

TIPIFICACIÓN Y DESTIPIFICACIÓN

LUÍS FERNÁNDEZ DOBLADO

En el presente trabajo habremos de referirnos, como su título lo indica, a la importantísima labor consistente en la creación de los tipos penales, esto es, a la materia de la prohibición de las disposiciones penales, según expresión feliz de Welzel; la descripción objetiva y material de la conducta prohibida, que ha de realizarse con especial cuidado en el derecho penal. Al mismo tiempo, en su aspecto inverso o negativo, las condiciones, imperativos o circunstancias que obligan a despenalizar ciertas conductas por carecer de desvalor social o bien, porque sea aconsejable erradicarlas del ámbito punitivo.

Lo anterior amerita que hagamos breves reflexiones de carácter general sobre el problema de la tipicidad y del tipo, y recordemos que el tipo, desde su primitiva concepción como *tatbestand legal*, fue elevado a la categoría de concepto troncal jurídico-penal, según la propia expresión de Beling, pues a su influencia no escapan las formas de aparición, o formas ampliadas de adecuación típica como la tentativa y la complicidad, que no podrían explicarse sin la necesaria referencia al *tatbestand legal*, el que en general domina dentro de su órbita a todos los conceptos jurídico-penales.

Ya en la panorámica actual del derecho punitivo y como resultado y resumen de las interesantes disquisiciones sobre la tipicidad, los juspenalistas continúan asignando descollante papel a este elemento del delito, habida cuenta de la función que sigue representando como pilar y soporte de todo derecho penal liberal; el apotegma elocuente de que “no hay delito sin tipicidad” y de que ello representa la más segura guía de la misión garantizadora del derecho penal para la libertad y seguridad de los individuos, pues en su función exhaustiva y concretizadora del injusto penal, la tipicidad impide que el derecho punitivo naufrague en la incertidumbre y que sus disposiciones, que como advierte Mezger, llevan en sí por definición los ataques más sensibles y profundos en el patrimonio, en la libertad, el honor y en la vida misma de los ciudadanos, conduzcan a la inseguridad jurídica y a la arbitrariedad.

Pero ya no en el plano jurídico-político, sino en el que estrictamente corresponde a la elaboración científica del derecho sancionador, la tipicidad representa una singular importancia en la teoría jurídica del delito, no sólo en su aspecto estático, como descripción agotadora y exhaustiva de las conductas humanas que ameritan ser declaradas punibles por el legislador, sino en su aspecto dinámico y funcional, esto es, cuando resuelve los más variados problemas que surgen del ajustamiento o vinculación de la vida humana en su acontecer histórico con el modelo legislativo, y a esto debe agregarse, como en forma irrefutable lo han puesto de relieve los más insignes penalistas mexicanos y extranjeros, que la teoría del tipo despliega en el derecho penal una función muy diferente a la que le corresponde en otras ramas del derecho, donde el tipo no aparece ciertamente con ese carácter exhaustivo y delimitador de la antijuricidad con exclusión de lo que no aparezca precisamente ahí demarcado, como sí acontece en las normas punitivas.

Ahora bien, ¿en virtud de qué proceso surgen los tipos penales? En respuesta, deberemos indagar cómo es que se gestan los tipos, en un sistema jurídico como el nuestro de tipicidad legal y no judicial en el que es facultad reservada exclusivamente al legislador, la creación, modificación y abolición de los tipos penales.

Pues bien, es sabido y debido que el legislador al describir las conductas que deban ser sancionadas con una pena (tipificación) necesariamente ha considerado en forma previa, su desvalor ético-jurídico derivado de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos penalmente tutelados; pues como acierta Zaffaroni,

cuando el legislador se encuentra frente a un ente es porque lo valora, su valoración del ente se traduce en una norma, que eleva el ente a la categoría de bien jurídico. Cuando a ese bien jurídico le quiere dar una tutela penal en base a la norma elabora un tipo penal y el bien jurídico pasa a ser penalmente tutelado.

