

# Destipificación

## María Cruz Camacho Brindis

### INTRODUCCION

En este análisis se presentan algunas consideraciones sobre la materia de prohibición prevista en los tipos penales a través de la descripción de eventos antisociales, descripción que ha de hacerse con sumo cuidado si no quiere caerse en el juego absurdo de la arbitrariedad que convierte todo lo que toca en un verdadero caos para la justicia penal.

Cada vez se hace necesario un sistema penal cuyo contenido fundamental responda a las exigencias de seguridad jurídica y social propias de una sociedad inmersa en los acelerados cambios económicos, políticos, sociales, del presente, convirtiéndola en compleja, diversa y con soluciones, a veces, a muy largo plazo.

Cuestionar el contenido de la norma jurídico penal es un buen camino para destipificar aquellas conductas que, sin tener un desvalor social, están presentes

en un código punitivo y es conveniente excluirlas de él. Esto se hace necesario ante la existencia exagerada de leyes que regulan constantemente la vida de los miembros de una colectividad y que, en ocasiones, al no responder a las necesidades sociales, crean problemas ineludibles.

En el marco de estas reflexiones se plantean algunos tipos legales previstos en el Código Penal para el Distrito Federal y el sistema de cláusulas abiertas que presenta nuestra legislación en las figuras culposas, proponiéndose algunas modificaciones para reducir su presencia en el ordenamiento punitivo.

I

La norma penal a través del tipo legal cumple una función de fundamento y de garantía pues sus disposiciones, que encierran los ataques más graves para

la sociedad, deben referirse exclusivamente a la descripción de aquellas conductas que merezcan una punibilidad y que, además, resuelvan los más variados problemas que se suscitan en el acontecer diario.

Esta labor ha quedado confiada al legislador, quien ha de ser el fiel observador de la realidad, desentrañando el complejo nudo social, considerando, en forma previa, la antisocialidad manifiesta en la lesión o puesta en peligro de intereses sociales que deban protegerse penalmente, dejando a un lado aquellos comportamientos cuyas consecuencias y soluciones bien pueden trasladarse al ámbito administrativo y social. Allí donde existan otros mecanismos menos severos para conservar la armonía del grupo, hay que hacer uso de ellos.

Si la norma recoge antisocialidad, es necesario adentrarnos en lo que este concepto encierra, pues él nos da el contenido y límite de la represión penal. Antisocial lo es, una conducta, ya sea dolosa o culposa, que afecta sin necesidad intereses que en la sociedad cumplen la función de bienes jurídicos indispensables para la convivencia, siendo esto último, el límite tolerable para que el grupo humano subsista. <sup>(1)</sup>

Ir más allá de los límites que impone este concepto implica un uso excesivo del poder de castigar por la presencia innecesaria de normas que siendo legales, por ser el resultado de un proceso legislativo, son ilegítimas por no responder a la necesidad social que emerge de una realidad dada y que es inherente al conjunto social. Esto daría la impresión equivocada de que el objetivo de las creaciones legislativas es acercar el mayor número de sujetos al sistema de reacciones penales, lo cual es inadmisibles y contrario a un sistema de justicia liberal y democrático.

1. Al respecto se puede consultar: Ramírez, Elpidio, "Fuentes Reales de las Normas Penales", REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA, Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia del D.F. Instituto Nacional de Ciencias Penales, No. 1. Vol. 1. Enero - Marzo, 1983, México, p. 27.

Legítima lo es la norma que se crea en beneficio de la comunidad, cuando el evento descrito no ha podido ser reducido con medidas de prevención no penal, porque éstas no han sido, a pesar de ser adecuadas, un medio de control social sobre una determinada clase de antisocialidad. En otros términos, la actividad del Estado debe ser racional, asegurando los presupuestos necesarios, económicos y socioculturales para que





cada quien cumpla una vida digna y crear la norma sólo cuando, a pesar de la instrumentación de los presupuestos no represivos, la antisocialidad persiste. Lo anterior conduce a afirmar que, son ilegítimas las prohibiciones huecas que, de manera irracional, no progresiva, irrumpen en el ordenamiento penal pretendiendo aniquilar los inevitables problemas sociales y erigiéndose falsamente en solución, que tan sólo resulta inútil y tardía. De la misma manera, es arbitrario el otorgar a conductas no graves, consecuencias penales que sí son graves y que bien podría asignárseles reacciones estatales no represivas.

