

UNIVERSIDAD PRIVADA “ANTONIO GUILLERMO URRELO”



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho



**“LA ANTINOMIA ENTRE EL ARTÍCULO 30° DEL DECRETO
LEGISLATIVO N° 824 Y EL ARTÍCULO N°163 DEL CÓDIGO PROCESAL
PENAL, RESPECTO A LA DECLARACIÓN DE LOS TESTIGOS DE LA
POLICIA, EN EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS”**

MONOGRAFÍA

**PARA OBTENER EL GRADO DE BACHILLER EN DERECHO Y CIENCIAS
POLITICAS**

Por:

Walter Javier Torrel Jave
Peralta Vergara, Guzmán

Asesor:

Mg. Alvarado Luis, Domingo Celestino

Cajamarca, Perú

Mayo – 2019

INDICE

	III
ABSTRAC.....	IV
1.1. Justificación de la Investigación	1
MARCO TEÓRICO.....	2
1.2. Teorías que sustentan la Investigación	2
1.2.1. La Argumentación Jurídica para la solución de conflictos normativos.....	2
1.2.2. Conflictos Normativos.....	3
1.2.3. La Indeterminación debida a los defectos en el sistema Jurídico.	4
1.2.4. La Clasificación según Kelsen	4
1.2.5. Las Contradicciones potenciales de Weinberger	5
1.2.6. La distinción conforme la operatividad de la norma hecha por Alexy.....	6
1.2.7. Wiederin y el criterio de cumplimiento	6
1.3. Antinomia	7
1.4. El delito de Tráfico Ilícito de Drogas	10
1.4.1. Alcance de los términos “promover, favorecer y facilitar”	13
1.4.2. Declaración de Testigos en el caso del Tráfico Ilícito de Drogas.....	14
1.5. Criterios para Solucionar las Antinomias	20
1.5.1. Principios que resuelven las antinomias	22
1.6. CONCLUSIONES.....	25
1.7. ANEXOS	27
1.8. REFERENCIAS	29

RESUMEN

En el Perú durante los últimos años se viene impulsando Estrategias en la lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, que refleja la voluntad política para articular acciones de los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), para enfrentar la producción, tráfico ilícito y consumo de drogas. En ese sentido, el Gobierno ha promulgado diversas normas para prevenir, investigar y combatir el Tráfico Ilícito de Drogas (TID), así como a las organizaciones delictivas conexas y sus ilícitas operaciones.

En este contexto, lo que se pretende analizar en esta investigación, es el Decreto Legislativo N° 824 - “Ley de Lucha Contra el Tráfico Ilícito de Drogas”, legislación que contiene las directivas respecto a la declaración testimonial de la policía, en su artículo 30°, referente a que se declarará improcedente la comparecencia como testigo del personal de la Policía Nacional, en la investigación del TID, con el fin de proteger su integridad personal y entre lo prescrito en el artículo 163° del Código Procesal penal inciso 1) , el cual indica que los policías son citados como testigos y presentados en juicio oral como órganos de prueba, además, en caso de no presentarse, obligados a comparecer compulsivamente por la fuerza pública, existiendo así, una contradicción jurídica normativa entre ambas normas. En lo concerniente a la primera parte de esta investigación, se revisará los temas de conflictos normativos y de antinomia, seguidamente el análisis sobre el artículo 296° del Código Penal referente al tráfico ilícito de drogas; posteriormente se explicará sobre la forma de solución de las antinomias y conflictos normativos, y finalmente se arribará a las conclusiones.

Palabras Clave: Normas, Procedimientos Operativos Policiales, Tráfico Ilícito de Drogas.

ABSTRAC

In Peru, during the last few years strategies have been promoted in the fight against illicit drug trafficking, which reflect the political will to articulate actions of the three branches of the State (Executive, Legislative and Judicial), to confront production, illicit trafficking and drug use. In this regard, the Government has promulgated various rules to prevent, investigate and combat illicit drug trafficking (TID), as well as related criminal organizations and their illicit operations.

In this context, what is intended to be analyzed in this investigation is Legislative Decree No. 824 - "Law to Combat Illicit Drug Trafficking", legislation that contains directives regarding the declaration of police testimonial, within Article 30, which states that the appearance of a witness as a witness of the National Police personnel shall be declared inadmissible in the investigation of the TID, in order to protect their personal integrity and the provisions of Article 163 of the Criminal Procedure Code (paragraphs 1 and 3), which indicates that the police are summoned as witnesses and presented in oral proceedings as evidence bodies, in addition in case of not presenting themselves, forced to appear compulsively by the public force, thus existing, a normative legal contradiction between both norms . With regard to the first part of this investigation, the issues of normative and antinomy conflicts will be reviewed, followed by an analysis of Article 296 of the Criminal Code regarding illicit drug trafficking; Afterwards, we will explain the forms of solution of the antinomies and normative conflicts, and finally we will arrive at the conclusions.

Keywords: Standards, Police Operating Procedures, Illicit Drug Trafficking.

