

Descriminalización y despenalización (Para iniciar un debate)

Agustín Pérez Carrillo*

1. Introducción

En un ambiente de conflicto social en el cuales lesiona a personas, grupos y a veces a pueblos enteros, una forma de demostrar la intención de solucionar el conflicto es atacando las causas que lo originan y enfrentando los síntomas costosos que usualmente se le asocian. Se pueden iniciar estas tareas con acciones que tiendan a sanear el ambiente por medio de intervenciones constructivas de parte de las autoridades estatales y la cooperación de los integrantes de la sociedad civil. Existen algunas condiciones objetivas para que las autoridades tengan la posibilidad de realizar ese tipo de intervenciones: a). La necesidad de promover y preservar la legitimidad para lograr una influencia efectiva; b). La toma de decisiones tienen que identificar y satisfacer las necesidades humanas básicas en todos los niveles de interacción; c). La identificación y satisfacción de las necesidades requiere descentralización de decisiones y la aportación de medios para influir en las decisiones de otros niveles; d). Se deben proporcionar satisfactores a las necesidades básicas respecto de las cuales los individuos no pueden asumir responsabilidades, por ejemplo, educación y salud, de tal suerte que se asegure su satisfacción general; e). El establecimiento de instituciones para la solución de problemas en todos los niveles de interacción es un respaldo necesario en todas las sociedades y f). Las intervenciones extranjeras deben estar sujetas a la misma clase de obligaciones y restricciones.¹

La empresa tendiente a la solución de conflictos sociales requiere de análisis interdisciplinarios, y transdisciplinarios, pues sólo así se comprende la complejidad de la situación especial; debe ser constante y quienes se comprometen en ella han de ser conscientes de que el logro de objetivos es resultado de procesos que se desarrollan a mediano y largo plazo.

Partiré de una situación, un propósito y un enfoque en este ensayo; la situación es la existencia de una legislación penal representada por un Código, el propósito es enfrentar el análisis de desregulación penal vía descriminalización y despenalización y el enfoque será principalmente filosófico y teórico. No se trata de una investigación de campo, pero sí considero la existencia de un conflicto social y la información cotidiana acerca de la comisión de delitos, persecución delictiva, procesos penales, operativos, retenes, detenciones arbitrarias, militarización en ciertas zonas y excusas, negaciones, pretextos, desatenciones y racionalizaciones de las autoridades estatales y asesores y aumento de la delincuencia e inseguridad pública, etc. Tengo presente los costos que produce una política eminentemente correctiva y la falta de una política preventiva en serio, costos referidos al sostenimiento de las organizaciones persecutorias de los delitos, judicial y de aplicación de las penas, la construcción de reclusorios y la inversión en programas de readaptación, así como las consecuencias costosas que producen: deshonestidad y corrupción. A estas alturas del siglo y a

* Profesor del Departamento de Derecho, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco.

1. BURTON. John, *Conflict: Resolution and Provention*, The Macmillan Press Ltd., London, 1990, p. 168.

2. JANTSCH, Erich, "Hacia la interdisciplinariedad y la transdisciplinariedad en la enseñanza y la innovación" en *Interdisciplinariedad. Problemas de la enseñanza y de la investigación en las universidades*. ANUIES. México. 1975.

Punto de entrar al siguiente milenio parece que la situación de desorden es lo suficiente objetiva y de alto riesgo para no tomarla en consideración.³

Uno de los medios adecuados para lograr los objetivos de enfrentar los conflictos sociales es el proceso legislativo practicado razonablemente y con la intención indudable de iniciar el saneamiento del ambiente social.

2. Sobre los criterios utilizados en la desregulación penal

El número y la variedad de criterios para justificar la descriminalización o despenalización de ciertos tipos penales son lo que usualmente mencionan los filósofos, científicos, miembros de las comunidades sociales y de asociaciones políticas y ciudadanos de la sociedad civil cuando expresan opiniones críticas en relación con la legislación penal de los Estados en los cuales se estima existe una legislación penal deficiente por inflacionaria e hipertrófica. En dichas apreciaciones subyace el juicio de que las conductas tipificadas como delitos no merecen reproche penal.

Ante el elevado número y diversidad de criterios para justificar una actitud de descriminalizar o despenalizar es recomendable metodológicamente intentar una clasificación de ellos. Considero para este propósito la referencia a los siguientes universos de discurso: filosofía del derecho, teoría penal, derecho constitucional en especial la parte relativa a los derechos humanos, reclamos fundados sobre el establecimiento legal y progreso de derechos humanos y sistema de la legislación penal. Intentaré

3. BALANDIER, Georges, *El desorden. La teoría del caos y las ciencias sociales. Elogio de la fecundidad del movimiento*, trad. Beatriz LÓPEZ, Editorial Gedisa, S. A., España, 1988. *La teoría del caos presenta algunos ejemplos que son motivos para su configuración y verificación, como son la enfermedad, la pobreza, la violencia, los avances tecnológicos, la supresión de clases y la velocidad del tiempo. Balandier resalta lo siguiente: el desorden no sólo produce perturbaciones en las cabezas de los gobernados, también en la del político. "Sobre todo, pierde lo que constituía su fuerza en las sociedades de la tradición: ser el guardián del sentido, al estar ligado con un orden simbólico relativamente estable por lo cual está instituido lo social; ser el agente por el cual la tradición da su sentido y su dirección a los proyectos colectivos y producir un amplio (o total) consentimiento." (p.155) También se ve disminuida la capacidad de los expertos por "la multiplicación acelerada de las informaciones, los descubrimientos, los medios instrumentales, y por el juego de los efectos poco previsibles, considerados perversos. La obsolescencia golpea más rápido y reiteradamente; el arcaísmo pone en desuso ideas y sistemas y se hace evidente con mayor rapidez e intensidad; la movilidad adaptativa adquiere un valor de primera jerarquía en el mercado de trabajo y en las estrategias de acceso a las responsabilidades." (p. 155)*

Recoger algunos criterios objetivos en cada uno de los ámbitos mencionados y utilizarlos en forma rigurosa y crítica.

2.1 Criterios de filosofía del derecho

H.L.A. Hart sostiene la existencia de un "contenido mínimo de derecho natural" en las disposiciones que integran el derecho positivo; algunas de las ideas que sostienen esta afirmación las utilizaré para intentar una aproximación a la distinción entre prohibición y permiso y posteriormente apoyar el giro hacia un enfoque de política criminal.

El supuesto fundamental del cual parte Hart es que la supervivencia es una finalidad de los hombres en sociedad; este supuesto y un conjunto de verdades obvias y los hechos referidos en los enunciados verdaderos le permiten derivar un conjunto de reglas. Los enunciados son cinco: i) *El hombre es vulnerable*. De acuerdo con esta verdad obvia y los hechos en ella referidos las prohibiciones "más importantes...", para la vida social, son las que restringen el uso de la violencia que se traduce en matar o en causar daños corporales."⁴ A este respecto procede formular la pregunta de hasta dónde es razonable, desde el punto de vista de política criminal, desagregar este enunciado con base en el supuesto normativo de la subsistencia de la sociedad y la cooperación.

Ciertamente se deriva la prohibición de matar, bajo la idea de que matar es privar de la vida en forma intencional y sin ninguna excluyente; la de lesionar con las mismas modalidades.

Existen en este sentido casos en los cuales la prohibición de matar o lesionar resultan obvias; sin embargo también surgen casos dudosos que son ocasión para buscar la justificación del derecho a la vida. Uno de estos casos es la eutanasia voluntaria, involuntaria o no voluntaria⁵ en la cual se priva de la vida a una persona, en forma intencional, y se expresan buenas razones para justificar la acción principalmente relacionadas con la carencia de calidad de vida, con el sufrimiento o con daños irreversibles en la persona a quien se le quita la vida.

Otro caso difícil de resolver es el del aborto practicado en las primeras semanas de embarazo por decisión libre y consciente de la mujer embarazada. En este caso existen variantes como la de que en principio no se toma la vida de una persona, sino de

4. HART, H.L.A., *The concept of Law*, Oxford at the Clarendon Press, Oxford University Press, 1961, p. 190. '
5. Cfr. SINGER, Peter, *Practical Ethics*, sec. ed., Cambridge University Press, 1993, principalmente el capítulo "Taking Life: Humans".

