

LOS DELITOS SIN VÍCTIMAS: DESPENALIZANDO EL DERECHO PENAL

EDUARDO HERRERA VELARDE

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres.

SUMARIO:

I. Introducción.- II. ¿Qué es el delito?.- III. ¿Qué protege el Derecho Penal?.-

IV. Los delitos sin víctimas en el Perú. El tráfico ilícito de drogas.-

V. Excepciones.- VI. Regulación administrativa.

I. INTRODUCCIÓN

Vivimos en una época de constantes cambios que hacen que nuestros días sean cada vez más dinámicos. Asistimos a una era de globalización mundial producto de la cual, un hecho económico ocurrido en un país tan lejano como Irak, puede traer consecuencias de distinta índole para el Perú o, por ejemplo, – como antes seguro resultaba inimaginable – se pueden hacer negocios virtuales entre personas que ni siquiera se conocen y tal vez nunca lleguen a hacerlo. Indudablemente, una era de cambios.

Entrando al Derecho, que es la rama que nos interesa y, en lo que concierne a un ámbito geográfico más familiar como es Latinoamérica, observamos cómo los distintos países que se sitúan en esta parte del mundo han venido mutando recientemente sus sistemas procesales penales, siguiendo un modelo de corte "*adversarial*" con una clara inspiración en el sistema anglosajón, que parece ofrecer suficiente garantía al imputado de cara a un debido proceso y, consecuentemente, la obtención de una mejor administración de justicia.

El Derecho Penal sustantivo tampoco es ajeno a estos cambios. Imputación objetiva y sociedad de riesgos son, hoy por hoy, conceptos que abundan en los libros que se escriben sobre la materia, patentizando ello una verdadera modernización en pos de mantener la vigencia de la rama. Hay que recordarlo: el Derecho Penal es una construcción humana, y como tal, tiene la característica de mutar, es decir, no permanece estática sino que cambia para progresar.

El tema que se aborda en el presente trabajo, si bien es cierto no es una novedad, propugna un cambio relevante al postular la atipicidad de conductas que no dañan o afectan a nadie, aquellas que he optado en llamar "delitos sin víctimas".

Este artículo ha costado un primer esfuerzo de elaboración y un segundo esfuerzo, o mejor dicho atrevimiento si cabe el término, en publicarlo, pues reconozco que el tema seguramente generará críticas, favorables y desfavorables, por la polémica que suscita. No obstante ello, y a riesgo de dicha coyuntura, postulo la siguiente posición:

II. ¿QUÉ ES DELITO?

Cuando pasamos por las aulas universitarias no solamente quienes escogimos dedicarnos a cultivar la ciencia penal en el quehacer profesional, sino todos los abogados, recordaremos que existe una tradicional definición del delito: conducta (acción u omisión), típica, antijurídica y culpable. Ciertamente, pese a los constantes esfuerzos que se hacen al respecto, hasta ahora no aparece una mejor definición para este término, ni tampoco creo que suceda en otro considerable lapso de tiempo.

Acudiendo al tema que me ocupa, y sobre la base de lo anotado, creo conveniente sostener una primera premisa que servirá para el desarrollo de la tesis que planteo: existen algunas conductas que según nuestro ordenamiento califican como delitos, pero no tienen razón de ser consideradas como tales y, en ese contexto, deben ser definitivamente eliminadas al traducir la

expresión de un abuso que el Derecho Penal puede llegar a cometer en aras de implantar el denominado "orden social". Con ello quiero hacer referencia a los llamados "delitos sin víctimas".

Hablando del fundamento que debe apoyar la pena como consecuencia derivada de la comisión de un hecho delictivo, Cesare Beccaria, citando a Montesquieu, en su obra *De los delitos y las penas* precisó lo siguiente:

"Toda pena (dice el gran Montesquieu) que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica; proposición que puede hacerse más general de esta manera: todo acto de naturaleza de hombre a hombre que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico".¹

La cita antes glosada deja en claro lo que debe constituir el norte del Derecho Penal cuando se habla de penar una conducta: **la necesidad**.