1.1. Justificación de la Investigación

La investigación propuesta busca dar respuesta a los conflictos normativos, específicamente la antinomia, conflicto o contradicción entre el Decreto Legislativo 824 - “Ley de Lucha Contra el Tráfico Ilícito de Drogas” específicamente el artículo 30° que declara improcedente la comparecencia como testigo del personal de la Policía Nacional del Perú, que participen en la intervención, investigación o formulación del documento respectivo por Tráfico Ilícito de Drogas, donde haya participado el Ministerio Público, debiendo conservar las mismas como probatorias, y la contradicción jurídica del artículo 163° del Código Procesal Penal vigente, en los incisos 1), que disponen la comparecencia de toda persona como testigo en forma obligatoria, y lo que prescribe el artículo 164° del mismo código, el cual manifiesta que si el testigo no se presenta a la primera citación se le hará comparecer compulsivamente mediante la fuerza pública, es por ello, que los policías son citados como testigos por el Ministerio Público durante las investigaciones preliminares y ofrecidos como órganos de prueba en juicio oral, desplazándose para tal fin sin las garantías necesaria pudiendo ser víctimas de atentados contra su integridad física, por parte de los procesados, cómplices y/o los familiares de estos; por otro lado el testigo de la policía, es amenazado y amedrentado para que no declare contra los traficantes de droga; es más, existen casos donde el policía es citado a declarar en procesos denominados complejos, donde la investigación fiscal se prolonga incluso hasta 36 meses, lo que conlleva a olvidar los hechos e incurrir en contradicciones, lo que es aprovechado por la defensa de los imputados para buscar la impunidad y así favorecer a sus patrocinados; en cuanto que esta investigación se justifica, pues, existe una contradicción jurídica normativa entre ambas normas, por lo tanto, es de suma importancia profundizar en este tema para llegar a una solución razonable.

MARCO TEÓRICO

1.2. Teorías que sustentan la Investigación

1.2.1. La Argumentación Jurídica para la solución de conflictos normativos

Es necesario argumentar, en materia jurídica, porque una importante cantidad de disposiciones normativas contenidas en los textos legales tienen una textura abierta (producto de la ambigüedad, vaguedad, lagunas, contradicciones del lenguaje jurídico o por las diversas lecturas ideológicas permitidas por los propios textos) que pueden producir diferencias legítimas, y en consecuencia disputas. (Moreno Cruz, 2011, p. 167)

Según (Atienza, Manuel, p. 39). Los casos difíciles Según Atienza, un caso es difícil cuando, luego del análisis realizado sobre la base de los hechos, la regla aplicable y los principios pertinentes, se llega a la conclusión de que el caso no encaja de manera pacífica en el supuesto de hecho de la regla analizada (por ser controvertido), o que el caso no se encuentra previsto en las reglas vigentes del Ordenamiento jurídico, o que la solución prevista en la regla analizada resulta incorrecta o injusta, a la luz de los principios jurídicos pertinentes. Pablo Navarro ha señalado, por un lado, los múltiples significados con que se usa la expresión “caso difícil”. “Por ejemplo escribe, un caso C es considerado difícil si:

- a) No hay una respuesta correcta a C.
- b) Las formulaciones normativas son ambiguas y/o los conceptos que expresan son vagos, poseen textura abierta, etc.
- c) El Derecho es incompleto o inconsistente.

- d) No hay consenso acerca de la resolución de C en la comunidad de juristas.
- e) C no es un caso rutinario o de aplicación mecánica de la ley.
- f) C no es un caso fácil y es decidible solamente sospesando disposiciones jurídicas en conflicto, mediante argumentos no deductivos.
- g) Requiere para su solución de un razonamiento basado en principios.
- h) La solución de C involucra necesariamente a juicios morales.

Cualquiera de estas situaciones enumeradas se puede presentar, además de la identificación de la regla que deba ser aplicable, también pueden presentarse lagunas o antinomias, es por ello que para este tipo de casos el juez, debe aplicar criterios de interpretación, elementos conceptuales y metodológicos, aunado al razonamiento para solución de este tipo de casos.

1.2.2. Conflictos Normativos

Es habitual concebir el derecho como un conjunto de normas que dirigen la conducta de sus destinatarios (con toda la sofisticación teórica que esta afirmación requiera), junto con los mecanismos coercitivos necesarios para garantizar cierto grado de cumplimiento y eficacia de aquéllas. No cabe duda de que esta función de dirigir o guiar la conducta de los destinatarios se ve frustrada cuando el propio sistema correlaciona un mismo caso o solución con situaciones deónticas distintas e incompatibles, por ejemplo cuando, las circunstancias C, una norma del sistema establece que cierto comportamiento P es obligatorio, mientras que otra califica el mismo comportamiento como prohibido, o como cuando lo que una norma permite es al mismo tiempo prohibido por otra distinta (Fabra Zamora & Rodríguez Blanco, 2015, p.1307)

La idea de contradicción de norma no solamente real, sino que cada vez es más común, y se hace necesario su estudio y comprensión del fenómeno conocido como conflicto normativo. Los problemas que surgen de las antinomias están relacionados con los conflictos de intereses que las normas establecen. (Arvizu, Ibarra, p.1)

1.2.3. La Indeterminación debida a los defectos en el sistema Jurídico.

El derecho resulta indeterminado porque no podemos precisar exactamente cuál es el estatus jurídico de determinadas acciones. Esta indeterminación puede tener su causa bien en problemas de inconsistencia de los sistemas jurídicos, bien en problemas de completitud. Se trata, por lo tanto, del problema de las lagunas y de las antinomias. La indeterminación del derecho puede verse como indeterminación causal de las decisiones judiciales; como defectos lógicos de los sistemas jurídicos. Por otra parte, es sabido, estamos ante una inconsistencia o antinomia, cuando dos o más normas del sistema jurídico atribuyen a un mismo caso soluciones normativas incompatibles entre sí (Ángeles Ródenas, 2012, p.66)

1.2.4. La Clasificación según Kelsen

“El conflicto normativo aparece cuando una norma determina una conducta como debida y otra norma obliga a una conducta incompatible con la primera.” (Hans Kelsen, 2005, p. 214).

Según Kelsen hay dos tipos de conflictos normativos: los unilaterales y los bilaterales, dependiendo de la posibilidad de satisfacción

e incumplimiento de la norma. En los conflictos unilaterales solamente una de las normas es restringida en aplicación o acatamiento de la otra norma es infringida en aplicación o acatamiento de la otra norma. En los bilaterales o recíprocos obedecer o aplicar cualquiera de las normas implica la vulneración de la otra. Asimismo, señala que el conflicto puede ser total o parcial. Es total cuando una de las normas prescribe una obligación y la otra la prohibición de la misma conducta; es parcial cuando el contenido de una de las normas es solamente incompatible en parte con el contenido de la otra norma. Estas categorías se combinan dependiendo del tipo de conflicto que se presente. (Huerta Ochoa,2008, p.68)

Es posible concluir entonces que, para Kelsen, existe una relación directa con el problema de los conflictos normativos y la cuestión relativa a la validez del derecho. En el caso de que un orden jurídico determinado dos normas válidas estuvieran en conflicto al prescribir una conducta determinada, y la otra su omisión, estaríamos ante un conflicto normativo.