Un embrión o feto que no tiene autonomía ni vida independiente.⁶ La conducta de inducir o auxiliar al suicidio a una persona es otro de los casos en los cuales se pone en riesgo el valor vida.

Menciono también el caso de la privación de la vida en legítima defensa y lo fijo como modelo para analizar casos similares; en este caso se exige generalmente la satisfacción de tres condiciones para justificarla: la condición de daño inminente, la de injusticia y la de culpabilidad.

Un caso que también merece análisis especial es el de privar de la vida a una persona en forma accidental. en el cual por definición no hay intención de privar de la vida, no hay actitud imprudente, no hay lo que se denomina preterintención y, sin embargo una persona es privada de la vida. Del análisis practicado se deriva que no parece sensato establecer una prohibición al respecto en virtud de que nadie está obligado a lo imposible.

Los dos últimos casos integran el extremo de la desagregación y en ellos no existen prohibiciones y por ello 110 hay reproche penal.

Otros casos no se refieren propiamente al resultado que afecta negativamente el bien tutelado, sino de poner, en peligro inminente, grave e injustamente la vida o la salud de las demás personas, o sea arriesgar los bienes mencionados; así, exponer a los demás al contagio de enfermedades graves o incurables por medio de contacto sexual y abandonar a ciertas personas que requieran atención en virtud de la situación de gravedad en la salud, por ejemplo, en un accidente vehicular. Este caso es para reflexionar si quien abandona es peligroso criminalmente.⁷ A la política criminal le corresponde

evaluar si son o no peligrosos criminalmente quienes realizan las conductas referidas y si merecen reproche penal o si por el contrario, el bien protegido penalmente se encuentra disminuido y no procede, razonablemente, censura penal alguna a quien lo lesiona.

Una conjetura a este respecto es que existen diferencias en la conducta de quien priva de la vida intencionalmente a una persona con premeditación, alevosía y ventaja por el simple, deseo de matar y otra que priva de la vida a un recién nacido respecto del cual se ha determinado científicamente que es anencefálico, situación que es conocida por el sujeto activo.

Las razones para reprochar el primer caso son más o menos obvias si se admite el derecho a la vida de las personas en el sentido de los indicios de la condición humana y el supuesto de la subsistencia de la sociedad, así como son más o menos obvias para 110 reprobar la conducta de quien realiza la segunda conducta, en consideración a las mismas, referencias: condición humana y subsistencia de la sociedad.

(ii) *Igualdad aproximada entre las personas.* En virtud del hecho obvio de la igualdad aproximada entre las personas y en consideración al supuesto fundamental sobre la finalidad de la supervivencia de la sociedad es necesario establecer una serie de prohibiciones y concesiones mutuas; se requiere la cooperación entre los integrantes de una sociedad, pues nadie, afirma Hart, es tan poderoso que 110 requiera la cooperación o ayuda de los demás ni nadie es tan débil que siempre requiera tal cooperación o ayuda. Se deriva que entre las personas debe respetarse esa igualdad aproximada y por ello no se permite la agresión en ninguna de sus formas; así, no está autorizado el uso de la fuerza física o psicológica o aprovecharse de la situación especial en que se encuentra alguien para obtener beneficios en perjuicio de los demás, pues tal uso o aprovechamiento no coincide con el enunciado verdadero ni con el hecho evidente referido en el enunciado. Aparte de la prohibición de matar o lesionar en sus diversas manifestaciones y desagregados más o menos obvios como la violación, también está prohibido aprovecharse de las demás personas por medio de engaño, maquinaciones y trampas o del error en que se encuentren.

Como en la desagregación del criterio anterior sucede en éste que hay casos obvios y que a medida de que nos alejamos de ellos las dudas aumentan hasta llegar a casos en los cuales no existen prohibiciones; existen, por ejemplo, situaciones en las cuales las personas entran a un proceso de compe-

6. Cfr. PÉREZ CARRILLO, **Agustín** y NETTEL, **Ana Laura**. *Modelo de política legislativa. Aplicación al caso del aborto en México*. Editorial Trillas/Universidad Autónoma Metropolitana. México. 1982,
7. SINGER. **Peter**. *op. cit.*. "Presumiblemente una sociedad 110 podría sobrevivir si permitiera que sus miembros se mataran entre sí sin restricción alguna." (p. 85) Alude a la amplitud o estrechez del principio de prohibición de matar. Para dicho autor existen indicadores de la condición humana y sería- la lo siguientes: a). Conciencia de sí mismo; b). Dominio de sí; c). Sentido del futuro; d). Sentido del pasado; e). Capacidad de relacionarse con otros; t). Capacidad de preocuparse por otros; g). Capacidad de comunicación y h). Capacidad de curiosidad." (p. 86) Estas indicios tienen consecuencias importantes en relación con los planes de vida y por ello con la calidad de vida. Con los indicadores mencionados se establece un concepto diferente a aquel que se refiere a los hombres como pertenecientes a la clase del *homo sapiens*, desde el punto de vista de la biología. Esta distinción permite plantear más claramente el problema de si el embrión y el feto en "cierta edad gestacional temprana, por ejemplo de seis a ocho semanas, si un recién nacido anencefálico, un individuo que no tiene ninguna respuesta cerebral, y casos similares, han de ser considerados como personas para el efecto de aseverar si tienen derecho a la vida.

tencia o de concurso y en dichos juegos alguien resulta ganador en virtud de sus méritos y no hay violación del criterio de la igualdad aproximada.

La otra parte del criterio es el establecimiento de concesiones mutuas; a este respecto me parece importante destacar el ámbito de intimidad de las personas en el cual no tendrían porque intervenir los demás. En principio, las prohibiciones surgirían para todos y en particular para las autoridades estatales.

(iii) *Altruismo limitado*. Esta verdad hace necesario y posible un sistema de abstenciones recíprocas. "En una comunidad de ángeles, jamás tentados por el deseo de dañar a otros, las reglas que prescriben abstenciones no serían necesarias. En una comunidad de demonios, dispuestos a destruir, y a pagar cualquier precio por hacerlo, tales reglas serían imposibles."⁸ Se trata de un pacto de no lesionar, considerando la tendencia frecuente en el ser humano a la agresión, a la destrucción. El egoísmo y la envidia están normalmente presentes en las relaciones entre los humanos y por ello se precisa de prohibiciones para no lesionar al prójimo; aparte de los daños físicos, también se prohíbe dañar moral o psicológicamente; así no están permitidas las amenazas, las injurias, la difamación y las calumnias.

También surgen prohibiciones obvias en relación con los bienes objeto de propiedad o posesión en cualquiera de sus modalidades, por ejemplo no dañarlos, no invadirlos ni despojar de ellos.

(iv) *Recursos limitados*. Otra verdad obvia en la vida social es la relativa a la escasez de recursos y una de sus consecuencias es el establecimiento de reglas relativas a la propiedad y sus derivaciones; usar, disfrutar, y disponer de bienes materiales es una necesidad que requiere reglas y por ende en ciertos casos el establecimiento de prohibiciones que protegen el uso, disfrute y disposición. En esta proyección el apoderamiento de bienes no se permite y quien lo practicara atentaría contra la sociedad, en particular si lo hace violentamente; también se prohíbe utilizar maquinaciones o engaños para obtener lucros indebidos, así como disponer de bienes ajenos.

(v) *Comprensión y fuerza de voluntad limitadas*. No todos los integrantes de una sociedad comprenden las verdades obvias y los hechos relacionados en los puntos anteriores, así como tampoco tienen la fuerza de voluntad suficiente para conducirse de la manera en que determinan las normas derivadas de los hechos, las verdades y el supuesto fundamental; por tal razón, se hace necesario establecer

sanciones para quien desvíe su comportamiento de la norma. Además, se requiere el monopolio de la fuerza para la resolución de las disputas y evitar que las personas se hagan justicia por propia mano. De estas explicaciones se deriva la necesidad de establecer la prohibición de ser juez y parte y la obligación de someter las controversias a la decisión de autoridades estatales. De acuerdo con el desarrollo correspondiente surgen prohibiciones tales como la de no sobornar a quienes se encargan de la persecución delictiva y administración de justicia y de dejar que la administren en los plazos y términos fijados en la Constitución y en las leyes.