Más allá del criterio antes indicado, deben quedar fundamentaciones como la moral, ya que al ser ésta última una variable de acuerdo a las sociedades y a los tiempos en los que se vive, puede determinar la sanción abusiva de conductas que no interesan (o, mejor dicho, no deben interesar) al Derecho Penal. Como resalta el mismo Beccaria:

"A decir de Montesquieu en su teoría del contrato social, según la cual el poder no nace ni emana de un ser supremo y divino sino del pacto entre los ciudadanos que consienten en limitar sus derechos y su libertad y admiten un poder coactivo superior en tanto sirviera de garantía a la convivencia en paz, surge la idea de noción social, de daño hecho a la sociedad, como síntesis del concepto material de delito. El concepto de daño a la sociedad exige algo más que una simple concepción de inmorales de determinado acto para ser castigado como delito. Las discrepancias religiosas, constitutivas de herejía para la iglesia, la homosexualidad, entre otras más, por ejemplo, pueden ser todo lo inmorales que se quiera, pero al no perjudicar el derecho de terceros, deben quedar al margen".²

Resumiendo la interesante atinencia hecha por Montesquieu, comprendemos y aceptamos que la finalidad esencial del Derecho Penal es establecer la convivencia en paz. Precisamente, los ciudadanos hemos "suscrito" figurativamente un pacto social, consintiendo la limitación de nuestras propias libertades individuales en pro de la referida finalidad. Por ello, el concepto de delito surge entonces - como expresión del Derecho Penal - sobre la base de la **necesidad** de castigar una conducta, en tanto en cuanto ésta implique un **daño** a terceros (a los otros ciudadanos que han "suscrito" el pacto social), criterios que obviamente deben estar alejados de conceptos tales como la moral. Así pues, esa suma de criterios constituye el freno que debe tener en cuenta el Derecho Penal para no caer en abusos ni tiranías y cumplir su finalidad. En conclusión, y a riesgo de ser redundante, la penalización de una conducta es **necesaria**, siempre y cuando cause **daño a terceros**.

Ingresando a un análisis más concreto sobre la incidencia del tema, podremos apreciar -como lo demostraré luego al evaluar el caso peruano- que existen conductas que no afectan (siquiera potencialmente) a nadie ni a nada y que, sin embargo, son mantenidas como delitos. Estas conductas son las que convengo en llamar "delitos sin víctimas": es decir, tipificaciones que no fluyen de **necesidad** alguna por cuanto no causan **daño** a nadie. Lo que sucede es que en la generalidad de los casos, esas conductas son aceptadas como delitos por su condición de infracciones a la moral, lo cual conduce peligrosamente al Derecho Penal a un terreno de inconsistencias que no le es conveniente dada su condición de ciencia; pues si bien para algunas personas puede ser altamente criticable o reprochable una determinada forma de actuar, ello no

¹ BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, AFA Editores Importadores S.A., Lima, Perú, 1993, p. 32.

² BECCARIA, Cesare, *Op. Cit.*

debe merecer necesariamente la reacción de nuestra rama de estudio, ya que entonces caeríamos en decisiones tan arbitrarias y cambiantes como la opinión subjetiva de cada individuo.