1.2.5. Las Contradicciones potenciales de Weinberger

(Huerta Ochoa,2008, p.70) a su vez habla de conflictos potenciales y actuales. Para él, la contradicción lógico-normativa se manifiesta cuando dos enunciados normativos condicionales bajo las mismas o bajo condiciones lógicamente equivalentes, prescriben y prohíben la misma conducta.

1.2.6. La distinción conforme la operatividad de la norma hecha por Alexy

El concepto de conflicto normativo en sentido amplio previamente denominado como contradicción normativa en el esquema es para Alexy la clase que abarca como subclases a los conceptos de conflictos entre reglas que solamente puede ser resuelto mediante la introducción de una cláusula de excepción o declaración de invalidez de una de las normas (Huerta Ochoa, 2008, p.71)

1.2.7. Wiederin y el criterio de cumplimiento

En opinión de (Huerta Ochoa, 2008, p.72) existen distintos tipos de conflictos normativos que producen diversas consecuencias normativas, los clasifica conforme al criterio de observación de la norma según el tipo y la intensidad del conflicto.

- 1) **Conflictos contradictorios y contrarios.** - Un conflicto es contradictorio cuando el comportamiento que implica la contravención de una norma se traduce en el cumplimiento de la otra.
- 2) **Conflictos unilaterales y bilaterales.** – Es unilateral cuando el cumplimiento de una de las normas se traduce en la contravención de la otra, pero no a la inversa. Es bilateral en cambio cuando el cumplimiento de una de las normas implica la contravención de la otra, y viceversa.
- 3) **Conflictos totales y parciales.** - Un conflicto es total cuando el cumplimiento de una norma siempre se traduce en la contravención de

otra, y es parcial cuando la contravención de la segunda norma no siempre se produce por acatamiento de la primera.

- 4) **Conflictos evitables e inevitables.** - Es evitable un conflicto cuando el enfrentamiento con la segunda norma se hubiera podido impedir algún medio de cumplimiento de la primera norma; de lo contrario, es evitable.

Esta clasificación reproduce conceptualmente las posturas de Kelsen, en el inciso 2 de la misma manera, pero con un significado distinto en el inciso 3, en el sentido de que no utiliza el mismo criterio de Kelsen. Por último, la propuesta en el inciso 4 tiene poca relevancia, ya que con los conflictos normalmente se presentan en el plano de los hechos y por lo mismo son inevitables, si un conflicto normativo es evitable entonces solamente es aparente.

1.3. Antinomia

Existe una antinomia, siempre que dos normas conecten a un mismo supuesto de hecho dos consecuencias jurídicas diversas e incompatibles de modo que se dan controversias susceptibles de soluciones conflictivas.

En un sistema jurídico, existe una antinomia siempre que unos determinados supuestos de hecho estén previstas dos consecuencias jurídicas incompatibles por dos normas diversas pertenecientes al sistema. (Guastini Ricardo, 2008, p.148.)

La noción de antinomia (Ángeles Ródenas, 2012, p.27), pertenece al pensamiento sistémico, ya que presupone la idea de un sistema y que este tiene coherencia interna como propiedad formal. Todo el sistema jurídico persigue un

mínimo de coherencia, y por lo tanto no tolera las antinomias, consideradas como dos normas aplicables al mismo caso, y proporcionando soluciones contrarias o contradictorias.

La primera condición para que haya inconsistencia normativa es que dos o más normas se refieran al mismo caso, que tengan el mismo ámbito de aplicabilidad. La segunda condición es que las normas imputen a ese caso soluciones lógicamente incompatibles (Nino Carlos, 2003, p. 356)

Después de todas estas aclaraciones (Norberto Bobbio, 1992, p.189) podemos volver a definir la antinomia jurídica como la situación en que dos normas, incompatibles entre sí, que pertenecen a un mismo ordenamiento, tienen el mismo ámbito de validez. Las antinomias, definidas así, pueden, a su vez, distinguirse en tres tipos, de acuerdo con la mayor o menor extensión de la contradicción entre dos normas.

1. Si dos normas incompatibles tienen igual ámbito de validez, la antinomia se puede denominar, siguiendo la terminología de Ross, en total-total: En ningún caso una de las dos normas puede aplicarse sin entrar en conflicto con la otra. Ejemplo: “Se prohíbe fumar a los adultos, de las cinco a las siete en la sala del cine”. En los ejemplos dados anteriormente, es un caso de antinomia total-total la oposición entre la prohibición de fumar y el permiso de fumar.
2. Si dos normas incompatibles tienen un ámbito de validez en parte igual y en parte diverso, la antinomia existe solo en aquellas partes que tengan común, y se puede denominar parcial-parcial: Cada una de las normas tiene un campo de aplicación que está en conflicto con el de la otra, y un campo de aplicación en el cual el

conflicto no existe. Ejemplo “Se prohíbe fumar pipa y cigarro a adultos, de las cinco hasta las siete, en la sala de cine.”

3. Si de dos normas incompatibles una tiene un ámbito de validez igual al de la otra, pero más restringido o, en otras palabras, su ámbito de validez es en parte igual y en parte diverso con relación a la otra, hay antinomia total de la primera norma respecto de la segunda, y solo parcial de la segunda respecto de la primera, lo que podemos denominar total-parcial. La primera norma no puede aplicarse en ningún caso sin entrar en conflicto con la segunda; la segunda tiene un ámbito de aplicación que no entra en conflicto con la primera. Ejemplo: “Se prohíbe fumar a los adultos desde las cinco hasta las siete, en la sala de cine” y “solo se permite fumar cigarros a los adultos, desde las cinco hasta las siete, en la sala de cine”.

