

La salvaguarda del derecho a la no discriminación a través de la sanción*

Roberto Lara Chagoyán*

SUMARIO. 1. Introducción. 2. ¿Qué concepción del Derecho conviene adoptar a la hora de diseñar —a nivel legislativo— estrategias encaminadas a erradicar las prácticas discriminatorias?; 3. ¿Qué tipo de consecuencias jurídicas conviene administrar para lograr una cultura de la igualdad?; 4. ¿Cuál es el estatuto jurídico de las sanciones administrativas?; 5. ¿Qué papel juegan las medidas promocionales del Derecho en materia de no discriminación?; 6. A manera de conclusión.

I. Introducción

El tema que me corresponde desarrollar comprende, al menos, dos grandes tópicos cuya teorización no ha resultado precisamente pacífica; me refiero a, por un lado, la **necesidad** de sancionar las violaciones al derecho a la no discriminación y, por otro, a la **pertinencia** de incluir sanciones administrativas en leyes antidiscriminatorias. Tal y como está construido el enunciado, pareciera que la necesidad de sancionar tales prácticas no resulta problemático y que, en cambio, sí lo es el hecho de incluir **sanciones administrativas** en las leyes destinadas a combatir la discriminación, como dando a entender que podrían admitirse otro tipo de sanciones.

Esta diferencia no es menor, porque, acudir como necesidad a la **sanción** o, en general, al aspecto coactivo del Derecho para regular una conducta, supone *prima facie* que otro tipo de medidas no han sido

* Presento este trabajo a manera de reporte de la capacitación in situ en el marco del XIV Seminario Internacional de Teoría del Derecho, celebrado entre los días 3 y 5 de mayo de 2012, en la Universidad Nacional del Sur, sita en la Ciudad de Bahía Blanca, República de Argentina.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante, España. Secretario de Estudio y Cuenta en la ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz, en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

suficientes —por decir lo menos— para alcanzar los fines propuestos. Asumir tal situación demuestra una genuina preocupación por la efectividad de las medidas antidiscriminatorias y, al mismo tiempo, una suerte de retroceso en cuanto a la concepción del Derecho que parece querer adoptarse; me refiero a la concepción del Derecho como conjunto de normas coactivas.

En cambio, la problematización parece quedar reservada para el tema relacionado con el tipo de sanción: si debe ser administrativa, en principio, o bien si conviene una sanción de tipo penal. Y yo agregaría un elemento más que me permitirá enlazar las dos partes del tema: determinar si la sanción debe ser negativa o podría ser también positiva.

Conviene aclarar que en este trabajo no pretendo teorizar sobre el concepto de discriminación o, más precisamente, del derecho a la no discriminación; baste decir que entiendo el concepto en los términos en que lo hace Ma. de los Ángeles Barrere, a saber, como un fenómeno injusto de carácter intergrupar, en el que se discrimina *contra* (y no *entre*) personas pertenecientes a un determinado grupo que se encuentra en una situación de dominio-subordinación de carácter estructural (Barrère, 2003, pp. 10-18).

Con este panorama, me voy a permitir dividir esta intervención en los siguientes 4 apartados: 1) ¿Qué concepción del Derecho conviene adoptar a la hora de diseñar —a nivel legislativo— estrategias encaminadas a erradicar las prácticas discriminatorias?; 2) ¿Qué tipo de consecuencias jurídicas conviene administrar para lograr una cultura de la igualdad?; 3) ¿Cuál es el estatuto jurídico de las sanciones administrativas?; y 4) ¿Qué papel juegan las medidas promocionales del Derecho en materia de no discriminación?

2. ¿Qué concepción del Derecho conviene adoptar a la hora de diseñar —a nivel legislativo— estrategias encaminadas a erradicar las prácticas discriminatorias?

Evidentemente, no voy a repasar las diferentes concepciones del Derecho en la historia de la filosofía jurídica; sólo voy a referirme a dos grupos de concepciones: el **formalismo jurídico** y el **paradigma constitucional**, como ejemplos extremos de lo que no conviene y conviene adoptar, respectivamente, para el fin que aquí se persigue.