Antes de abordar el segundo punto de este trabajo, quiero realizar una precisión de términos que considero importante. Obsérvese que durante el desarrollo que he venido haciendo del tema, he procurado emplear el término "delitos sin víctima", cuando la expresión comúnmente utilizada es "crímenes sin víctima". La razón que justifica esa preferencia terminológica radica en una diferencia que hace que un crimen no sea necesariamente un delito y viceversa, aunque lo óptimo debiera ser la coincidencia de ambos conceptos. Se explica de mejor forma a través del comentario que hace Gabriel Silva al interesante libro escrito por el profesor Ricardo Manuel Rojas, *Las contradicciones del Derecho Penal*:

"Un tema muy importante que analiza Ricardo Rojas ya había sido presentado en su novela El Amanecer (1996), distinguiendo el delito del crimen. En este caso lo profundiza señalando, por ejemplo, que el "El crimen, como un hecho filosófico, puede ser definido como la violación a un derecho individual concreto; es decir, que cada vez que una persona entre en contacto con la vida, la integridad física o el patrimonio de otra en forma ilegítima, comete un crimen. Mientras que el delito, como concepto jurídico, se vincula con una acción típica, antijurídica y culpable, esto es, con una conducta respecto de la cual, una ley prevé una pena para su autor". Y prosigue: "Ambos conceptos no necesariamente tienen que coincidir. Es posible que existan violaciones a derechos individuales que no hayan sido sancionadas como delitos por la ley, y por otro lado, que existan delitos que no constituyan violaciones a los derechos individuales". Y concluye: "Una visión liberal del Derecho Penal debería buscar una coincidencia entre ambos".³

Hecha la aclaración (que suscribo a plenitud), paso al siguiente punto.

III. ¿QUÉ PROTEGE EL DERECHO PENAL?

Hemos visto hasta el momento que el delito como expresión material del Derecho Penal debe fundamentarse en criterios de necesidad y reparación (o prevención) de un daño. Surge entonces una inquietud que ha venido suscitando numerosos debates y seguramente lo seguirá haciendo: si bien existen criterios de fundamentación del delito y consecuentemente de la pena, entonces, ¿qué protege el Derecho Penal con su acción de penar? o resumiendo, ¿qué protege el Derecho Penal?

Tradicionalmente, se sostiene que el Derecho Penal protege bienes jurídicos, entendidos éstos -según define el maestro Raúl Zaffaroni- como "la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas que las afectan, las que se expresan con la tipificación de estas conductas".⁴

Como toda posición doctrinaria, la tesis que postula la protección de bienes jurídicos como ámbito de cuidado del Derecho Penal ha recibido varias críticas. Entre ellas, la que enfoca el tratadista español Jacobo López Barja de Quiroga⁵ y que consiste en afirmar que el criterio de proteger bienes jurídicos tiende a dotar de un cierto grado de arbitrariedad al legislador, quien "etiqueta" un determinado valor (bien) como bien jurídico, pero -muchas veces- no argumenta su conveniencia para ello. Dicho de otra manera, esta corriente sostiene que la elección de bienes jurídicos por el legislador puede llegar a ser arbitraria y abusiva.

³ SILVA, Gabriel, *Las Contradicciones del Derecho Penal de Ricardo M. Rojas*. En: www.gilva.org.ar

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Volumen III, EDIAR, Buenos Aires, 1981, p. 240.

⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho Penal - Parte General*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 20.

Aunque, como ya lo he señalado, toda posición doctrinaria es criticable, también es cierto que puede ser mejorada o reformulada para conseguir su fortalecimiento como hipótesis. En ese sentido, y como expone López Barja de Quiroga al referirse a la obra de Roxin, se tiene lo siguiente:

*"(...) el concepto de bien jurídico sólo puede obtenerse por derivación de la Constitución y por ello, afirma que los bienes jurídicos son circunstancias dadas y finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema".**

Coincido plenamente con la posición antes expuesta. La Constitución, como marco normativo de todo Estado, puede (y debe) marcar válidamente cuáles son los valores más importantes y de esta manera servir de límite necesario para frenar arbitrariedades como las que nos preocupan.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, también existen nuevas tendencias dirigidas a la protección de los riesgos como una forma preventiva del Derecho Penal, de cara a evitar una tardía intervención, una vez que el daño ha sido causado. Si bien la intención de esta tendencia es evidentemente saludable, también es cierto que podría llevar a excesos y a una intromisión del Derecho Penal en esferas o actividades que no le competen, contraviniendo el Principio de Mínima Intervención que lo fundamenta, siendo estos excesos difíciles de frenar en la realidad. Además, recordemos que en este tipo de construcciones es necesaria la utilización de leyes penales en blanco, las mismas que suponen fórmulas inseguras y contrapuestas al Principio de Legalidad.