A su vez el **Tribunal Constitucional en su pleno Jurisdiccional N° 047-2004-AI/TC del 24 de abril del 2006**, manifiesta lo siguiente:

La existencia de la antinomia se acredita en función de los tres presupuestos siguientes:

- Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad pertenezcan a un mismo ordenamiento; o que se encuentren adscritas a ordenes distintos, pero, sujetas a relaciones de coordinación o subordinación.
- Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad tengan el mismo ámbito de validez (temporal, espacial, personal o material).

- El ámbito temporal se refiere al lapso dentro del cual se encuentran vigentes las normas.
- El ámbito espacial se refiere al territorio dentro del cual rigen las normas (local, regional, nacional o supranacional).
- En el ámbito personal se refiere a los status, roles y situaciones jurídicas que las normas asignan a los individuos. Tales los casos de nacionales o extranjeros; ciudadanos y pobladores del Estado; civiles y militares; funcionarios, servidores, usuarios, consumidores, vecinos, etc.
- El ámbito material se refiere a la conducta descrita como exigible al destinatario de norma.
- Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad pertenezcan, en principio, a la misma categoría normativa; es decir, tengan homóloga equivalencia jerárquica.

1.4. El delito de Tráfico Ilícito de Drogas

Es una conducta antijurídica, típica, culpable y punible, destinada a la promoción, favorecimiento y facilitamiento del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación de drogas, tráfico ilícito de drogas, posesión de drogas con fines de tráfico, tráfico ilícito de insumos y materias primas, conspiración para el TID, siembra compulsiva de plantaciones de coca, adormidera y marihuana, cultivo de plantas de adormidera y amapola, suministro indebido de drogas, coacción al consumo de

drogas e instigación al consumo de drogas. Es un delito de acción. No se contempla la culpa. (Tuesta Castro, 2012, p.34).

Es un fenómeno con múltiples aristas, que aglutina a diferentes sectores económicos, diversos actores y genera efectos colaterales; es “Una actividad económica [ilícita] que busca acumular ganancias a través del control de determinadas áreas del mercado de drogas” (Arroyo Zapatero, 1984, p. 22).

El primer párrafo del artículo 296° del Código Penal prescribe: “El que promueve, favorece o facilita, el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta o trescientos días multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2) y 4). De esta manera se tipifica el denominado delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas (Peña Cabrera, 2013, p. 151)

Los verbos rectores contenidos en el primer párrafo del artículo 296 vienen a ser los actos de “fabricación” y “tráfico”, que tienen como finalidad ulterior promover, favorecer o facilitar el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (Molina Mansilla, 2006, p. 37)

La fabricación de drogas comprende todos supuestos de transformación de materias a drogas, que puede ser obtener la droga de una planta o la producción más compleja de droga en el laboratorio. A efectos del problema planteado en la presente investigación, nos interesa analizar, en especial lo que se entiende por el término tráfico.

El propósito político criminal de reprimir todo el ciclo de la droga (desde la posesión de semillas hasta la comercialización de la droga al consumidor final), se reprimen los actos finales de su fabricación, esto es, el proceso de elaboración, transformación o de manufactura de materias primas o de insumos químicos en droga, conducta considerada delictiva en las convenciones internacionales sobre la represión del tráfico ilícito de drogas. (Salazar Rolando, 2015, p.126)

En el Perú, donde la mayor cantidad de droga producida es destinada al mercado internacional y una producción menor al mercado local, los actos usuales de fabricación de drogas se ubican especialmente en la denominada zona del valle de los ríos Apurímac, Ene y Mantaro (Vraem), consistentes en la extracción del alcaloide de cocaína de las hojas de coca a través de pozas de maceración y el funcionamiento de laboratorios clandestinos de elaboración de pasta básica de cocaína y refinamiento de clorhidrato de cocaína. Esta fase o ciclo de droga culmina con la obtención del producto final sustancias ilícitas, listo para su ubicación en los mercados de consumidores nacional e internacional.

Este tipo penal reprime además la fase de los actos de tráfico, término que comprende un número importante de comportamientos que rebasan su connotación mercantil, estos son los actos de depositar, retener, ofrecer, expender, vender, distribuir, despachar, transportar, importar, exportar o expedir en tránsito, para la ubicación de la droga en el mercado de consumidores locales e internacionales. En este sentido la droga es transportada desde los lugares de producción hacia los puntos de exportación, en especial los puertos del país, por lo que las modalidades típicas de tráfico se aprovechan del comercio exterior (Rosas Castañeda, 2014, p. 152)

En resumen, promover, favorecer o facilitar comprenden todos aquellos actos que contribuyan de alguna manera al consumo ilegal de dichas sustancias siempre conectadas a los actos de fabricación o tráfico. Siendo así, en el aspecto subjetivo se requiere que el sujeto activo tenga conocimiento de lo ilegal de la droga o sustancia fabricada o traficada y la voluntad de promover, favorecer o facilitar el consumo de drogas tóxicas como finalidad ulterior, lo cual resulta ser un elemento subjetivo que debe estar presente al momento de la comisión del delito.

1.4.1. Alcance de los términos “promover, favorecer y facilitar”

En cuanto a los términos “promover, favorecer y facilitar”, se promueve el consumo cuando este no se ha iniciado; se favorece el mismo cuando se permite su expansión; y se facilita cuando se proporciona la droga a quien ya está iniciado en el consumo.

Esto es al consumo de quien no es autor de actos de fabricación o tráfico. Esta situación es relevante pues permite sostener que los actos de fabricación o tráfico realizados por una persona para promover, favorecer o facilitar su propio consumo acrecen de trascendencia penal. (Prado Saldarriaga, 2007, p.146).