A mi juicio, el formalismo (en cualquiera de sus acepciones: conceptual, legal y jurisprudencial) no resulta ser un esquema adecuado para implementar medidas legislativas o políticas públicas dirigidas a erradicar la discriminación porque sus postulados teóricos de alguna manera son acordes con una cultura de desigualdad y, me atrevería a decirlo, han sido el caldo de cultivo adecuado para que se haya generado esta cultura de la desigualdad en la que vivimos.

En efecto, las tesis o postulados básicos del formalismo son al mismo tiempo sus defectos, como lo afirman autores como Summers o Pérez Lledó (Atienza, 2001, p. 277). Veamos:

- a) El Derecho es un sistema completo y coherente capaz de dar una única respuesta correcta para cada problema. Ello implica que no cabe la modernización ni las normas promotoras de la *igualdad en la ley*, ya que para él basta una *igualdad ante la ley* (Atienza, 1998, p. 98) Más adelante volveré con esta distinción.
- b) Sólo los legisladores, y no los tribunales pueden crear Derecho, como consecuencia de la doctrina de la división de poderes
- c) El Derecho tiene (o debería tener) un carácter estático, por lo que los cambios legislativos deben reducirse al mínimo para evitar posibles rupturas en el sistema existente. La seguridad jurídica, así entendida, es un valor supremo.
- d) El Derecho válido consiste en reglas generales contenidos en Códigos y leyes (o en *case books* en el *common law*)

- e) El Derecho es tanto más perfecto cuanto mayor es su grado de generalidad y abstracción; en consecuencia, debe haber varios conceptos muy abstractos para de ellos partir.
- f) Los conceptos jurídicos tienen una lógica interna que permite deducir de ellos soluciones sin necesidad de recurrir a elementos extrajurídicos
- g) Las decisiones judiciales sólo pueden justificarse deductivamente, es decir, mediante el silogismo subsuntivo.
- h) La certeza y la predecibilidad (la seguridad jurídica) son los máximos ideales jurídicos
- i) La interpretación consiste sólo en descubrir los “significados objetivos” de la fuentes o la voluntad subjetiva del autor, sin dar lugar a la discrecionalidad.
- j) El formalismo no es una concepción del Derecho que se adecue a una sociedad en transformación
- k) El Derecho es algo sagrado; un fin en sí mismo; de ahí que ensalce los valores internos del Derecho —a cualquier Derecho—: el orden y la seguridad; que prescindan de cuáles puedan ser sus funciones sociales; que aisle —o pretenda aislar— el Derecho de la política; y que excluya la posibilidad de la crítica moral al Derecho... simplemente porque reduce lo justo a lo jurídico.

Ante un panorama como éste, en el que los operadores del sistema fuesen en su mayoría formalistas, conviene preguntarnos ¿cómo habrían de acoger las políticas públicas encaminadas a hacer efectivo el derecho la no discriminación funcionarios —legisladores, jueces, administradores— formalistas?

En contrapartida, tenemos el paradigma constitucional que supone una mejor respuesta a la realidad actual. Lo que se pretende con esta concepción del Derecho es la realización de un Estado Constitucional caracterizado por *“...una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invidente), capaz de condicionar tanto la legislación*

como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos y las relaciones sociales” (Guastini, 2003, p. 49)¹. Para este autor, la constitucionalización no es una cuestión de “todo o nada”, sino más bien de grado. Habría, entonces, un máximo de intensidad que se lograría si y sólo si se cumple con las siguientes condiciones, las cuales a su vez son cuestiones también graduables en lo particular:

- a) Una Constitución rígida;
- b) La garantía jurisdiccional de la Constitución;
- c) La fuerza vinculante de la Constitución;
- d) Una sobreinterpretación de la Constitución;
- e) La posibilidad de que se realice la interpretación conforme a la Constitución de las leyes;
- f) La aplicación directa de las normas constitucionales; y
- g) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

Yo agregaría uno más de cuño dworkiniano: tomarse en serio la protección y garantía de los derechos, para que éstos fueran considerados como cartas de triunfo frente al legislador, los jueces, la administración pública y la sociedad en general. En el caso del derecho a la no discriminación, el triunfo es evidente cuando se logra evitar un solo acto discriminatorio. Y ello, naturalmente, supone un fortalecimiento de la Constitución.

Pues bien, desde mi punto de vista, la discusión en torno a qué concepción del Derecho es adecuada para hacer justiciable y exigible el derecho a la no discriminación se ubica entre el formalismo y el nuevo paradigma del constitucionalismo.