Resumiendo, considero que el Derecho Penal debe proteger, y ciertamente lo hace, el fin supremo de la sociedad: el hombre; por lo que en tal contexto debe procurar garantizar, dentro de un criterio razonable, las actividades que éste realice y los objetos que tengan relación con él (empleando el término "objeto" en sentido lato). Sobre esa base, me adhiero a la posición que establece que el ámbito de protección del Derecho Penal son los bienes jurídicos.

IV. LOS DELITOS SIN VÍCTIMAS EN EL PERÚ. EL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

El Código Penal Peruano de 1991, acogiéndose a la tendencia doctrinaria descrita anteriormente, en su Título Preliminar (véase artículo IV), refiere que la pena, como representación de la determinación de la comisión de un delito, debe derivar necesariamente de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados por la ley. *Contrario sensu*, si no hay afectación o puesta en peligro de un bien jurídico, no debe haber pena.

Sobre la base de lo antes anotado podremos arribar a una primera idea que, en lo sucesivo, marcará la tesis que postulo: es incongruente con los Principios del Derecho Penal peruano -y hasta cierto punto ilegal- que se pretenda penar a una persona por una conducta que no afecta, real ni potencialmente, a nada ni a nadie, ello fundamentado en que no habría *necesidad* ni daño para tal sanción. De esta manera -según nuestro Derecho Penal- los "delitos sin víctimas" no son admisibles. Sin embargo, como lo expondré a continuación, actualmente nuestro código sustantivo contiene varias muestras de "delitos sin víctimas", concretamente el tráfico ilícito de drogas.

¿Qué bien jurídico protege el tráfico ilícito de drogas? De acuerdo al Capítulo III de nuestro Código Penal, el bien jurídico tutelado es la salud pública. Considero, por principio elemental del sentido común, que ello resulta insostenible por una simple razón: *las drogas no están destinadas al consumo masivo ni popular*, ergo, no es un bien como el pan o el azúcar que se encuentra disponible y está destinado a toda la colectividad. Luego, no es la salud pública la que se vulnera con la acción típica, sino la salud individual de quien consume la droga.

* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Op. Cit.*, p. 21.

Surge entonces una interrogante, cuya respuesta podría definir la razón de ser del Derecho Penal: ¿hasta dónde puede intervenir el Estado en el ejercicio del *ius puniendi*? Resulta claro que el Derecho Penal debe constituir la última herramienta (*ultimo ratio*) para proteger los bienes jurídicos, en defecto de otras ramas como el Derecho Civil, Administrativo, etc. Su intervención debe ser mínima y, consecuentemente, la creación de normas jurídicas debe estar supeditada a una hipótesis de "insuficiencia" de aquellos otros campos de la ciencia del Derecho.

Sin embargo, la penalización del consumo de drogas obedece a otros criterios que, de acuerdo a mi opinión, no interesan al Derecho Penal: me refiero concretamente a la *moral*, como lo he referido antes.