En relación con cada uno de los criterios analizados por Hart surge la pregunta acerca de cuáles son los límites que separan las conductas que merecen reproche penal de aquellas otras que ameritan consecuencias de diversa índole, por ejemplo administrativas, civiles o laborales; es decir ¿hasta dónde se pueden desagregar enunciados prohibitivos de tal manera que el reproche sea penal? Es tarea difícil e inútil tratar de fijar límites precisos e indudables en el ámbito de la filosofía; es necesario conocer las situaciones sociales concretas para lograr un desagregado preciso y completo. En dicho mundo social habrá conductas que merecen reproche penal y otras que, aunque se separen de los hechos y las verdades obvias, no lesionan el supuesto acerca de la finalidad de la supervivencia de la sociedad.

La política legislativa en materia de política criminal debe considerar situaciones problemáticas reales en una sociedad determinada; por ahora sólo me refiero a los criterios más generales que pueden tener relación con una posible "conducta criminal" en virtud de su proximidad o lejanía de ellos.

2.2 Criterios contenidos en teorías penales

Seguiré en este apartado algunas ideas de Luigi Ferrajoli, autor que construye una teoría -sistema garantista de derecho penal- con base en 10 axiomas; aludiré a tres de ellos que orientan su concepción de política criminal referidas al cuándo, cómo y qué prohibir. Estos tres axiomas son el principio de lesividad o de ofensividad -*nulla necessitatis sine iniuria*-, el de materialidad o exteriorización de la acción -*nulla iniuria sine actione*-, y el de culpabilidad o de la responsabilidad personal -*nulla actio sine culpa*⁹

8. HART, H.L.A., *The Concept of Law*, op. cit., p. 191.

9. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. trad. Perfecto Andrés IBÁÑEZ, Alfonso Ruiz MIGUEL. Juan Carlos BAYÓN MOHINO, Juan TERRADILLOS BASOCO, Rocío CANTARERO BANDRÉS, seg. ed... Editorial Trotta, S.A., Madrid. 1997, p. 93. Existen sin lugar a dudas otros estudiosos en tendencias críticas. así es necesario tener presente las ideas de Alessandro BARATTA y en especial su libro *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, trad. de Álvaro

En el desarrollo de sus ideas afirma: "Una vez excluida la posibilidad de llegar a criterios positivos y absolutos de justificación externa y de legitimación interna de los contenidos de la prohibición, se pueden, sin embargo, formular criterios negativos o limitadores, realizables sólo relativa y tendencial- mente, con el valor de condiciones necesarias, aunque no suficientes de legitimidad. Estos criterios o condiciones negativas no. son, por otra parte, más que las garantías penales o sustanciales expresadas por los axiomas A4, A5 y A6 de nuestro sistema de garantías SG: el principio de lesividad, el de materialidad y el de responsabilidad personal, que respectivamente definen los tres elementos constitutivos del delito: el resultado, la acción y la culpabilidad."¹⁰

En el cuestionamiento de política criminal, y antes de entrar a la explicación específica de los tres axiomas, ofrece cuatro criterios orientados a la tutela máxima de bienes con el mínimo necesario de prohibiciones y castigos

a) Impedir ataques concretos a bienes fundamentales. Entiende por ataque no sólo el "daño causado" sino también el peligro que han corrido los derechos fundamentales en general, el interés colectivo y una administración honesta.¹¹

BUNSTER, Siglo veintiuno editores, México, España, Argentina, Colombia, 1993, en el cual en la parte relacionada con sus ideas sobre política criminal destaca la relación de dos perfiles que deriva de la crítica al derecho penal como derecho desigual por ser protector de las clases poderosas y descuidar la protección de las subalternas: "Un primer perfil concierne al ensanchamiento y reforzamiento de la tutela penal en campos de interés esencial para la vida de los individuos y de la comunidad: la salud, la seguridad en el trabajo, la integridad ecológica, etc."... Con el cuidado de "evitar la caída en una política reformista y al mismo tiempo "panpenalista", consistente en una simple extensión del derecho penal... Un segundo perfil,... concierne ...a una obra radical y valerosa de despenalización, de contracción la máxima del sistema punitivo, excluyendo de él, parcial o totalmente, innumerables sectores que recargan códigos como el italiano, surgidos bajo la enseñanza de una concepción autoritaria y ética del Estado, y que van de los delitos de opinión al ultraje, al aborto, a algunos delitos contra la moralidad pública, contra la personalidad del Estado, etc." pp. 214-215. De la colaboración "Presente y futuro de la legislación penal. (Una visión de conjunto)" de Moisés MORENO HERNÁNDEZ, en *Hacia el derecho penal del nuevo milenio*. Cuadernos INACIPE, México, 1991, destaca algunas ideas con enfoque de política criminal como son la situación irregular sobre los contenidos de la legislación penal mexicana en cuanto al fenómeno llamado "inflación" de tipo penal; la importancia que asigna a los derechos humanos y la exigencia de considerar una serie de principios en el derecho penal que orientan no sólo la aplicación sino la creación legislativa y sirven, por ello, en las tareas de desincriminación y despenalización.

10. FERRAJOU. Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, op. cit... p. 463.

11. Op. cit... n. 472.

b) "Ningún bien justifica una protección penal -en lugar de civil o administrativa- si su valor no es mayor que el de los bienes de que priva la pena" sin que "la pena no se transforme en un impuesto, perdiendo con ello su eficacia disuasoria."¹²

c) Las prohibiciones no sólo deben estar "dirigidas" a la tutela de bienes jurídicos sino deben ser "idóneas". El principio de utilidad y la separación del derecho y la moral obligan a considerar "injustificada toda prohibición de la que previsiblemente no se derive la eficacia intimidante buscada, a causa de los profundos motivos -individuales, económicos o sociales- de su violación." Como ejemplos de esta situación expone el autor los siguientes: aborto, adulterio, concubinato, la mendicidad, la evasión de presos o la tóxico-dependencia. "Su prohibición, afirma, es inútil en la medida en que se demuestra que está abocada a no surtir efecto."¹³ es decir, estos delitos formales se seguirán cometiendo clandestinamente y no se castigarán.

d) "Una política penal de tutela de bienes tiene justificación y fiabilidad sólo cuando es subsidiaria de una política extrapenal de protección de los mismos bienes."¹⁴ Un campo importante es el de los delitos culposos, los cuales se reducirían si se adoptasen medidas eficaces y severas. (No se trata en estos casos, diría yo, simplemente de asegurar el riesgo). Ideas similares sostiene respecto de delitos dolosos, así la disminución de ataques a la integridad corporal por la disminución de la producción de armas.

2.2.1 Principio de lesividad o de daño

Alude al principio de lesividad o de daño y la importancia legal de que se actualice en los diferentes tipos; aun cuando no esté previsto en las Constituciones lo exige la teoría del bien tutelado. La inobservancia de este principio, dice, produce al menos tres problemas inflacionarios en las leyes penales:

2.2.1.1 El establecimiento de delitos sin daño como cuando se castigan las "ofensas a entidades abstractas como la personalidad del estado o la moralidad pública" y el aumento del número de los denominados "delitos de bagatela", a menudo consistentes en meras desobediencias y contravenciones usualmente- te valoradas como administrativas.

12. *Ibidem*, pp. 472-473.

13. *ibidem*, p. 473.

14. *Ibidem*, p. 473.

2.2.1.2 Descripciones vagas, imprecisas y valorativas que "derogan la estricta legalidad de los tipos penales", como son los delitos asociativos y los de peligrosidad social.