Por ello, como dice Atienza, ante el advenimiento de la nueva Era del Constitucionalismo, es posible adoptar cualquiera de las siguientes actitudes: 1) Ignorar o negar el fenómeno y seguir construyendo la teoría

¹ Soy consciente de que Guastini es uno de los principales críticos del llamado “constitucionalismo”. En su obra ha mostrado gran escepticismo e incluso ha alertado sobre los “peligros” que éste supone. Esta definición, por ejemplo, tiene cierto tufo de crítica; sin embargo, a mi juicio, retrata de manera exacta la esencia de este tipo de concepciones.

del Derecho y la dogmática (yo añadiría la jurisprudencia) como se venía haciendo en el pasado; 2) reconocer la existencia de estos cambios y pensar que no es necesario hacer nada al respecto, porque los cambios van darse y a manejarse en automático; o 3) pensar que el nuevo fenómeno requiere también una nueva teorización. Todavía, esta última opción se desdobra entre dos grupos opuestos: 1) los que consideran que la nueva era debe hacerse desde la horma del positivismo jurídico, considerando que sólo es necesario reformarlo o desarrollarlo un poco; y 2) quienes consideran que el positivismo, en cualquiera de sus manifestaciones, no ofrece ya una base teórica adecuada para dar cuenta del nuevo fenómeno (Atienza, 2007, p. 115).

Me atrevo a decir que, en México, la mayoría de los funcionarios públicos en general, y los jueces en particular, son más propensos a adoptar cualquiera de las dos primeras actitudes antes que la tercera. Esto es: muchos de ellos estiman que no hay ningún cambio de paradigma y que, por tanto, no hay motivos para alterar el modo de ser de los jueces, o bien que el cambio existe, pero el viejo modelo lo resistirá adecuadamente. En contrapartida, una buena parte de los académicos se encuentran enfrascados en la polémica que suscita la tercera vía.

Por ello, creo que no es descabellado afirmar que en México existe un desfase entre la actitud generalizada de los funcionarios públicos (en particular los jueces) y el nuevo paradigma del constitucionalismo. Habría que decir, sin embargo, que en contrapartida existe un creciente grupo de funcionarios y de organizaciones de la sociedad civil que lentamente van construyendo el cambio tan anhelado; muestra de ello es este evento.

3. ¿Qué tipo de consecuencias jurídicas conviene administrar para lograr una cultura de la igualdad?

La sanción en sentido amplio, puede ser entendida como *cualquier* consecuencia jurídica que disponen las normas de carácter obligatorio. De

manera más concreta, se habla de sanción propiamente dicha cuando esa consecuencia es, a demás, de carácter coactivo, es decir, cuando supone la privación de un bien de la persona a la que se inflige. Y de manera más específica: cuando la privación de ese bien supone la privación de la libertad o, al menos, se encuentra asociada a algún tipo penal, hablamos de sanciones penales (Lara, R., 2005, pp. 385 y 386).

En materia de discriminación es posible admitir varios tipos de consecuencias jurídicas (coactivas y no coactivas) dependiendo del tipo de normas de que se trate, asumiendo, desde luego, que hemos abandonado la concepción formalista del Derecho. Es decir, habrá actos discriminatorios que sean auténticos delitos que merecerán sanciones penales, pero habrá otros que ameriten apenas una consecuencia coactiva no penal y otros que, posiblemente, admitan consecuencias jurídicas no coactivas.

Para fijar las fronteras teóricas del concepto, echaré mano de la teoría de Kelsen. Las propiedades necesarias y suficientes del concepto de sanción jurídica son las siguientes: a) se trata de un acto coercitivo, esto es, de un acto de fuerza efectiva o latente; b) tiene por objeto la privación de un bien; c) quien la ejerce debe estar autorizado por una norma válida; y d) debe ser la consecuencia de la conducta de algún individuo (Lara, R., 2004, pp. 137 y ss)².