En los códigos punitivos se contemplan algunas conductas que resultan innecesarias por no causar daño alguno y que, ilegítimamente el legislador ha previsto en los tipos legales, ya que sin son delito o no, depende de la antisocialidad, de una política criminal y de una adecuada técnica legislativa, teniendo presente que el derecho penal es el último recurso que no debe usarse para todos los casos y que, cuando se usa es porque se enfrenta de manera adecuada la antisocialidad.

Resultaría cómodo incluir en el código penal toda clase de conductas y duplicar la punibilidad, tal proceder tendría legalidad pero no estaría justificado socialmente, al mismo tiempo que se implantaría un verdadero terror estatal. Por ello los actos que el Estado lleve a cabo, a través del correspondiente *ius puniendi*, al crear, aplicar y ejecutar el derecho penal, tienen que ver con su carácter subsidiario antes de llegar al ámbito represivo.

Debe reflexionarse en una solución distinta por el efecto de la sanción penal en la vida del sujeto, que no sólo lo priva de situaciones cotidianas de la vida en libertad, sino que sus efectos continúan por el estigma que se le impone socialmente: "...las normas penales, por la gravedad de las penas que prevén, deben crearse sólo cuando sea

necesario para asegurar las condiciones que hagan posible la convivencia social".<sup>(2)</sup>

## II

El derecho penal no remedia todos los males sociales, no todo se alivia sólo con el derecho y cuando éste falla deben buscarse otras soluciones. La destipificación puede ser idónea en el logro de este objetivo ya que conduce a una alternativa distinta de la conminación penal.

La destipificación es un "proceso por el cual ciertos comportamientos que el legislador había clasificado como crímenes en un momento dado son eliminados de dicha categoría. En otros términos, descriminalizar es hacer perder a una infracción su carácter criminal".<sup>(3)</sup>

Es un cuestionamiento a la imagen incorrecta que de la realidad social tiene el legislador plasmada en los códigos penales. Es la propuesta de un sistema penal que se comunica con la política criminal y toma de ella una solución a los eventos, al tiempo que establece contacto con la realidad en donde la mejor política criminal es la política social.

De lo anterior se desprende que no deben tipificarse las simples conductas desviadas como el alcoholismo, el consumo de estupefacientes, la prostitución. Y no deben tipificarse, no porque se piense que con ello van a desaparecer, sino porque requieren más de reacciones preventivas y curativas que de conminaciones penales

2. *De la Barreda Solórzano, Luis, IUS PUNIENDIETIUS POENALE, Trabajo de Ingreso a la Academia Mexicana de Ciencias Penales, Universidad Autónoma Metropolitana - Azcapotzalco. División de Ciencias Sociales y Humanidades, Departamento de Derecho, 1a. Edición, 1981, México, p. 57.*
3. *Rico, José M., LAS SANCIONES PENALES Y LA POLITICA CRIMINOLOGICA CONTEMPORANEA, Siglo XXI, 2da. Edición, México, p. 131.*

que causan más daño. Por ejemplo, una solución inadecuada al problema del alcoholismo y de la drogadicción es la que presenta el legislador en el art. 171 fracción II del Código Penal para el Distrito Federal, al establecer, además de la sanción que corresponda a los daños causados a las personas o a las cosas con motivo del tránsito de vehículos, privación de libertad hasta por seis meses si estos daños se causan en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas. Ante esto puede decirse que es justo sancionar penalmente al que causa daño a una persona, lesionándola o privándola de la vida, lo injusto es que al estado de ebriedad y al de drogadicción corresponda una punibilidad, puesto que son comportamientos que no deben agravar una conducta, sino todo lo contrario, pertenecer a una política social tendiente a controlarlos ya que la penalización de estos comportamientos no es idónea para disminuirlos.

De igual forma, el legislador no está legitimado para tipificar conductas sólo por su inmoralidad cuando no lesionan bien jurídico alguno en la convivencia en grupo. El Estado no tiene derecho de intervenir moralmente en la vida de personas adultas a través de la conminación penal. Por ejemplo, a pesar de que existe la norma jurídica del adulterio se observa que su acción en el grupo social es nula. Es un hecho que a la vida privada del sujeto pertenece este comportamiento y que el derecho penal no debe incluir el modo de vida de los miembros del grupo social, sino los daños graves que pueden cometer, es por eso que la solución a estas situaciones debe trasladarse al ámbito del derecho civil por no existir razón para reaccionar penalmente.