2.2.1.3 Delitos de peligro y expresiones como "actos preparatorios", "dirigidos a" o "idóneos para poner en peligro", etc., y otros "como la penalización de acciones contra uno mismo -desde la embriaguez al uso inmoderado de estupefacientes- o de los delitos de opinión o contra la religión."¹⁵

En esta virtud -continúa expresando el mismo autor- la navaja de Occam cumple la función restrictiva y minimizadora en tres clases de delitos cuando se tiene el propósito deflacionario en relación con la legislación penal en virtud al aumento injustificado de tipos; la primera restricción es cuantitativa respecto de los denominados "delitos de bagatela" o sea todos aquellos que son sancionados con pena pecuniaria o alternativa de una privativa de libertad; la segunda restricción es cualitativa y se da en relación a los casos en que los bienes tutelados son ciertas abstracciones "la personalidad del estado, la administración pública, la actividad judicial, la religión del estado, la piedad para con los difuntos, el orden público, la fe y la economía pública, la industria y el comercio, la moralidad y las buenas costumbres, el pudor y el honor sexual, la integridad de la estirpe, la familia, el matrimonio, la moral y los deberes de asistencia familiar, el patrimonio...", otros como los asociativos, los atentados y desacatos que son formas de agravar otros delitos, los de ultraje y de opinión que contradicen los principios de libertad y de democracia y otros que no lesionan a terceros y que son inevitables con la pena: "... la prostitución, los delitos contra natura, la tentativa de suicidio y, en general, los actos contra uno mismo, desde la embriaguez al uso personal de estupefacientes"; la tercera restricción es estructural en relación con los delitos de peligro o de atentado, pues unos son mera tentativa de otros delitos y en otros sucede que se duplica la responsabilidad penal porque se trata de tipos ya previstos y el delito que duplica es sólo un medio especial para la realización de los otros. Por ejemplo asociación, conspiración, instigación para ciertos delitos contra la seguridad interior del Estado o sólo aparecen como delitos de "sospecha" que ocupan el lugar de otros más concretos no sometidos ajuicio por la falta de pruebas.¹⁶

2.2.2 Principio de materialidad

De acuerdo con el principio de materialidad de la acción, "ningún daño, por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una acción". Por ello no pueden ser sancionados los estados de ánimo interiores o actitudes "...si no deben concretarse en acciones humanas -materiales, físicas o externas, es decir, empíricamente observables- describibles exactamente, en cuanto tales, por la ley penal." "La materialidad exteriorizada de la acción criminal es así un presupuesto necesario de la lesividad o dañosidad del resultado, caracterizado, a su vez, como un hecho empírico externo que se distingue de la acción, como ocurre en los llamados "delitos de resultado", o que se identifica con ella, como en los delitos llamados de "mera actividad". Al mismo tiempo queda excluido del nexo causal, así considerado, toda forma de responsabilidad objetiva "por hechos de otro" o "por caso fortuito", supuestos más de ausencia de acción que de ausencia de culpa."¹⁷

A las ideas anteriores se agrega la de la separación entre derecho y moral y el de la soberanía de la conciencia manifestada en el respeto al ciudadano, a su libertad interior y a su libertad exterior para realizar todo lo no prohibido. Un éxito del liberalismo moderno, ahora, -expresa- es el derecho a la inmoralidad: "observado *en negativo*, como límite a la intervención penal del estado, este principio marca el nacimiento de la moderna figura del *ciudadano*, como sujeto susceptible de vínculos en su actuar visible, pero inmune, en su ser, a límites y controles; y equivale, por lo mismo, a la tutela de su *libertad interior* como presupuesto no sólo de su vida moral sino también de su *libertad exterior* para realizar todo lo que no está prohibido. Observado *en positivo* se traduce en el respeto a la *persona humana* en cuanto tal y en la tutela de su identidad, incluso desviada, al abrigo de prácticas constrictivas, inquisitivas o correctivas dirigidas a violentarla o, lo que es peor, a transformarla; y equivale, por ello, a la legitimidad de la disidencia e incluso de la hostilidad frente al estado; a la tolerancia para con el distinto, al. que se reconoce su *dignidad personal*.; a la igualdad de los ciudadanos, diferenciables sólo por sus actos, no por sus ideas, sus opiniones o su específica diversidad personal."¹⁸

15. *Ibidem*, p. 475.

16. *Ibidem*, pp. 477-478.

17. *Ibidem*, p. 480.

18. *Ibidem*, p. 481.

2.2.3 Principio de culpabilidad

De acuerdo con el principio de culpabilidad se exige la relación de causalidad entre la decisión, la acción y el resultado del delito; la condición psicofísica del agente de entender y de querer y la intención o culpabilidad o sea la consciencia y voluntad de cometer el delito particular. Se requieren las tres condiciones para que se realice el axioma de *milla actio sine culpa*. Una serie de delitos no consideran esta condición y se relacionan más bien con la situación de la persona o con su forma de ser. En la explicación de este criterio Ferrajoli plantea la pregunta de ¿cómo prohibir? y presenta la posibilidad tradicional de hacerlo por normas penales regulativas y normas penales constitutivas. Esta clasificación esclarece y sirve para criticar la práctica de prohibir penalmente mediante el segundo tipo de normas. Las primeras regulan un comportamiento al, calificarlo como permitido, prohibido u obligatorio y las segundas lo cualifican "inmediatamente, esto es, sin la mediación de comportamientos cuya comisión u omisión supongan su observancia o su infracción, calificaciones y/o efectos jurídicos."¹⁹ -un ejemplo que menciona son los antiguos delitos de brujería, o sea castigar a alguien por el hecho de ser bruja- Críticamente observa el autor que se ha sustituido en muchos casos el ser bruja por ser, por ejemplo, peligroso, prostituta, drogadicto, reincidente, sospechoso, peligroso y rehabilitado. "El infausto precepto bíblico "No permitirás vivir a las brujas" puede ser considerado como prototipo de las normas penales constitutivas", las cuales no prohíben actuar sino ser e implican desigualdad y discriminación."²⁰

2.3 Criterios constitucionales

En particular los criterios constitucionales son los derechos humanos reconocidos -para efectos de análisis de la legislación penal mexicana- en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y tienen la función de limitar la actividad del legislador en la tarea de tipificar delitos. Por esta razón si existen tipos penales que se opongan a los derechos humanos se cuenta con un buen argumento para sostener justificadamente la procedencia de su descriminalización o despenalización; así, la transgresión a la libre manifestación de las ideas, a la libertad de asociación y reunión, al derecho a presentar protestas ante las autoridades estatales, a la libertad de tránsito, a la igualdad, y a otros haría inconstitucional la censura penal del legislador secundario.

Un derecho humano relevante en relación con la descriminalización es el relacionado con la intimidad de las personas en cuanto a sus manifestaciones de privacidad y secrecía; la primera relacionada con un ámbito de acción en el cual las autoridades no tienen derecho a intervenir y la segunda vinculada a la exigencia de no hacer públicas las acciones que en dicho ámbito se desarrollan. Es necesario considerar esas dos manifestaciones como guías para que determinadas conductas no se estimen peligrosas penalmente.²¹

Es útil una clasificación de los derechos humanos en la cual se considere que ciertas conductas no son susceptibles de ser delitos y si así están tipificadas proceda su descriminalización o despenalización por transgredir uno o varios derechos humanos. La clasificación que propongo es la siguiente: 1). Si un derecho humano no se encuentra limitado en el texto constitucional no procede limitarlo en una ley penal secundaria. Un ejemplo es el derecho de que nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil, otorgado en el artículo 17 constitucional; el derecho así otorgado posibilita considerar inconstitucionales algunos tipos del delito de fraude que se refieren a no cubrir la prestaciones por servicios profesionales o a incumplir contratos civiles. 2). Si está limitado en ciertas proyecciones y el tipo penal las excede, entonces existe argumento en favor de cancelar el tipo. Por ejemplo la libertad de tránsito sólo está limitada por responsabilidad penal o civil, en materia migratoria en salubridad general y tratándose de extranjeros que se estiman perniciosos: por tal razón, sería violatorio de tal derecho la prohibición de participar en "marchas" para protestar por algún acto u omisión de autoridad estatal. 3). Si la limitación es por remisión a la ley secundaria y ésta tipifica un delito que se estima viola la garantía de que se trata, entonces no es legítimo sostener -porque sería una falacia de petición de principio-, que la tipificación penal está autorizada en el precepto constitucional, pues es precisamente la cuestión sometida a juicio. El artículo 5o. constitucional establece la libertad de trabajo la cual incluye el libre ejercicio de las profesiones; si una ley penal establece como delito el ejercicio de una profesión y el gobernado estima que la ley es inconstitucional, no sería correcto sostener que la ley respeta los límites del precepto constitucional, en tanto que determina cuales son las profesiones ilícitas.