Promover equivaldría hacer que se inicie o principie la acción que va a dar lugar a la comisión del delito, favorecer: implicaría ayudar o servir para una determinada finalidad; por último, facilitar: sería tanto como mediar para que alguien tuviera una cosa, o intervenir para que la consiga. (Sequeros Zasatornil, 2000, p. 97).

Por su parte (Magaldi Postrero, 2004, p.1575), define cada uno de los términos, entendiendo por promover “aquella actividad que crea las bases o condiciones necesarias para el inicio de la acción u operación o que posibilita una mejor puesta en marcha y desarrollo de la misma sin llevar a cabo directa o inmediatamente el desarrollo de la misma (...) que en este caso cristalizaría en una acción u operación destinada a la expansión, difusión o mantenimiento del mercado del consumo ilegal de drogas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, por otra parte favorecer supone apoyar positivamente un intento o empresa; y por facilitar, la autora considera como “ hacer fácil el acceso directo al consumo ilícito o, lo que es lo mismo realizar una conducta que posibilite (directamente) dicho consumo (el tráfico).

1.4.2. Declaración de Testigos en el caso del Tráfico Ilícito de Drogas.

1.4.1.2. Según el Decreto Legislativo N° 824- Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas.

Artículo 30.- El Juez o Sala Penal competente declarará improcedente la comparecencia como testigo del personal de la Policía Nacional que participe en la intervención, investigación o formulación del documento respectivo por tráfico ilícito de drogas, así como al personal que participe en los procedimientos establecidos en el artículo 28 del presente Decreto Legislativo, cuando se refiera a diligencias en las que haya participado el Ministerio Público, debiendo conservar las mismas su calidad probatoria.

De esta cita perteneciente al Decreto Legislativo 824, artículo 30°, se menciona que el juez debe declarar improcedente la comparecencia

como testigo al personal Policial que participe en la elaboración del documento respectivo por tráfico ilícito de drogas, sin embargo no se cumple, porque son citados por el Ministerio Público para que declaren en juicio oral, lo que es aprovechado por los imputados y/o sus familiares para tomar algún tipo de venganza y poner en peligro la integridad física de los testigos de la policía; por lo expuesto, es necesario que este tipo de procedimiento se obvie, pues, las actas formuladas por la Policía Nacional son pruebas pre constituidas y por lo tanto tienen calidad de probatorias.

Es evidente la contradicción normativa existente, para Hans Kelsen, el conflicto radica en el hecho de que el acatamiento de una de las normas produce la contravención de la otra. Es así que esta contradicción se expresa en el **artículo 30° del Decreto Legislativo N° 824 - Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, y lo que norma el Código Procesal Penal promulgado el 22 de julio de 2004, donde se expresa que los Artículos 163° y 164° incisos 1) y 3)**, referente a la declaración de los testigos de la policía, por lo que es de suma importancia hacer efectivo y valedero lo establecido en el artículo 30° del Decreto legislativo 824°, pues, el Ministerio Público ya no debería citar a los policías como testigos, bastaría con las actas y otros documentos recabados en las diligencias preliminares, especialmente los trabajos conjuntos que realizan tanto la policía como la Fiscalía, ambas instituciones del Estado, dentro de la investigación del Tráfico Ilícito de Drogas; pues la concurrencia de los miembros de la policía como testigos, pone en riesgo su integridad física, y la de su familia; porque este tipo de labores las realizan organizaciones

criminales de alta peligrosidad protegidos por sicarios y por mafias dedicadas a esta actividad ilícita.

Asimismo, en cuanto al sentido de protección personal, que debe existir hacia los efectivos policiales, el **Decreto Legislativo 1241° Que fortalece la Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas, en su artículo 16°** manifiesta lo siguiente:

Artículo 16.- Concurrencia de personal policial en las diligencias judiciales

La concurrencia del personal de la Policía Nacional del Perú que participa en las investigaciones por tráfico ilícito de drogas en Juzgados, Salas y penales del país, en las diligencias dispuestas por las autoridades judiciales, debe contar con las medidas necesarias para preservar la identidad del personal policial y evitar poner en riesgo su seguridad personal ante potenciales represalias por parte de las organizaciones criminales que son objeto de investigación o juzgamiento.

Como lo indica este artículo, se deben tomar todas las medidas necesarias para la protección hacia el personal policial, cuidando su integridad física, pues, este tipo de investigaciones y seguimiento que se realizan a este tipo de organizaciones criminales que promueven el tráfico ilícito de drogas, conlleva un alto riesgo, existiendo amenazas y represalias, hacia los efectivos policiales que participan en este tipo de investigaciones.

Dentro del mismo artículo el 824°- Ley Contra el Tráfico Ilícito de Drogas, expresa lo siguiente:

Artículo 28.- El representante del Ministerio Público con el propósito de permitir la obtención de las pruebas necesarias para posibilitar la acusación penal, entre otros aspectos podrá autorizar a los órganos especializados comprometidos en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, la ejecución de los procedimientos denominados “Remesa Controlada” y “Agente Encubierto”, supervisando su desarrollo y disponiendo la culminación, en cuanto se haya cumplido los objetivos propuestos.

a. Remesa Controlada: Es el procedimiento especial, debidamente planificado por la autoridad policial y autorizado con la reserva del caso por el Ministerio Público, mediante el cual, en forma encubierta se efectúa la custodia y control de un transporte de droga verificado o presunto, durante el período de tiempo con el objeto de determinar las circunstancias, destino, implicados directos e indirectos y las conexiones con asociaciones delictivas.

b. Agente Encubierto: Es el procedimiento especial, planificado por la autoridad policial y autorizado con la reserva del caso por el Ministerio Público o el órgano jurisdiccional mediante el cual un agente especializado, ocultando su identidad se infiltra en una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas, con el propósito de identificar su estructura, dirigentes e integrantes, recursos, modus operandi y conexiones con asociaciones ilícitas

Según el **DECRETO LEGISLATIVO N° 957, Nuevo Código Procesal Penal, promulgado el 22 de julio de 2004**, tenemos que el **Artículo 163 incisos 1) y 3)**.