Respecto al aborto, motivo de puntos de vista opuestos (filosóficos, religiosos, demográficos), debe cuestionarse por ser un hecho social que, debido a la clandestinidad con que se lleva a cabo; es causa de graves consecuencias para la vida de la mujer, más necesitada de una solución no represiva, que de la reacción penal.

En verdad que al examinar los tipos y las punibilidades

se observa que, en ocasiones, no responden, a lo que se observa diariamente y que algunas conductas no lesivas de bienes jurídicos, en vez de resolverse con fórmulas no represivas, se les ha asignado la decisión fría, lejana y no siempre justa de la sanción penal.

Así, privar de su libertad al extranjero expulsado de la República que vuelva a ella y después de hacer efectiva la sanción, expulsarlo nuevamente (art. 156 C.p. D.F.), resulta fuera de lugar al no existir ni lesión, ni puesta en peligro de bienes jurídicos vitales. Bastaría con la simple expulsión al momento en que se detecta su presencia, sin colocar la pena privativa de libertad como requisito de la nueva expulsión. Sólo así se defiende el carácter subsidiario del derecho penal.

Es inaceptable aplicar prisión al sentenciado a confinamiento que salga del lugar que se le haya fijado para lugar de su residencia antes de extinguir tal confinamiento (Art. 157 C.P. D.F.). Abandonar un lugar de residencia legalmente señalado no implica perjuicio social alguno, como tampoco es adecuado imponer prisión a aquel que viole la prohibición de ir a determinado lugar o residir en él (Art. 158 fracción II C.P. D.F.). Si el sujeto al estar fuera del lugar ordenado o dentro del lugar prohibido, realiza una conducta grave, nociva socialmente, sí habrá motivo para sancionarle.

En el Código Penal (Art. 158 fracción I) se observa un exceso de potestad punitiva estatal a prever pena de prisión para el reo sometido a la vigilancia de la policía que no ministre a ésta los informes que se le pidan sobre su conducta. El sujeto queda a expensas de la policía, es la extorsión legalizada, es la persona sujeta a la vigilancia que si se niega a informar, la situación se torna en privación de libertad. Se permite la extorsión y se le protege castigando al que se le resista.



Y que decir del reo suspenso en su profesión u oficio que, por más de una vez, quebrante su condena (Art. 159 C.P. D.F.). Si es la primera vez, tendrá que pagar una multa mínima (de veinte a mil pesos), pero si es reincidente se contempla la privación de libertad. Nada sería más oportuno que trasladar el tratamiento de esta conducta a una rama del derecho distinta de la penal.

También se prevé privación de libertad para el simple hecho de romper o separar alambre, alguna de las piezas de máquinas, aparatos transformadores, postes o aisladores empleados en el servicio telegráfico, telefónico o de fuerza motriz (Art. 167 fracción II C.P. D.F.). Lo indicado podría ser desaparecer la privación de libertad y dejar subsistente, por ejemplo, trabajo en beneficio de la comunidad.

En otro aspecto, no se asegura a la sociedad con la privación de libertad que contempla el legislador para quien viole dos o más veces los reglamentos de tránsito y circulación de vehículos, en lo que se refiere a exceso de velocidad (Art. 171 fracción I C.P. D.F.). Bastaría con dejar subsistente el retiro, temporal o definitivo, de la licencia de manejador a quien realice esta conducta, posibilidad, prevista ya en el texto legal, que debería existir en forma exclusiva.

En el art. 257 C.P. D.F., se sancionan los juegos prohibidos y se les ubica dentro de los tipos que afectan la economía pública. Sin embargo en esta ubicación no se percibe en qué puede afectarle. Al respecto Jiménez Huerta indica: "máxime cuando los estados modernos toman esta actividad como una de las bases de sus impuestos y como uno de los más fecundos métodos de fomentar el turismo extranjero y, por ende la captación de divisas".<sup>(4)</sup>

En fin, estas figuras típicas constituyen tan sólo algunos ejemplos que podrían considerarse en el proceso de destipificación.