19. *Ibidem*. p. 481.

20. *Ibidem*: p. 503.

21. *Ibidem*. p. 504.

Quizá sea necesario considerar otros preceptos constitucionales relacionados con los derechos humanos como son los que establecen la forma democrática de gobierno, el federalismo, la división de poderes, la autonomía estatal y municipal, etc. Esta relación serviría para analizar algunos tipos penales y, en virtud de la no concordancia con el contenido de derechos humanos, sostener la pertinencia de descriminalizarlos. Son ejemplos de estas situaciones los ya derogados delitos de disolución social.

2.4 Criterios en manifestaciones de protesta

Otros criterios que es indispensable considerar en el análisis de la descriminalización y despenalización se contienen en las razones y argumentaciones expresadas en los reclamos bien fundados en que se ocupan personas y grupos de personas. En efecto, en tales actos de protesta manifestados en acciones, ilícitas en muchas ocasiones como en la desobediencia civil y la objeción de conciencia, se impugnan decisiones, leyes o políticas de las autoridades estatales y en ocasiones se tiene el objetivo de incorporar algún "derecho humano" en el catálogo constitucional; es importante conocer las razones esgrimidas por los reclamantes para evaluar tales actos. El valor de estas manifestaciones de protesta se comprende también por los bienes (vida, salud, propiedades, trabajo, familia, etc.) que exponen los involucrados para convencer a las autoridades de la razonabilidad de sus pretensiones y por su disposición a aceptar las sanciones, lo cual demuestra su sinceridad.

Manifestaciones de protesta para la defensa de prácticas homosexuales o de la prestación de sexo- servicio se fundan en la libertad e intimidad que tienen las personas para realizar ciertas conductas sexuales o el derecho para ejercer una profesión. Similares apreciaciones son aplicables a las manifestaciones en contra de la prohibición del aborto, aun cuando en el artículo 4o. constitucional se encuentre previsto el derecho de toda persona para determinar el número y el espaciamiento de sus hijos de manera libre, responsable e informada. Las conductas de referencia generalmente no lesionan bienes de terceros, no causan daño y sólo son objeto de reprobaciones morales.

Otras manifestaciones son las que han practicado los pueblos indios en la búsqueda del reconocimiento de su autonomía y de la consecuente incorporación como un derecho constitucional; de esos reclamos se derivan argumentos para decidir la procedencia de nuevos derechos humanos en una Constitución. Obviamente sobre el particular hay

mucho más que decir, pero es posible que sin el reconocimiento se cayera fácilmente en los supuestos de la ley penal o que al menos estuviera la amenaza permanente si no se admite el pluralismo jurídico. Piénsese tan sólo en la resolución de conflictos de acuerdo con las formas de vida de las comunidades, pues se ha sostenido que algunas de ellas no son compatibles con la unidad del sistema jurídico mexicano.

Las aplicaciones de los anteriores criterios constitucionales y los contenidos en las manifestaciones de protesta bien fundadas se practican sobre bienes estimados valiosos para la sociedad; así, la persona con sus virtudes, la organización familiar, la propiedad y formas de vida con base en una consideración desarrollista de los derechos humanos.

2.5 Criterios derivados de la exigencia de sistematicidad en la ley penal

Otros criterios se derivan de la propia legislación penal en cuanto se considera un sistema de normas; en efecto, como sistema le corresponden las características de ser consistente, completo e independiente. Si se advierte alguna transgresión a estas características se presentaría una buena razón para proceder a la descriminalización o despenalización.

Una actitud legislativa en la cual advierto algunos defectos de sistematización es en el establecimiento de delitos políticos en el Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero federal (CPF). Formulo a continuación algunas observaciones sobre el particular.

I) Según el artículo 144 del CPF son cuatro los delitos políticos: rebelión, sedición, motín y conspiración para cometerlos; sin embargo, de acuerdo con la redacción de cada uno de ellos y un tipo genérico previsto en el artículo 142 del mismo código se deriva la existencia de trece tipos. Ahora bien si se considera la autonomía de las formas de responsabilidad penal establecidas en el artículo 13 de la ley en análisis resultan más tipos penales: 13 por 8 = 104; si a esta suma se le agrega la posibilidad de la tentativa y el encubrimiento aumentan en 26 o se ya se tienen 130 tipos. Además, si se estima que en la redacción de los tipos penales de sedición y de motín, por ejemplo, se incluyen elementos en disyunción como en la siguiente frase "a quienes dirijan, organicen, inciten, compelan o patrocinen" ello significa que en cada uno se da la posibilidad de 5 tipos, lo cual hace surgir la fórmula de 8 por 5 por 2 y el resultado es que se tienen 80 tipos desagregados.

Estas irregularidades tienen resultados absurdos como la del siguiente tipo penal: "Al que instigue, incite o invite a resolver de concierto la comisión del delito de rebelión en la modalidad de invitar a cometerlo y acuerden los medios para llevar a cabo su determinación, se hará acreedor a prisión de uno a nueve años". Es decir, existe un delito consistente en resolver de concierto y acordar los medios para invitar a invitar una rebelión.

II) Surgen inconsistencias legislativas como es el caso de sancionar más la tentativa del delito que la comisión del mismo y la de construir tipos autónomos para aumentar la sanción que derivaría por la forma de responsabilidad.

III) Las palabras y expresiones de los tipos penales dan motivo para argumentar que se vulnera el principio de no hay delito sin ley; en efecto, la oscuridad, la deficiente redacción, la amplitud de algunos conceptos, etc., conducen a sostener que no hay ley exactamente aplicable a los casos de que se trata. Así, la completitud de la legislación relativa a delitos políticos estaría en duda.²²

Análisis de las actitudes de descriminalizar y despenalizar

Con el propósito de avanzar una actitud de descriminalizar o despenalizar el CPF, así como para señalar cuáles serían los regímenes a los cuales pasarían las conductas inicialmente consideradas delitos y respecto de las cuales ya no existe reproche penal, me orientaré principalmente por las ideas de Michel van de Kerchove.²³

1. Pleno reconocimiento jurídico y social de la conducta establecida como delito

En esta actitud existen razones que legitiman social y jurídicamente la conducta que había sido establecida como delito, de tal manera que cobra pleno reconocimiento y se le protege con los medios le-

gales adecuados. Para dar una idea de esta actitud mencionaré que en algunos momentos de la historia era delito estallar una huelga como medio para defender intereses gremiales, después se deroga, se asume la legitimidad social y jurídica y se protege ese instrumento de defensa. Si bien no advierto ejemplos tan obvios en el CPF para ubicarlos en esta actitud, puedo mencionar algunos que se aproximan; así, las manifestaciones de protesta a través de lo que se conoce como "marchas", algunas acciones vinculadas con delitos políticos y el ejercicio de algunas profesiones y oficios.

2. Reconocimiento jurídico

En la actitud de reconocimiento jurídico una conducta que estaba prohibida con todas las implicaciones legales deja de estarlo y se permite expresamente; es posible que las autoridades estatales tengan además de la obligación de no intervenir en el desarrollo de la misma la de ofrecer facilidades para su realización. En esta actitud se pasa al régimen de legalización de la conducta correspondiente, aun cuando se tenga la obligación de cumplir ciertos requisitos para realizar el acto.