Obligaciones del Testigo.

- 1) Toda persona citada como testigo tiene el deber de concurrir, salvo las excepciones legales correspondientes, y de responder a la verdad a las preguntas que se le hagan. La comparecencia del testigo constituirá siempre suficiente justificación cuando su presencia fuere requerida simultáneamente para dar cumplimiento a las obligaciones laborales, educativas o de otra naturaleza y no le ocasionará consecuencias jurídicas adversas bajo circunstancia alguna.

La comparecencia de un testigo en el proceso penal es obligatoria, salvo que excepcionalmente por razones justificadas no puede acudir al llamado dentro de una ponderación con otras actividades que realiza en forma simultánea.

Por ejemplo, obligaciones laborales o educativas o de otra naturaleza. Es decir, si un docente es llamado a declarar y se presenta a juicio, su inasistencia a su sede de trabajo no será sancionada porque está debidamente justificado (art. 163.1 del NCPP).

El Código de 1940 en su artículo 140 señala que se deberá contemplar la situación laboral del testigo. Allí se establece que, si fuese empleado público o militar en servicio, el juez, además de la citación directa, avisará por oficio al superior el hecho de la citación para que ordene la comparecencia.

El testigo no puede excusarse con la falta de esta orden. Si el testigo que no asistió es un soldado, las responsabilidades serán del oficial superior que no ordenó la comparecencia. (Arbulú Martínez, 2015, p.238)

Como se manifiesta en el párrafo anterior la comparecencia para el testigo de la policía, en los casos de Tráfico Ilícito de Drogas es obligatoria, es así que, los policías son citados como testigos y además son presentados en juicio oral como órganos de prueba, siendo amenazados y amedrentados por los imputados que se encuentran involucrados en este delito, con la finalidad de que no declaren en su contra.

Dentro del inciso 3) del artículo 163° del Código Procesal Penal, manifiesta lo siguiente:

- 3) El testigo policía, militar o miembro de los sistemas de inteligencia del Estado no puede ser obligado a revelar los nombres de sus informantes. Si los informantes no son interrogados como testigos, las informaciones dadas por ellos no podrán ser recibidas ni utilizadas.

La declaración del testigo constituye una de las formas comunes de llegar a conocer mejor los hechos objeto del proceso e incluso a decidir los juicios, pues se conoce por boca de la persona que ha presenciado los hechos la forma en la que estos ocurrieron. Además, proporciona información sobre las personas involucradas o alguna circunstancia importante para el proceso. Todas las personas citadas por la autoridad judicial como testigos tienen la obligación de acudir a la sede judicial a prestar su declaración. En tal sentido, el juez debe citar como testigos a las personas ofrecidas por el Ministerio Público (Gaceta Jurídica, 2010 p.28)

Si bien existe la obligación de declarar de policías, militares o miembros del servicio de inteligencia; sin embargo, por razones de Estado, no se les puede obligar a revelar la identidad de sus informantes. Entonces ante esa limitación la valoración de la información dada será la vertida como un testigo de referencia. Si se hubiese revelado los nombres de los informantes y no son interrogados como testigo, las informaciones brindadas no serán utilizadas (art. 163.3 del NCPP).

Art. N° 164. Citación y conducción compulsiva.

Dentro del inciso 3) se establece lo siguiente.

Si el testigo no se presenta a la primera citación se le hará comparecer compulsivamente por la fuerza pública.

En el caso de los integrantes de la policía Nacional del Perú, que no se presenten a declarar como testigos haciendo respetar lo que indica el decreto Legislativo 824°- Ley Contra el Tráfico Ilícito de Drogas, en su artículo 30°, serán conducidos compulsivamente utilizando la fuerza pública como lo indica el artículo 164° en su inciso 3) del CPP.

1.5. Criterios para Solucionar las Antinomias

En el curso de su secular tarea de interpretación de las leyes, la jurisprudencia ha elaborado algunas reglas para resolver las antinomias, reglas que por lo general se aceptan (Bobbio Norberto, 1992, p.128)

Tres son las reglas fundamentales para resolver las antinomias:

- a) El criterio de competencia

- b) El criterio cronológico.
- c) El criterio jerárquico.
- d) El criterio de especialidad.

El Criterio de competencia, En síntesis, lo que este criterio establece es que en el supuesto de que una de las normas en conflicto surja de una disposición dictada por un órgano competente para regular esa materia y la otra resulte de una disposición dictada por un órgano que carecía de competencia para ello, ha de prevalecer la que resulta del órgano competente. Puede observarse fácilmente que lo que aquí ocurre es que una de las normas (la del órgano incompetente para regular la materia) carece de validez, puesto que la competencia es un elemento fundamental e imprescindible para poder dictar normas válidas. De este modo, el conflicto sólo es aparente, y el único elemento a tener en cuenta es, naturalmente, la norma válida. (Fabra Zamora & Rodríguez Blanco, 2015, p.11)

El criterio cronológico, denominado también de la *lex posterior*, es aquel según el cual entre dos normas incompatibles prevalece la posterior: *Lex posteriori derogat priori*. Es regla general del derecho que la voluntad posterior abroga la anterior, y que, de dos actos de voluntad de una misma persona, es válido el último en el tiempo.

El criterio jerárquico, denominado también de la *lex superior*, es aquel según el cual dos normas incompatibles, prevalece la norma jerárquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*, es decir que las normas de un ordenamiento están colocadas en diferentes planos, o sea, que están dispuestas en orden jerárquico.