Ante la afirmación antes esbozada se podría decir, con justificada razón, que el Código Penal peruano, como lo dice expresamente la nomenclatura de la figura delictiva, sanciona el **tráfico** y no el **consumo**, más aún si se tiene en consideración que el artículo 299 del código sustantivo permite la posesión de droga para el consumo personal. Esta atinencia podría traer abajo la conclusión que he formulado en los párrafos precedentes. Sin embargo, ante la hipótesis que la finalidad del Código Penal sea efectivamente la penalización del tráfico ilícito de drogas, se pueden plantear las siguientes interrogantes:

- Si lo que se penaliza es el tráfico ilícito de drogas, ¿se entiende entonces que un tráfico **lícito** de drogas no constituiría delito? En tal predicamento cabe preguntarse, ¿existe tráfico **lícito** de drogas? La respuesta no aparece.
- Luego, ¿por qué se penaliza el tráfico? ¿En qué medida causa afectación la acción de traficar en sí? ¿O será que simplemente es una coincidencia de nombres, pues en verdad de lo que se trata es del reproche de una conducta inmoral de consumir? Considero que esto último es plenamente cierto.

Si entendemos que el término indica comercialización del producto, no concibo fundamento válido para la penalización de esta conducta, puesto que el tráfico en sí no causa afectación, sino en la medida que pone a un ser humano en condiciones de poder consumir la droga comercializada. De esta manera, vemos que llegamos siempre a lo mismo.

El tráfico podría ser dañoso cuando, por ejemplo, determinada mercadería ingrese al país evadiendo controles aduaneros (lo cual es aún discutible), pero de ninguna forma en la medida que ponga en el mercado un bien determinado. Concluyendo, en buen romance, el tráfico de las drogas es ilícito, en tanto y en cuanto su consumo no es aceptado.

Entonces, ¿cuál sería la razón para justificar esta penalización? Veamos lo que comenta al respecto la Exposición de Motivos del Código Penal de 1991:

"El tráfico ilícito de drogas, anteriormente comprendido en una ley especial, ahora es incluido dentro de los delitos contra la salud pública. Lo que se pretende proteger es, precisamente, la salud pública. Respecto de la legislación anterior, el Código, además de variación en cuanto a la penalidad de los tipos legales, precisa que la posesión de drogas para que sea delito, debe tener como finalidad el tráfico. Se establece, además, criterios para determinar si la droga poseída tiene como finalidad el consumo: correlación peso - dosis, pureza de la droga y aprehensión de la misma. También se reprime el favorecimiento al cultivo".¹

De la cita glosada, se puede colegir que la Exposición de Motivos lamentablemente no nos dice nada, pues simplemente se limita a sostener que lo que se pretende proteger es la salud pública sin señalar la razón para ello ni la forma perjudicial en que la conducta delictiva incide

¹ CÓDIGO PENAL, Gaceta Jurídica, 2004, Lima, p. 43.

sobre el bien jurídico tutelado. Siguiendo esta postura, se puede sostener que no existe motivo para la sanción. Más aún si revisamos las leyes penales anteriores al Código Penal, como el Decreto Ley 22095 y el Decreto Legislativo 122, podremos apreciar que tampoco justifican la razón de ser de esta penalización, aunque la primera de las nombradas acude a la inevitable confusión de términos que involucra la relación entre la salud pública y la salud individual.

Así, el Decreto Legislativo 122 del 12 de junio de 1981, en su parte pertinente, sostiene lo siguiente:

"Que es necesario definir con la mayor precisión posible las conductas ilícitas directamente relacionadas con los procesos de producción y comercialización de drogas, describiendo el tipo básico respectivo e indicando taxativamente sus eventuales circunstancias específicas que permitan la agravación o atenuación de la pena.

Que la promoción, organización, financiamiento o dirección de una banda, ya sea para producir o comercializar drogas, reviste mayor gravedad cuando el agente a la vez ha intervenido en la comisión de cualquiera de las conductas previstas en el tipo básico, por lo que en caso contrario debe integrar el comportamiento independiente una figura también autónoma, con sanción proporcionada a su relativa gravedad.

Que la ley no puede permanecer indiferente en su enfrentamiento con una forma de delincuencia que constantemente se organiza para asegurar el vil resultado de su ilícito accionar, por lo que, anticipándose el Estado en su función tutelar debe considerar como delito la asociación ilícita destinada a producir o comercializar con drogas y sancionar a sus integrantes por el solo hecho de pertenecer a la misma (...)"