Esto es, con los tipos penales, el legislador quiere con la reforzada sanción de la pena, brindar mayor protección a los intereses jurídicos, o darla donde los medios protectores de otros sectores del derecho: privado o público no basten; de ahí que se destaque el carácter secundario o subsidiario del derecho penal y la afirmación hoy incontrvertida de que la pena debe ser el último recurso o extremo a que debe llegarse en la tutela de los bienes jurídicos.

Si se le utiliza —escribe Roxin— donde basten otros procedimientos

más suaves para preservar o reinstaurar el orden jurídico, le falta la legitimación de la necesidad social y la paz jurídica se ve perturbada por la presencia de un ejército de personas con antecedentes penales, en mayor medida que lo que pueda ser fomentada por la conminación penal.

Ahora bien, si colegimos de lo anterior, que en la entraña de los tipos de delito se encuentra siempre el bien jurídico como objeto de protección y que los bienes que reciben protección y amparo del derecho penal son oriundos de previas valoraciones hechas por el legislador, ello, en sí, no nos es suficiente todavía para entender y legitimar el proceso formativo de los tipos penales, pues estaríamos manejando aún conceptos un tanto vacíos y formales sobre los bienes jurídicos, como estructuras aptas para recibir cualquier contenido material.

Si los tipos penales concretan y acotan antijuricidad, es preciso buscar el núcleo material de lo injusto de cada delito y trabajar con un concepto de bien jurídico como concepto material y por lo tanto con contenido, y es aquí donde entramos al verdadero meollo de la cuestión ya que ello implica ni más ni menos el realizar una indagación sobre el verdadero límite de la pena estatal, pues inquirir sobre qué puede prohibir bajo pena el legislador a los miembros del ente social implicar tratar de deslindar y fijar las fronteras mismas de la represión penal: ni pensar que las leyes represivas sean una panacea universal apta para remediar todos los males sociales y provocar así una verdadera "inflación penal", ni en el otro extremo, dejar de penalizar nuevas y graves formas de atacar o atentar contra los bienes jurídicos de superior jerarquía, sin cuya preservación, la vida comunitaria se tornaría imposible.

Cuales sean los bienes, que como estados, condiciones o funciones socialmente valiosos deban ser asegurados por el derecho y cuales los modos de ataque contra ellos que ameriten ser penalizados. He ahí la inquietante cuestión y el norte y brújula que debiera guiar al legislador en una certera función de plasmar los tipos penales.

El abuso del derecho de penar, el exceso y el desbordamiento de las facultades represivas estatales, han sido motivo de viva inquietud y protesta en los últimos tiempos. La penalización de simples conductas inmorales que no salen del ámbito de la ética individual y no lesivas a la sociedad; de los hábitos, que fueron cada vez en aumento en el consumo de estupefacientes por parte de los jóvenes, de la manifestación de ideas políticas en oposición a un régimen en el poder; de

las invasiones masivas de inmuebles en demanda de tierra laborable y de morada; la penalización de las llamadas “nimiedades o insignificancias” y de hechos que carecen de nocividad social; de los delitos en que no hay víctima y, en fin, la ilegítima tendencia bien señalada por Muñoz Conde, de elevar a la categoría de bien jurídico, es decir, de valor respetable y que hay que respetar, a determinadas ventajas o intereses en beneficio de unos pocos y en perjuicio de la mayoría reaccionándose así contra todo lo que signifique progreso y buscando conservar a toda costa la actual situación en defensa de minorías dominantes.

Se protesta así justificadamente contra toda manipulación de la norma penal, que la hace perder su verdadera función motivadora y su fuerza de convicción y se le sustituye por mandatos huecos que carecen de eco y de fuerza receptiva para los ciudadanos y en general para los destinatarios de las conminaciones penales.

En el fondo, varias de estas actitudes que desbordan las fronteras de una razonable, justificada y útil represión penal, representan, como atinadamente nos dice Claus Roxin, ilustre maestro de la Universidad de Munich, una “huida al derecho penal”:

La huida al derecho penal significa sólo una evasión de la sociedad de sus tareas de configuración político-sociales. El deber de la ciencia del derecho penal es también poner de relieve esto y delimitar a través de la autocrítica las posibilidades de eficacia.