Como ejemplos de esta actitud de descriminalización o despenalización considero los siguientes:

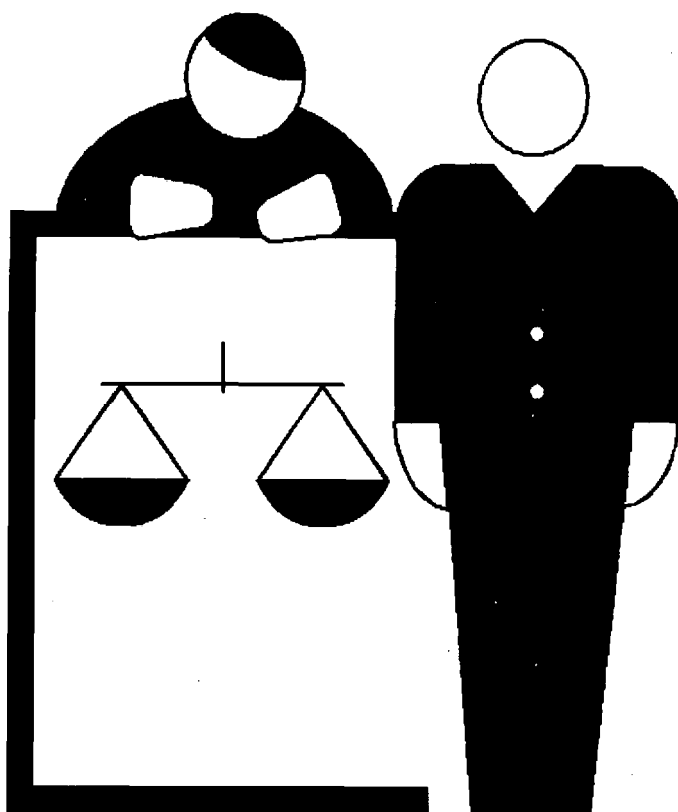
2.1 El delito de aborto tipificado en los artículos 329 a 334 del CPF. Al respecto estaría sujeto a revisión el principio de prohibición y la tendencia a sustituirlo por el de permisión, indicando límites relacionados con la edad gestacional del embrión o del feto: por ejemplo la permisión de abortar antes de las 10 semanas de embarazo. La libertad de la mujer a decidir lo que pasa en y a su cuerpo, en especial a su aparato reproductivo, como parte del derecho a la intimidad sería uno de los criterios para justificar este propósito. Además, se encuentra previsto en el artículo 4o. constitucional -como garantía individual o derecho humano- que toda persona tiene el derecho de determinar el número y el espaciamiento de sus hijos de manera libre, responsable e informada.

2.2 La eutanasia considerada como delito. En efecto, actualmente no se permite y quien la practica comete el delito de homicidio previsto en el artículo 302 del CPF, o de auxilio al suicidio estatuido en el artículo 312. Aparte de los tipos penales contenidos en tales preceptos estaría legalizada la práctica de la eutanasia, aun cuando se establecieran ciertas requisitos para su autorización en cada caso.

2.3 Delitos contra la salud. Por diversas razones merecen especial atención los delitos contra la salud. En la actitud de descriminalizar o despenalizar conductas uno de los criterios es la intimidad de las personas para realizar la conducta que estimen ade-

22. Cfr. para mayores explicaciones y observaciones sobre los delitos políticos PÉREZ CARRILLO, Agustín, *Derechos humanos, desobediencia civil y delitos políticos*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1991.

23. KERCHOVE, Michel van de, "Reflexions analytiques sur les concepts de dépenalisation et de décriminalisation", en *Revue Interdisciplinaire D'études Juridiques* 1984.12, Facultes universitaires Saint-Louis, Bruxelles. Sugiero la lectura de los capítulos XIII "Cases unmeet for punishment" y XVII "Of the limits of the penal branch of jurisprudence" de BENTHAM, Jeremy en *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, Hafner Publishing Co., New York, 1948, que son una consideración clásica de una tendencia que puede ser útil en los análisis sobre descriminalización y despenalización.



cuada y que sobre ella no exista interferencia alguna ni publicidad. El principio de opacidad es fundamental en este supuesto. Si es el caso que no se prohíbe a las personas adultas y "normales" el consumo de sustancias tóxicas, entonces en alguna forma se permiten actividades relacionadas con la producción, transporte, posesión, tráfico, comercio y suministro de tales sustancias -no me refiero a las drogas especialmente destinadas a la industria farmacéutica y desviadas para otros propósitos sino a otras sustancias como podría ser la *cannabis indica*, para poner un ejemplo-.

Resulta inconsecuente permitir el consumo y no permitir los medios para lograr el producto: "puedes querer y lograr el fin, pero los medios están prohibidos" es la disposición penal. Para evitar la inconsistencia procede establecer mínimas permisiones sobre las conductas relacionadas y por supuesto controles necesarios y rigurosos en todas ellas. Por el rumbo de este modelo estaría la legalización; importa el debate en el cual se abarquen casos más difíciles.

5. Indiferencia jurídica

En la actitud de indiferencia jurídica una conducta prohibida penalmente con todas las consecuencias legales deja de estarlo por una decisión legislativa y no se adopta un régimen expreso para tal compro

tamiento; en virtud del principio de que no hay delito sin ley, al quitar la prohibición penal y no legislarse sobre el particular, la conducta queda permitida independientemente de las consecuencias civiles o administrativas ya reguladas.

Expondré algunos ejemplos:

3.1 El delito de adulterio previsto en los artículos 273 a 276 del CPF. Bajo esta actitud quedaría cancelado y no habría norma jurídica sustituta. Principios como el de la intimidad y la falta de lesión y materialidad serían el fundamento para proceder a la descriminalización y despenalización.

3.2 El delito de bigamia previsto en el artículo 279 del CPF tendría la misma suerte y se aludiría a los mismos criterios de justificación.

En estos casos el régimen al que pasa la conducta es al de desjuridización penal completa.

4. Reconocimiento jurídico condicional y restrictivo

En esta actitud la prohibición penal queda cancelada y procede regular la conducta correspondiente en reglamentos o leyes de carácter administrativo, ya sea para sancionarla como falta o para otorgar autorización de realizar la conducta anteriormente prohibida, si se cumplen ciertos requisitos.

Como ejemplos menciono los siguientes:

4.1 El delito de lenocinio previsto en el artículo 207, fracción III del CPF. El tipo penal se define como la conducta de quien "regentee, administre o sostenga directa o indirectamente prostíbulos, casas de cita o lugares de concurrencia expresamente dedicados a explotar la prostitución, u obtenga cualquier beneficio de sus productos."

En este caso la conducta puede llegar a legalizarse bajo determinadas condiciones en virtud del reconocimiento de prácticas profesionales y de prácticas sexuales mediante pagos en dinero o en especie. Si se trata de adultos normales quienes se dedican a esas actividades y medio el consentimiento libre y consciente para realizar un trabajo bajo cierta organización, no se advierte lesión a algunas bien de terceras personas o de grupo o al interés social. Por otra

parte, en el artículo 5o. constitucional se encuentra prevista la libertad de trabajo.

4.2. El delito de ultrajes a la moral pública previsto en el artículo 200, fracción III del CPF consistente

En invitar de modo escandaloso, a otro, al comercio carnal.

Uno de los criterios aplicables en este caso para la descriminalización de la conducta es que la legislación actual establece una sanción alterna: prisión o multa, lo cual significa la poca importancia que el legislador le ha dado. Podría ser considerado como una contravención administrativa y sancionarla con una medida de la misma naturaleza.

4.3 El delito de provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio establecido en el artículo 209 del CPF. Al respecto son aplicables las mismas consideraciones que en relación al supuesto anterior; además, se debe estimar que se sanciona de diez a ciento ochenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad. No se advierte que se actualicen los principios de materialidad y de lesividad

5. Disuasión

La conducta objeto de reproche penal se cancela y se pretende evitarla a través de la fiscalización; es decir, se permite legalmente pero deben cubrirse pagos elevados en concepto de contribuciones para poder realizar la conducta de que se trata, aun cuando el propósito principal es disuadir ese tipo de comportamientos.

5.1 El delito de lenocinio previsto en el artículo 207, fracción III del CPF, ya canalizado puede caer en este régimen con base en la libertad de trabajo y el pleno consentimiento de personas mayores de edad y normales de tomar la decisión de dedicarse a prestar servicios sexuales mediante retribución.