El tercer criterio, llamado precisamente el de la *lex specialis*, es aquel con base en el cual, de dos normas incompatibles, la una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda: *Lex specialis derogat generali*. Puesto que ley especial es aquella que deroga una ley más general, ósea que subtrae de una norma una parte de la materia para someterla a una reglamentación diversa (contraria o contradictoria). El paso de una regla más amplia (que abarque un cierto *genus*) a una regla derogatoria menos amplia (que abarca una especie del *genus*) corresponde a una exigencia fundamental de justicia, entendida como igual tratamiento a las personas que pertenecen a una misma categoría.

De los criterios anteriormente enunciados, el segundo y el tercer criterio no se aplicarían a nuestro caso, pero en cambio sí resultaría útil aplicar el criterio de competencia y de especialidad, pues el órgano encargado de emitir este decreto es el poder Ejecutivo, con la facultad de legislar en la lucha contra el Tráfico Ilícito de drogas, conjuntamente con las FFAA y la Policía Nacional, por tanto esta norma debe prevalecer, en tanto que es válida, además en cuanto al criterio de especialidad, debe predominar lo que estipula el artículo 30° del Decreto Legislativo 824°, Ley de Lucha Contra el Tráfico Ilícito de Drogas, obviando así lo establecido por el artículo 163° del Código Procesal penal en cuanto a la declaración de los testigos de la Policía, en cuanto a este mismo delito.

1.5.1. Principios que resuelven las antinomias

El tribunal Constitucional en su plano jurisdiccional N° **047-2004-AI/TC, del 24 de abril del 2006**, expresa los siguientes principios para solucionar las antinomias.

- a) Principio de Plazo de Validez. - Esta regla señala que la norma tiene vigencia permanente hasta que otro precepto de su mismo o mayor nivel la modifique o derogue, salvo que en el propio texto hubiere establecido un plazo fijo de validez.

- b) Principio de posterioridad. - Esta regla dispone que una norma anterior en el tiempo queda derogada por la expedición de otra con fecha posterior. Ello presume que cuando dos normas del mismo nivel tienen mandatos contradictorios o alternativos, primará la de ulterior vigencia en el tiempo.

- c) Principio de Especificidad. - Esta regla dispone que un precepto de contenido especial prima sobre el mero criterio general. Ello implica que cuando dos normas de similar jerarquía establecen disposiciones contradictorias o alternativas, pero una es aplicable a un aspecto más general de situación y la otra a un aspecto restringido, prima ésta en su campo específico.

- d) Principio de favorabilidad. - Es una regla aplicable solo aplicable a materias de carácter penal, y supone aplicar la norma que más favorezca al reo.

- e) Principio de Envío. - Esta regla es aplicable en los casos de ausencia de regulación de un hecho, por parte de una norma que debió contemplarlo. Ante ello, se permite o faculta accionar a otro precepto que sí lo prevé. Debe advertirse que este principio solo se cumple

cuando una norma se remite expresamente a otra, para cubrir su falta de regulación.

- f) Principio de subsidiariedad. - Esta es una regla por la cual un hecho se encuentra transitoria o provisionalmente regulado por una norma, hasta que se dicte o entre en vigencia otra que tendrá un plazo de vida indeterminado.

- g) Principio de Complementariedad. - Esta regla es aplicable cuando un hecho se encuentra regido parcialmente por una norma que requiere completarse por otra, para cubrir o llenar la regulación de manera integral. Es el caso de la relación existente entre una ley y su reglamento.

- h) Principio de suplementaridad.- Esta regla es aplicable cuando un hecho se encuentra regulado por una norma base, que otra posteriormente amplía y consolida. En pueridad, el segundo precepto abarcaría el primero sin suprimirlo.

- i) Principio de ultractividad expresa. - Esta regla es aplicable cuando el legislador determina de manera expresa que recobra vigencia una norma que anteriormente hubiera quedado sin efecto.

- j) Principio de competencia excluyente. - Esta regla es aplicable cuando un órgano con facultades legislativas regula un ámbito material de validez, el cual, por mandato expreso de la Constitución o una ley orgánica, comprende única y exclusivamente a dicho ente legisferante.

1.6. CONCLUSIONES

- La situación tradicional de las normas incompatibles entre sí, crean una situación denominada antinomia, en este caso entre el decreto Legislativo 824° en su artículo 30 y en el artículo 163° del Código Procesal Penal, en su inciso 1), creando un verdadero conflicto normativo referente a la declaración de los testigos de la policía, en la investigación el delito de tráfico Ilícito de Drogas.
- Este tipo de antinomia se da entre dos normas jurídicas, poniendo en riesgo los operativos realizados (agente encubierto y remesas controladas) hechas por el personal policial del Sistema Antidrogas de la Policía Nacional del Perú, pues la intervención de las organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas, se realizan con el empleo de procedimientos especiales, utilizando para ello recursos económicos y logísticos, asimismo comprometiendo al personal policial capacitado en labores de inteligencia y manejo de tecnología de punta y participando desde un inicio para este tipo de operativos con representantes del Ministerio Público; en ese sentido cuando se dan tales circunstancias, el personal policial debería ser exonerado de comparecer como testigo.
- En el caso del decreto Legislativo N° 824, referente al tráfico ilícito de drogas, se debería aplicar el principio de especialidad, ello implica que cuando dos normas de igual jerarquía, en este caso ambos son decretos legislativos, se debe aplicar la norma más específica, para dar solución al caso, es decir el artículo 30°, por ser la norma especial, y desplazar así lo

que manifiesta el artículo 163° inciso 1), del Código Procesal Penal, por ser esta, una norma de carácter general.

- En cuanto al criterio de competencia este si se llegaría aplicar, pues el poder ejecutivo en coordinación con la Comisión Nacional para el desarrollo y vida sin Drogas “DEVIDA”, dictan el mencionado Decreto Legislativo N° 824, el cual debe prevalecer aplicando dicho criterio, por ser los organismos encargados y especializados en esta materia (tráfico ilícito de drogas, por lo que se deja de lado, el criterio de cronológico y al criterio jerárquico, pues en este tipo de conflicto normativo debe predominar el criterio de competencia, asimismo el criterio de especialidad.