Hay, sin embargo, dos sentidos más del término sanción: un *sentido amplio* referido a aquellos actos coactivos que son reacciones contra hechos socialmente indeseables que, al no configurar una conducta humana, no pueden ser considerados como prohibidos; estos actos tampoco están conectados con el concepto de ilicitud. Se trata de figuras afines a la sanción como la reclusión de enfermos contagiosos o peligrosos; la expropiación coactiva de bienes por utilidad pública; y la destrucción

² Estas notas las he extraído de mi libro *El concepto de sanción en la Teoría contemporánea del Derecho* [R. Lara, 2004], en el que presento un análisis sobre el concepto de sanción en Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen y Norberto Bobbio. Buena parte de esta análisis se basa en este libro.

coactiva de bienes o animales ante el peligro que representan o el riesgo que generan. Por otro lado, el *sentido amplísimo* de sanción abarca tanto a las sanciones propiamente jurídicas como a las figuras afines a la sanción, esto es, se refiere a la totalidad de actos coactivos estatales.

Para Kelsen, la sanción es el concepto primario del derecho, lo cual implica que todos los demás conceptos jurídicos se definen a partir del concepto de sanción: el acto ilícito no constituye la violación de una norma, sino la realización de una de sus condiciones de aplicación. La obligación jurídica es la conducta opuesta al ilícito. El derecho subjetivo puede verse en términos de derecho objetivo y, en consecuencia, también se define, aunque indirectamente, a partir del concepto de sanción. Para definir de esta última forma el concepto de derecho subjetivo es menester determinar el significado del ambiguo término que lo expresa, pues éste puede tener las siguientes acepciones: reflejo de una obligación; derecho en sentido técnico; permisión positiva; derecho político; y libertad fundamental; en todos estos casos, el concepto originario es —o se supone que es— el de sanción. El concepto de responsabilidad es definido por Kelsen como la situación normativa en la que se encuentra un individuo que es susceptible de ser sancionado por la comisión —propia o ajena— de un acto ilícito determinado.

Por otro lado, para Kelsen, la sanción es el criterio de individualización de las disposiciones jurídicas, ya que para él una norma es jurídica si estatuye ella misma un acto coactivo (una sanción), o bien está en una relación esencial con una norma que lo estatuya.

Una crítica que suele dirigirse a Kelsen —como buen formalista— y que tiene mucho que ver con su concepción de la sanción es la reducción del derecho a la fuerza. Sin embargo, el autor de la Teoría pura sostiene que esa reducción no tiene lugar en su obra porque la amenaza de daño y el orden jurídico son cosas distintas. Señala esencialmente tres diferencias: 1) el sentido de la amenaza es la predicción de un daño o un mal que será infligido, en tanto que el sentido del orden jurídico es que, bajo ciertas

condiciones, *deberán* ser infligidos ciertos daños; 2) los actos mediante las cuales se instaura el derecho tienen al mismo tiempo un sentido objetivo y un sentido subjetivo, es decir, son reconocidos como actos válidos productores o aplicadores de normas y al mismo tiempo tienen el sentido de obligar al destinatario, mientras que los actos de mera expresión de fuerza (como los de un salteador de caminos) pueden tener un sentido subjetivo, pero no un sentido objetivo; 3) los actos instauradores y aplicadores del derecho tienen como presupuesto la norma fundamental, mientras que los actos de mera amenaza no tienen ese presupuesto.

Con todo, las razones que da Kelsen no parecen convincentes. El cierre del sistema mediante la norma fundamental sólo puede funcionar si se acepta que la propia norma fundamental está determinada en última instancia por la efectividad del poder coercitivo. Lo que esa norma hace es autorizar el empleo del poder físico, que de esa forma resulta válido jurídicamente. Pero eso significa que la norma fundamental es el criterio de legitimación de la amenaza del ejercicio de la fuerza y que el poder coactivo eficaz está jurídicamente autorizado precisamente porque de hecho es capaz de imponerse. En suma, en lugar de que el derecho determine al poder —como pretendía Kelsen— todo parece indicar que, en su teoría, es el poder el que determina al Derecho (Lara, R., 2004, pp. 135-213).

Por otro lado, a nivel teórico se discute profusamente la consideración o no de la nulidad como una sanción. Roger Cotterrell, al analizar las tesis de Austin, señala que la equivalencia entre sanción y nulidad puede darse si se toma en cuenta que las nulidades generan desventajas tanto a los ciudadanos comunes como a los funcionarios. En esas desventajas puede verse una mínima idea de reproche. Por ejemplo, en las reglas que confieren poderes públicos puede entenderse que hay un reproche al ejercicio de la capacidad profesional de un funcionario cuando éste ve anulada o invalidada su actividad; las consecuencias negativas que sufra se manifiestan en el desprestigio o la afectación a su reputación.