“La pena en estos casos, señala Muñoz Conde, al mismo tiempo que se considera como única respuesta posible a estos fenómenos, inevitables, sirve también para ocultar las verdaderas causas que las producen” y, añadimos nosotros, se accede a ella para intentar el control inútil, imposible y tardío de fenómenos sociales detonantes, originados por la sobrepoblación y excesiva concentración urbana y a veces por el manejo de poco adecuadas políticas económicas y sociales que aumentan la marginación o marginalización social. Piénsese en la invasión masiva de inmuebles de todo tipo, ante una política de vivienda popular, agraria, etcétera, que se ve rebasada por la excesiva y explosiva demanda.

Por otra parte, y para los que exigen la represión sin contemplaciones frente al aumento del consumo de estupefacientes entre los jóvenes, no parece inquietarles para nada la causa a que obedece este fenómeno, causa, según Gimbernat, representada en “una sociedad materialista, insolidaria, enajenante y frustradora que han creado precisamente los que abogan por la punición de esta conducta; esa sociedad de las que otros más jóvenes tratan de evadirse de alguna manera”.

El mecanismo psicológico que en todos ellos se está operando es evidente: las insuficiencias de un determinado sistema social llevan a una minoría de los aún no plenamente integrados —a los jóvenes— a la evasión, y la mayoría —frustrada también por esa sociedad, pero integrada ya en ella— criminaliza a la minoría que, con esa actitud, está denunciando a gritos esa insuficiencia.

En fin, retomando la problemática sobre los límites de la pena estatal, diremos que: las fronteras de la represión penal deben ser fijadas en función de la evolución sociocultural de la colectividad y cuando el derecho punitivo en su recurso de detención o reclusión falla como medio de control social de un problema, debe optarse por otras formas o variantes de control. La destipificación y la depenalización pueden conducir en lugar de la reclusión, a la aplicación de sanciones económicas y a la reparación o indemnización a la víctima del delito; a la rehabilitación en libertad, etcétera.

Pero, como cuestión precedente, apuntada ya en líneas arriba, deberemos buscar aquel injusto material (bienes jurídicos y modos de ataque) que sí debe quedar encuadrado en las normas penales, esto es, debemos precisar cuáles sean los comportamientos humanos que sí ameritan entrar en el dominio del derecho penal.

Al respecto, la doctrina más reciente y seria acota que en cada situación histórica y social de un grupo humano, los presupuestos necesarios e imprescindibles para una existencia en común se concretan en una serie de condiciones o estados valiosos, de los que, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la libertad de actuación, la propiedad, en sentido funcional, etcétera, son bienes jurídicos de primordial jerarquía y que el derecho penal tiene que asegurar esos bienes jurídicos penando su lesión en determinadas condiciones.

Si intentamos acertar con un hilo rector, un concepto, que sea obligatorio para la sanción o creación de nuevos tipos penales, ciertamente podríamos hallarlo en el sistema jurídico general del que un derecho sancionador penal forme parte y en atención al carácter subsidiario de este último.

Estas decisiones valorativas, obligatorias y preexistentes, creemos que están básicamente contenidas en nuestra Constitución Política. En un Estado de derecho, como el nuestro, las vinculaciones jurídico-constitucionales plasman los ideales valorativos de nuestro ser nacional, en lo individual y en lo social, y por ello una norma penal mexicana sólo se justifica cuando ella es necesaria para la protección y seguridad de las condiciones de vida de una sociedad como la nuestra, estructurada sobre

la base de la libertad de la persona (libertad personal y política de los ciudadanos), ajena a coacciones o máximas de conducta en lo religioso o moral. La tarea del Estado no es la realización de fines divinos o trascendentales, sino la creación y aseguramiento de los presupuestos necesarios: económicos y socioculturales, para una vida en común próspera y justa de ciudadanos libres y responsables que puedan desarrollar su personalidad y cumplir una existencia humana digna.

Desde este punto de vista y partiendo de las decisiones valorativas contenidas en nuestra Constitución, la tarea del derecho penal consistirá en proteger las funciones sociales y los mecanismos eficaces requeridos para el mantenimiento de la sociedad frente a los daños y perturbaciones que pudieran afectarlos.