5.2 Los delitos de ultrajes a la moral pública previstos en el artículo 200 fracciones I y II. El primero se relaciona con la conducta de fabricar, reproducir, o publicar libros, escritos, imágenes u objetos obscenos y al que los exponga, distribuya o haga circular y el segundo con la de publicar por cualquier medio, ejecute o haga ejecutar por otro, exhibiciones obscenas. Los temas de la obscenidad y de la pornografía tienen relación con la libre manifestación de las ideas, así como con la intimidad en el sentido de una esfera de acción en el cual a las autoridades estatales no le corresponde intervenir.²⁴

24. Cfr. STUART MILL. John, *Sobre la libertad*. Ediciones Gernika, S.A., México. 1996. Es recomendable la lectora de *Estudios de ética jurídica* de Jorge Malem, especialmente el apartado "Privacidad y mapa genético" en relación con los principios de opacidad y de transparencia. Distribuidora Fontamara. S.A., México, 1996. Es obligatoria la lectura en relación al tema de la intimidad y de la libertad, de HART, H.L.A., *Law, Liberty, and Morality*. Oxford University Press, London Oxford, 1963.

6. Prohibición jurídica civil o administrativa

En ésta actitud de desregulación penal la conducta constitutiva de delito deja de serlo y se establecen consecuencias civiles o administrativas para los casos de incumplimiento de la acción prohibida u obligatoria en la nueva consideración jurídica.

6.1 El delito de quebrantamiento de sanción establecido en el artículo 156 del CPF conforme al cual se castiga al extranjero que regresa al país después de ser expulsado y por el sólo hecho de regresar. Generalmente se expulsa a los extranjeros en ejercicio de una facultad discrecional y sin garantía previa de audiencia.

Los criterios para sostener la pertinencia de descriminalizar esta conducta es que se trata de una simple desobediencia de una resolución administrativa y tal hecho no implica peligrosidad criminal; no aparece lesión a un bien ni una acción material. Por otra parte se le impide defenderse en contra de un posible desvío de poder en el ejercicio de una facultad discrecional; en efecto, el uso de tales facultades puede ser censurado por medio del juicio de amparo.²⁵

6.2 El delito de quebrantamiento de sanción previsto en el artículo 158 del CPF. Consiste en que el reo sometido a vigilancia no ministre a la policía los informes que se pidan sobre su conducta o cuando a una persona se le hubiere prohibido ir a determinado lugar a residir en él y violare tal prohibición. Los dos supuestos son actos de desobediencia y tienen relación posiblemente con conductas íntimas, razón por la cual no merecen ser considerados como delitos. Además, se trata de supuestos por los cuales se imponen sanciones de jornadas de trabajo en favor de la comunidad en el caso de los delitos no graves. Para los delitos graves se establece prisión, pero los argumentos antes mencionados son aplicables a este segundo supuesto para favore-

Cfr. sobre pornografía el capítulo "La pornografía" en el libro *Ética aplicada. Del aborto a la violencia*, de FERRATER MORA, José y COHN, Priscilla, Alianza Editorial, S.A., Madrid, 1981. También resulta interesante el planteamiento que presenta MCCORMICK. Neil, en su libro *Derecho legal y social democracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política* en el Capítulo 9 denominado "Intimidad y obscenidad".

25. "FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE ELLAS EN EL JUICIO DE AMPARO. El uso del arbitrio o de la facultad discrecional que se concede a la autoridad administrativa puede censurarse en el juicio de amparo, cuando se ejercita en forma arbitraria o caprichosa, cuando la decisión no invoca las circunstancias que concretamente se refieren al caso discutido, cuando éstas resultan alteradas o son inexactos los hechos en que se pretende apoyar la resolución, o cuando el razonamiento en que la misma se apoya es contrario a las reglas de la lógica". Tesis 396 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Apéndice de Jurisprudencia, 1975.

cer la descriminalización. Al respecto del primer caso debe tenerse presente el principio establecido en el artículo 20, fracción II de la Constitución de que el inculcado no podrá ser obligado a declarar.

6.3 El delito de quebrantamiento de sanción tipificado en el artículo 159 del CPF. La conducta consiste en la práctica de una profesión u oficio cuando el reo se encuentre inhabilitado para ello. Se trata de un tipo penal sancionado con multa y en caso de reincidencia se duplica la multa y se aplica prisión de uno a seis años.

En el primer caso se trata más bien de una contravención administrativa y se sanciona el ejercicio de una profesión u oficio, por lo cual procedería la aplicación de medidas administrativas; en el caso de reincidencia se castiga en virtud de una variable penal por la cual ya fue sancionado el sujeto; en terminología de Ferrajoli se trata de una norma constitutiva.

6.4 El delito de ataques a las vías generales de comunicación previsto en el artículo 171, fracción II del CPF. En dicho supuesto se establece como delito la conducta de quien en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas enervantes cometa alguna infracción a los reglamentos de tránsito y circulación al manejar vehículos de motor y lo sanciona con prisión hasta de seis meses y multa o pérdida de derechos.

Los criterios para descriminalizar son los siguientes: se trata de la comisión de una infracción administrativa y por otra parte es una reglamentación constitutiva relacionada con la esfera de intimidad del sujeto activo de la infracción.

6.5 Delito de desobediencia y resistencia de particulares contenido en el artículo 178 del CPF. El delito consiste en no prestar un servicio de interés público a que la ley obligue, o se desobedeciere, sin causa legítima, un mandato legítimo de autoridad o á quien se niegue a comparecer ante la autoridad a dar su declaración cuando se le exija legalmente, una vez apremiado, e insistiere en no obedecer. En estos casos se aplica como sanción de quince a doscientas jornadas de trabajo

La desobediencia a una decisión legal está relacionada con conducta política o con la intimidad; además se sanciona con trabajos en favor de la comunidad, con lo cual se advierte el escaso valor asignado al bien protegido. Además, es necesario tener presente el artículo 5o. constitucional en el cual se establece cuales son los servicios públicos obligatorios y las demás funciones obligatorias y gratuitas, así como el servicio profesional de índole social; en efecto, el incumplimiento de un servicio público de carácter constitucional no amerita ser considerado como delito, pues prácticamente se refiere al desempeño de funciones ciudadanas.

6.6 Otro supuesto de desobediencia y resistencia de particulares está previsto en el artículo 182 del CPF y consiste en negarse a otorgar la protesta de ley o a declarar y se sanciona de diez a treinta días de multa.

Son también aplicables^A en principio, los razonamientos del punto 6.5.

6.7 El delito de oposición a que se ejecute alguna obra o trabajo público, establecido en el artículo 185 del CPF. Se acerca a constituir una manifestación de protesta bien fundada en contra de las decisiones de autoridades estatales como acto permitido en las democracias y reconocido a las reuniones y asociaciones en el artículo 9º constitucional.

6.8 Los delitos de quebrantamiento de sellos previstos en los artículos 187 y 188 por los cuales se establece sanción de jornadas de trabajo o en el segundo de multa mínima.

Se trata de uno de los llamados "delitos de bagatela", porque se encuentran sancionados con multa o alguna sanción menor; el bien protegido es de escaso valor y su lesión quizá merezca sólo una medida administrativa.

6.9 El delito de variación de nombre o domicilio ante autoridades estatales o cuando el funcionario o empleado público atribuye a una persona título o nombre a sabiendas de que no le pertenece, previstos en el artículo 249 del CPF. Estos delitos se castigan de diez a ciento ochenta jornadas de trabajo en favor de la comunidad. Puede considerarse también como delito de bagatela. Por otra parte no aparece lesión ni acción material y además pueden ser considerados como declaraciones falsas ante la autoridad, con lo cual se tipifica dos veces la misma conducta.

6.10 El delito de bigamia previsto en el artículo 279 del CPF. A las conductas correspondientes se aplicarían medidas civiles, por ejemplo, la nulidad absoluta del segundo matrimonio y la cancelación del acta correspondiente del Registro Civil. Si se considera de cierta gravedad para la institución del Registro Civil puede acompañarse con una multa administrativa y cumplir así una función de disuasión.

6.11 El delito de revelación de secretos previsto en el artículo 210 del CPF. Consiste en que alguien revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto, lo haga sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado. La sanción es de treinta a doscientas jornadas de trabajo. Podría sustituirse por una prohibición laboral o administrativa y aplicar

Las consecuencias correspondientes. En efecto, este caso cae en el conjunto de "delitos de bagatela" para el cual se establece multa, razón por la cual el legislador estimó que no es de gravedad para la sociedad. Si efectivamente se causa perjuicio podría otorgarse una acción civil a quien resulte ofendido. Una discusión similar, aunque parcialmente, se puede plantear para el delito previsto en el artículo 211 del CPF, en especial cuando el sujeto activo es un profesionista o técnico.