A su vez, el Decreto Ley 22095 del 21 de febrero de 1978 precisó:

"Que la drogadicción, en conjunto, constituye un problema importante de Salud Pública, un peligro para la familia y una de las principales causas de estrago físico y mental del ser humano".

Lo dicho, carece de fundamentación válida.

Considero que, respetando la naturaleza de *ultima ratio* del Derecho Penal, el Estado no debe intervenir -ejerciendo su *ius puniendi*- en aquellas conductas que integran el ámbito de libertad del individuo, toda vez que se llegaría a limitar su voluntad para actuar de tal o cual forma; siempre que no perjudique a terceros. Entonces, no existe necesidad para esa penalización.

Si optamos por seguir una postura contraria, tendríamos que volver a penalizar otros consumos que siendo igual de perjudiciales, son "aceptados" por nuestra moral (basta observar los últimos accidentes de tránsito causados por el consumo de bebidas alcohólicas). Del mismo modo, tendríamos que sancionar otras conductas moralmente inaceptables como el adulterio, que ya no constituye delito pero que el Código Penal anterior sí lo consideraba como tal (ver artículo 212).

En suma, siguiendo la fundamentación antes expuesta y como sostiene el profesor nacional Gerardo Solís Visscher en un reciente trabajo sobre sanción (en sentido genérico) de la pornografía: "el desagrado de un individuo por el hecho que otro consuma pornografía no es motivo suficiente para prohibirle que lo haga, de la misma manera que el deseo de este último de ver al primero participando en una sesión fotográfica no es razón atendible para obligarlo a posar frente al lente fotográfico en tales circunstancias".⁴

⁴ SOLÍS VISSCHER, Gerardo, *Dejar mostrar, dejar mirar: fundamentando la pornografía desde el análisis económico*. En: *Revista de Economía y Derecho*, Sociedad de Economía y Derecho, 2004.

V. EXCEPCIONES

Como quiera que el consumo de drogas puede causar efectos nocivos indirectos a terceros (como también puede causarlo el consumo de alcohol) y no obstante la propuesta de despenalización que postulo, se requiere la observancia de los siguientes parámetros o límites que, obviamente, no pretenden ser taxativos:

- Los menores o incapaces:

Al ser personas que legalmente carecen de voluntad con efectos válidos, cualquier forma de inducción al consumo de drogas a menores o incapaces siempre debe ser punible (bien jurídico tutelado: la libertad individual).

- Actividades peligrosas:

Comprendiéndose entre éstas la conducción de vehículos motorizados, como lo estipula el artículo 274 del Código Penal (bien jurídico tutelado: la seguridad pública).

- Vulneración de la libertad individual:

Si el consumo de drogas es una actividad por excelencia voluntaria, cualquier afectación a esa libre decisión de la persona debe ser penada. Un ejemplo de ello lo encontramos en la coacción (bien jurídico tutelado: la libertad individual).

VI. REGULACIÓN ADMINISTRATIVA

La propuesta antes diseñada, sin perjuicio de las excepciones también anotadas, requiere de una amplia y expresa regulación administrativa que haga del consumo de drogas una actividad que no llegue al abuso y por lo tanto a la degradación del hombre (este criterio debe ser observado en paralelo a otros vicios de igual nocividad como el alcohol; claro está, en la medida de lo razonable, de acuerdo a la naturaleza del bien). Así por ejemplo, en los lugares autorizados de expendio de droga podría exigirse como condición para la venta una receta de un profesional que prescriba una dosis no incompatible, además de la indicada prohibición de venta a menores de edad o incapaces. Otras formas de regulación administrativa podrían ser los cumplimientos de sanidad, la procedencia lícita del producto (bajo regulaciones sanitarias en su producción y calidad, por ejemplo), entre otros puntos que viene al caso tratar.