Por otra parte, la adaptación de la justicia a las transformaciones sociales tan rápidas de los tiempos presentes, requiere tipificar nuevos delitos, tales como la simple exposición a peligro; los atentados en la esfera íntima de los ciudadanos; la protección a la propiedad social y a las nuevas formas de organización y producción agropecuaria; las nuevas formas de terrorismo y violencia y las de corrupción y tráfico de influencias de funcionarios públicos; la protección penal del medio ambiente, etcétera.

En consecuencia, los comportamientos que carecen del carácter de perturbadores de aquellas funciones sociales a que nos referíamos; los que están desprovistos de *nocividad social* (conductas socialmente no dañosas); o las conductas, para las que bastan como medios de control otros procedimientos más suaves, menos drásticos y enérgicos que las reacciones penales; o bien los comportamientos, aún dañosos, que desbordan la norma penal y para las que ésta resulta ineficaz, pues constituyen fenómenos que deben ser atacados y atendidos en sus causas por el Estado y la sociedad en sus tareas de configuración político-social (políticas, económicas y sociales que, buscando la justicia conmutativa y distributiva en un marco de productividad, combaten la marginalización social).

También deben ser irradiados del derecho penal los llamados “delitos sin víctima”, o sea meras conductas desviadas; simples conductas inmorales; el consumo del alcohol y de estupefacientes, más necesitados estos últimos de reacciones preventivas y curativas, que de carácter represivo, pues éstas por un lado impiden la aplicación de aquéllas y por otro aumentan el problema, al inducir a muchos desviados a cometer nuevos delitos.

Pues bien, todos estos comportamientos deben ser erradicados del

TIPIFICACIÓN Y DESTIPIFICACIÓN

163

derecho penal, cuyas normas sólo deben proteger valores individuales y sociales fundamentales para la convivencia.

CONCLUSIONES

Primera. En su labor de tipificar como delitos determinados comportamientos humanos, el legislador debe considerar, por una parte, que las leyes represivas no son una panacea universal apta para remediar todos los males sociales ni, en el otro extremo, dejar de penalizar nuevas y graves formas de atentar contra los bienes jurídicos de superior jerarquía, indispensables para la coexistencia.

Segunda. Los tipos penales sólo pueden proteger estados, condiciones o funciones socialmente valiosos, necesarios e imprescindibles para una existencia en común. Ahora bien: estas decisiones valorativas, obligatorias y preexistentes, debemos buscarlas en las normas de nuestra Constitución Política, en donde se plasman los ideales valorativos de nuestro ser nacional, en lo individual y en lo social.

Tercera. La adaptación de la justicia a las transformaciones sociales rápidas de la época presente, amerita tipificar nuevas formas de ataque a dichos bienes jurídicos, tales como la simple exposición al peligro de aquéllos, los atentados en la esfera íntima de los ciudadanos (verbigracia, espionaje e intervención telefónica); la protección a la propiedad social y a las nuevas formas de organización y protección agropecuaria; las nuevas formas de terrorismo y violencia; las nuevas modalidades de corrupción y tráfico de influencias de funcionarios públicos; la protección penal del medio ambiente, etcétera.

Cuarta. Deben quedar fuera del ámbito del derecho penal (no tipificarse o destipificarse) las conductas que en lo general carecen de nocividad social; aquéllas para las que bastan como medio de control otros procedimientos más suaves, menos drásticos y enérgicos que las reacciones penales (sanciones económicas, reparación o indemnización a la víctima del delito, etcétera); los comportamientos, aún dañosos, que desbordan la norma penal y para los que ésta resulta ineficaz, pues constituyen fenómenos sociales que deben ser atendidos y encauzados por el Estado, dentro de sus tareas de configuración político-social (invasiones masivas de inmuebles, etcétera); también deben ser erradicados del derecho penal los llamados "delitos sin víctima", o sea meras conductas desvia-

das, simples conductas inmorales, el consumismo de estupefacientes, etcétera, más necesitados de reacciones preventivas y curativas que de carácter represivo.

Igualmente debe abolirse la práctica viciosa de rodear cuanta ley se expide en las más diversificadas materias, del llamado “cinturón penal”; pues esta práctica, aparte de producir una tremenda y no siempre justificada inflación penal, produce por otra parte la dispersión exagerada de las disposiciones penales.