En el Código Penal para el Distrito Federal el art. 8 fracción II y al art. 60, por estar ubicados en la parte general determinan que la culpa sea considerada como una regla general aplicable a todas y cada una de las figuras contenidas en la parte especial del mismo código. Es por eso que todos los eventos antisociales pueden ser realizados no sólo en forma dolosa, sino también en forma culposa y en consecuencia tener punibilidad.

Se ha llegado a afirmar que las conductas culposas aumentan considerablemente, al grado de tener una frecuencia mayor que la de las dolosas, lo cual denota la importancia de estos comportamientos. "Las conductas culposas pueden llegar a ser más alarmantes, pues, los

4. Jiménez Huerta, Mariano, *DERECHO PENAL MEXICANO*, Tomo V, Editorial Porrúa, México, 1983, p. 282.

daños que causan son generalmente más elevados que los ocasionados por las conductas dolosas, esto lo podemos ver claramente en los perjuicios que resultan con motivo del tránsito de vehículos. Muertes, lesiones corporales, pérdidas materiales corroboran esta afirmación".<sup>(5)</sup>

La culpa se sanciona con prisión de tres días a cinco años. Al legislador no le interesa la clase de bien tutelado. Da igual que se trate de una vida o del. daño que se cause a un automóvil. Por esta situación a la que conduce nuestro código es necesario preguntarse si todas las conductas culposas merecen punibilidad.

Es claro que si estamos ante comportamientos culposos que social y culturalmente son tolerables, el camino para su solución no puede ser el represivo. Y es esta la razón por la cual debe revisarse y reestructurarse el ámbito de la culpa. Esta reelaboración es legislativa y consistirá en restringir su esfera de acción a las conductas consideradas más graves socialmente hablando.

En virtud de que nuestra legislación sigue un sistema de *numerus apertus* o cláusulas abiertas (una regla en la parte general que indica que todos los delitos, además de dolosos, pueden ser culposos), resulta que el sujeto descuidado que al salir de una fiesta toma equivocadamente un paraguas que no es el suyo, debe ser sancionado con la privación de su libertad; o bien, los accidentes de tránsito, en que tan sólo se causan daños a la propiedad, también deben ser sancionados. En tales casos resulta absurdo plantear el castigo y resulta adecuado instrumentar un mecanismo más suave y menos enérgico.

Sistema que por otra parte choca con algunas descripciones típicas, pues éstas por su propia naturaleza, no admiten la culpa. Así, quien injurie, estará siempre cometiendo una conducta dolosa, ya que el legislador exige "el ánimo de ofender y desprestigiar a otro". Lo mismo sucede con los atentados al pudor que sólo admiten el dolo para llevarse a cabo.

En fin, resulta injusto plantear la culpa para todas las conductas. Recurrir al castigo sin más a pesar de la misión del Derecho Penal de proteger bienes importantes. Castigar robos culposos, daños en propiedad ajena culposos, injurias culposas, amenazas culposas, es una solución que no comulga con la idea de beneficio contenida en el art. 39 Constitucional. No se actúa en beneficio del destinatario de una norma penal cuando no se emplea ésta como el último recurso,

A la inadecuada solución que presenta nuestro Código, se presenta como opción aceptable el sistema de *numerus clausus* que consiste en cerrar las posibilidades de culpa. La culpa se establece en la parte especial del código para

un reducido número de tipos. Los demás tipos serán dolosos<sup>(6)</sup>

El innegable valor de la vida humana fundamenta la admisión de la culpa exclusivamente para Homicidio y Lesiones graves. La culpa se restringe dependiendo de la clase de bien jurídico. Toda conducta que destruya la vida o que cause un daño físico al ser humano, merece ser castigada, aun cuando haya sido en forma culposa.

Los demás comportamientos culposos deben ser enfrentados con otros medios no represivos.

Colocar al Derecho Penal al principio es tan sólo una excusa para prescindir de otros remedios menos radicales, por ello debe existir la fuerte convicción de implementar nuevos mecanismos inmersos en una política criminal que enfrenten la antisocialidad y que aseguren la presencia de la norma penal sólo cuando sea necesaria.

6. Al respecto puede verse: Islas de González Mariscal, Olga, "Contenido de las Normas Penales" en REVISTA MEXICANA DE JUSTICIA, Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, No. 1, vol. 1, Enero-Marzo, 1983, México, p. 73.



5. Al respecto puede verse: Rico, José M. CRIMEN Y JUSTICIA EN AMERICA LATINA, Siglo XXI, México, 1981, o. 183 y 184.