1.7. ANEXOS

CASO Nro: 1706074501-2015-46-0

NOMBRE: GUZMÁN PERALTA VERGARA

DIRECCIÓN: JR EL COMERCIO S/N- CAJAMARCA- CAJAMARCA-
CAJAMARCA-LABORAL

REFERENCIA: 2DO PISO - DIVICAJ

FINALIDAD: CITACIÓN/ DECLARACIÓN

MATERIA: T.I.D (PROMUEVE, FAVORECE O FACILITA EL
CONSUMO DE DROGAS)

Por la presente, queda usted debidamente notificado, que por disposición de la Sr (a). Fiscal LUIS GONZALO VALENCIA ISPILCO, a este despacho Fiscal, con la finalidad de Citación/Declaración para el día 25 de marzo de 2019 a horas 15:00 CITESE A JUICIO ORAL EN LA SALA DE AUDIENCIAS DEL PODER JUDICIAL DEL QPAC ÑAN EN EL SEXTO PISO BAJO APERCIBIMIENTO DE CONDUCCIÓN COMPULSIVA

Expediente Judicial N° 0039-2018-0-0601-JR-PE-01

NOMBRE: SS PNP GUZMÁN PERALTA VERGARA

DIRECCIÓN: RECURSOS HUMANOS DE LA PNP- CAJAMARCA-
CAJAMARCA-CAJAMARCA-LABORAL

REFERENCIA: EFECTIVO PNP

FINALIDAD: CITACIÓN/ DECLARACIÓN

MATERIA: TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Por la presente, queda usted debidamente notificado, que por disposición de la **Sra. Fiscal NILDA NANCY AYMITUMA MINCHAN**, donde se ordena la **CONDUCCIÓN COMPULSIVA DEL EFECTIVO POLICIAL SS PNP GUZMÁN PERALTA VERGARA**, con domicilio laboral en el **Jr. El Comercio N° 1021 de Cajamarca (Región Policial Cajamarca-Departamento de Antidrogas)**, para el día **11 de junio del 2018 a las 9:00 de la mañana** en la investigación número 491-2018, seguida contra **GILBERTO CHUNQUE CASTILLO, JULIO CASTILLO HUAMÁN Y ROSAS BLADIMIR CHALAN CASTILLO**, por la presunta comisión del delito contra la Salud Pública – Tráfico Ilícito de Drogas, en su modalidad de **FAVORECIMIENTO AL CONSUMO DE DROGAS TÓXICAS**, en su Forma Agravada en agravio del **ESTADO** representado por el procurador público del Ministerio de Interior a cargo de los asuntos Judiciales del Tráfico Ilícito de Droga.

1.8. REFERENCIAS

Arvizu Ibarra, C. H. (2015). *Los Conflictos Normativos: Las Antinomias en el sistema Jurídico Mexicano*. Recuperado de <http://www.juridicaformativa.uson.mx>.

Ángeles Ródenas, C. (2012). *Los Intersticios del Derecho*, Edit.: Marcial Pons, Madrid. Recuperado de: <https://es.scribd.com/>.

Arbulú Martínez, V, (2015). *Derecho Procesal Penal: Un Enfoque Doctrinario y Jurisprudencial*.

Arroyo Zapatero, L. (1984). *Aspectos penales del tráfico ilícito de drogas*. Edersa: Madrid.

Atienza, Manuel. "Para una teoría de la argumentación jurídica". En *Doxa*. N° 8, 1990, pp. 39 - 61.

Fabra, Zamora, J. & Rodríguez Blanco, V. (2015). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3796>.

Guastini, R. (2008). *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, Porrúa: México.

Huerta Ochoa, C. (2008). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Recuperado el 20 de diciembre de 2008, de *La acción de Inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos*: <http://www.juridicas.unam.mx>.

Kelsen Hans. (2005). *Teoría Pura del derecho*. Edición. Siglo XXI, México D.F.

- Nino (2003). Introducción al análisis del derecho, onceava edición, Editorial: Ariel, Barcelona.
- Norberto Bobbio. (1992). Teoría General del Derecho. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://es.scribd.com/>
- Magaldi Postrero, M. (2004). De los Delitos contra la seguridad Colectiva. Cap III: De los delitos contra la Seguridad Pública. Tomo 2. Madrid: Marcial Pons.
- Martinez Zorrilla, Molina Mansilla, M. (2006). El delito de Tráfico Ilícito de Drogas: el tipo básico y los sub tipos agravados. Anuario del Derecho Penal Ciencias Penales.
- Moreno Cruz, R. (2011). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 133, pp. 165-192. UNAM, México. Recuperado de : <http://www.scielo.org.mx/>
- Muños Conde, F. (1990). Derecho penal parte especial. 8ª. Edición. Valencia.
- Muñoz Conde, F. (1993). Derecho Penal parte especial. Ed. Tirant to Blanch, 9na edición.
- Peña Cabrera, F. (2013). Tráfico Ilícito de Drogas y conexos: perspectivas dogmáticas y político – criminales. (2 ed). Lima: Rodhas.
- Prado Saldarriaga, V. (2007). “Criminalidad Organizada”. Parte especial. Lima. Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2012 – 2016.- Ley General de Drogas. Manual Auto Instructivo. “Tráfico ilícito de drogas” dr. Luis Fernando Alberto ibérico Castañeda.

Rosas Castañeda, J. (2014). Instrumentos Internacionales en materia de lavados de activos y obligación de la armonización de la legislación interna. En: Gaceta Penal y Procesal Penal. N° 63.

Salazar Rolando, (2015). “Narcotráfico”. En: El problema de las drogas en el Perú. Cedro, Lima, Perú.

Sequeros Sazatornil, F. (2000). *El tráfico de drogas ante el ordenamiento Jurídico*, Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial. La ley, Madrid.