6.12 El delito de hostigamiento sexual previsto en el artículo 259 bis cuyo tipo se define de la siguiente manera: "Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier, sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación"; se impone como sanción hasta cuarenta días de multa. Podría justificarse la descriminalización en forma similar a la indicada en el punto 6.11, respecto del artículo 210 y cancelarse.

6.13 Algunos de los tipos de abandono de persona dejando de atender la subsistencia de la abandonada y que se sanciona con prisión o multa; así, el abandono de cónyuge o de hijos contenido en el artículo 336 del CPF. Además, en el artículo 339 se establece una presunción *jure et de jure*, en contra de quien abandona, de que son premeditadas las lesiones o la muerte del cónyuge o los hijos abandonados. Otros supuestos de abandono de personas son los contenidos en los artículos 340 y 341 los cuales se sanciona con jornadas de trabajo, el primero de diez a sesenta y el segundo de quince a sesenta. El caso del artículo 343 del mismo código se refiere a la exposición de un niño en una casa de expósitos y la sanción es la pérdida de derechos que se tengan por los ascendientes o tutores sobre la persona y bienes del abandonado.

Algunos de los ilícitos penales en atención a la sanción establecida se pueden considerar como delitos de bagatela; por otra parte la presunción sanciona una conducta que no lesiona ni se realiza a través de acciones materiales.

6.14 Además, en su caso, podrían ingresar en esta forma de descriminalizar todos los delitos imprudenciales, en los cuales por principio sería importante se tuviera como propósito la amigable composición del conflicto y, en su caso, medidas reparadoras de daños y perjuicios.

6.15 Delitos en contra del patrimonio de las personas. En estos casos la actitud podría ser la de analizar la posibilidad de considerar montos menores y

Ausencia de actos violentos sobre las personas o cosas y procurar la reparación del daño, la aplicación de multas y, en su caso, la asistencia profesional a quienes despliegan la conducta ilegal. Por otra parte algunos delitos específicos de fraude puede estimarse que vulneran el artículo 17 constitucional en tanto se refieren a la prohibición de aprisionar por deudas de carácter civil; así, en el artículo 387 del CPF, por ejemplo, se tipifican las siguientes conductas: "Al que se haga servir alguna cosa o admita un servicio en cualquier establecimiento comercial y no pague el importe"; "al que compre una cosa mueble, ofreciendo pagar su precio al contado y rehúse, después de recibirla, hacer el pago o devolver la cosa, si el vendedor le exigiere lo primero dentro de quince días de haber recibido la cosa del comprador"; "al que hubiere vendido una cosa mueble y recibido su precio, si no la entrega dentro de los quince días del plazo convenido o no devuelve su importe en el mismo término, en el caso que se, le exija esto último".

7. Imposición de un tratamiento

En esta actitud se quita la prohibición penal y se sustituye por medicación en términos generales o terapias psiquiátricas o psicológicas.

7.1 Sería importante discutir el tipo penal previsto en el artículo 199 bis relacionado con el delito de peligro de contagio, considerando el objetivo de la prevención.

7.2 Algunos de los casos de delitos contra la salud, en los cuales se demuestre que el sujeto activo tiene adicción por algún tipo de sustancias tóxicas.

7.3 También se podría discutir el caso de la embriaguez cuando en dicho estado se cometen faltas a los reglamentos de tránsito y circulación de vehículos.

8. Epílogo

No estoy convencido de que esta colaboración esté acabada, pero como indiqué al principio me interesa presentar una invitación al debate sobre la desregulación penal en el ámbito de los conflictos sociales. La democracia es el libre juego de argumentos y objeciones con el propósito de convencer a los oponentes y, en su caso, llegar a los compromisos racionales en los cuales cada parte logra plasmar algo de sus pretensiones, pero también es la arena en la que se verifica la capacidad de saber ceder por comprender las posiciones ajenas.

Bibliografía

Balandier, Georges, *El desorden. La teoría del caos y las ciencias sociales. Elogio de la fecundidad del movimiento*, trad. Beatriz López, Editorial Gedisa, S. A., España, 1988.

BARATTA, ALESSANDRO, *CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y CRÍTICA DEL DERECHO PENAL*, TRAD. DE ÁLVARO BUNSTER, SIGLO VEINTIUNO EDITORES, MÉXICO, ESPAÑA, ARGENTINA, COLOMBIA, 1993.

Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, Hafner Publishing Co., New York, 1948.

BURTON, JOHN, *CONFLICT: RESOLUTION AND PROVENTION*, THE MAC- MILLAN PRESS LTD., LONDON, 1990.

FERRAJOLI, LUIGI, *DERECHO Y RAZÓN. TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL*, TRAD. PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, ALFONSO RUIZ MIGUEL, JUAN CARLOS BAYÓN MOHINO, JUAN TERRADILLOS BASOCO, ROCÍO CANTARERO BANDRÉS, SEGUNDA EDICIÓN, EDITORIAL TROTA, S. A., MADRID, 1997.

FERRATER MORA, JOSÉ Y COHN, PRISCILLA, ALIANZA EDITORIAL, S. A., MADRID, 1981.

HART, H. L. A., *THE CONCEPT OF LAW*, OXFORD AT THE CLARENDON PRESS, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 1961.

HART, H. L. A., "INTRODUCCIÓN A LOS PRINCIPIOS DE LA PENA" EN *DERECHO Y MORAL. ENSAYOS ANALÍTICOS*, EDITORIAL ARIEL, S. A., BARCELONA, 1990.

HART, H. L.A., *LAW, LIBERTY, AND MORALITY*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, LONDON OXFORD, 1963.

JANTSCH, ERICH, "HACIA LA INTERDISCIPLINARIEDAD Y LA TRANSDISCIPLINARIEDAD EN LA ENSEÑANZA Y LA INNOVACIÓN" EN *INTERDISCIPLINARIEDAD. PROBLEMAS DE LA ENSEÑANZA Y DE LA INVESTIGACIÓN EN LAS UNIVERSIDADES*, ANUIES, MÉXICO, 1975.

KERCHOVE, MICHEL VAN DE, "REFLEXIONS ANALYTIQUES SUR LES CONCEPTS DE DÉPÉNALISATION ET DE DÉCRIMINALISATION". EN *REVUE INTERDISCIPLINAIRE D 'ELUDES JURIDIQUES* 1984.12. FACULTÉS UNIVERSITAIRES SAINT-LOUIS, BRUXELLES.

MacCormick, Neil. *Derecho legal y social democracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, tr. Ma. Lola González Soler, Editorial Tecnos, S. a', Madrid, 1990.

MALEM. JORGE, *ESTUDIOS DE ÉTICA JURÍDICA*, DISTRIBUIDORA FONTA- MARA, S. A., MÉXICO. 1996.

MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS, "PRESENTE Y FUTURO DE LA LEGISLACIÓN PENAL. (UNA VISIÓN DE CONJUNTO)" EN *HACIA EL DERECHO PENAL DEL NUEVO MILENIO. CUADERNOS INACIPE*, MÉXICO. 1991.

PÉREZ CARRILLO, AGUSTÍN Y NETTEL, ANA LAURA, *MODELO DE POLÍTICA LEGISLATIVA. APLICACIÓN AL CASO DEL ABORTO EN MÉXICO*. EDITORIAL TRILLAS/UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA. MÉXICO, 1982.

PÉREZ CARRILLO, AGUSTÍN, *DERECHOS HUMANOS, DESOBEDIENCIA CIVIL Y DELITOS POLÍTICOS*, INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES, MÉXICO, 1991.

SINGER, PETER, *PRÁCTICA! ETHICS*, SECOND EDITION. CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 1993.

STUART MILL, JOHN. *SOBRE LA LIBERTAD*, EDICIONES GERNIKA, S. A., MÉXICO, 1996.