Enemigo en el Derecho Penal*. EDIAR Sociedad Anónima Editora. Buenos Aires - Argentina.
 - ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (1993). *Fundamentos de Derecho Penal: Parte General (Las teorías de la pena y de*

- la ley penal. Tirant lo Blanch. Valencia – España.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Director); PEREZ ALONSO, Esteban J. y otros (2004). Derecho Penal Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia-España.
 - ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura (2006). Criminalidad Organizada, Derecho Penal y Sociedad. Apuntes para el Análisis. En Nieves Sanz Mulas (Coordinadora). El Desafío de la Criminalidad Organizada. Editorial Comares. Granada – España.