Cotterrell aclara que, para que haya una sanción de nulidad en estos casos, es necesario que exista un deber de ejercicio por parte del titular del poder. Por otro lado, en el ámbito privado, en los negocios jurídicos, la nulidad implica muchas veces el no nacimiento de ciertos derechos subjetivos, lo cual puede verse perfectamente como una sanción (Lara, R., 2004, p. 122 y ss.).

Hart, por su parte, no admite que la nulidad pueda ser considerada como una sanción: la sanción implica necesariamente un daño, pero no así la nulidad. El contratante que ve anulado el contrato por algún vicio del consentimiento no tiene por qué ver necesariamente como un daño esa anulación. Para Hart, la relación entre las normas que establecen obligaciones y la sanción no es una relación intrínseca porque puede haber normas de este tipo sin sanciones; en cambio, la relación entre las reglas que confieren poderes y la nulidad sí es una relación intrínseca toda vez que no puede haber normas de este tipo sin una referencia a la validez o a la nulidad de los actos jurídicos realizados. Hart distingue, pues, la función de los diferentes tipos de reglas y con ello muestra que nulidad y sanción juegan papeles distintos: mientras que las sanciones tienen como función desalentar o evitar ciertas conductas futuras dado su carácter amenazador, la nulidad cumple simplemente la función de imposibilitar que un acto tenga fuerza o efectos jurídicos (Lara, R., 2004, pp. 125 y ss.).

Carlos Nino ofrece una posible solución para el problema de la sanción como nulidad: verla no como motivo para la acción, sino como la privación de un bien. Si tratamos de buscar cuál sería el bien afectado por la nulidad tendríamos que considerar que se trata, como dice Nino, de "la negativa a prestar la coacción estatal" que sufre el interesado por la falta de validez del acto en cuestión. Es decir, que la persona a quien se le anula un acto jurídico se le deja sin la tutela del derecho, lo cual supone una molestia objetiva. En el ámbito privado, una persona a quien se le anula alguna actuación pierde la posibilidad de que sus derechos subjetivos

nazcan, porque la invalidez del contrato no genera ningún deber para el otro contratante. Si no existiera la nulidad no habría respaldo de la coacción estatal, lo cual, como dice Nino, haría muy difícil la existencia de los contratos. Alchourrón y Bulygin señalan que así como las sanciones negativas constituyen la forma típica de reaccionar frente al incumplimiento de obligaciones, la nulidad constituye una reacción típica frente a otro tipo de situaciones que no reúnen los requisitos exigidos por una definición de obligación (Lara, R., 2004, p. 128).

Otra forma de ver este problema consiste en distinguir, como hacen Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, entre actos que no pretenden ser casos de ejercicio de un poder normativo y actos que, al menos *prima facie*, se presentan como casos de ejercicio de poder normativo y que al hacerlo así pretenden dar lugar a un resultado institucional, que bien implique un cambio en el universo de las normas generales, o bien en la situación normativa de individuos determinados. Los autores hacen esta distinción pensando precisamente en las tesis de Hart, quien pensaba en actos del primer tipo, pero no en los del segundo. Para ellos, cuando se trata de actos para cuya anulación es necesario un pronunciamiento de la autoridad, la nulidad cumple un papel análogo al de la sanción en relación con las normas regulativas. Su razonamiento es el siguiente: si una función central de la sanción es prevenir la comisión de conductas indeseables, una función central de la nulidad (en sus diversos grados) es la de prevenir la introducción de resultados indeseables en el Derecho. De este modo, coinciden con Nino o Alchourrón y Bulygin, en que la nulidad implica, como la sanción, un juicio de reproche; solamente que lo reprochado aquí es que no se ha usado correctamente la norma que confiere el poder normativo de que se trate. Asimismo, los autores estiman que el reproche asociado a la nulidad puede estar o no acompañado de otro reproche de naturaleza distinta, a saber: del que se deriva de haber violado una norma regulativa. Por ejemplo, no se produciría este segundo reproche cuando un negocio jurídico resulta ser nulo como consecuencia de un mero defecto de

forma; en cambio, sí se produciría en aquellos supuestos en que la raíz de la invalidez se encontrara en la comisión de un delito (Atienza y Ruiz Manero, 2009, pp. 54-57).

En suma, ante el problema de entender o no a las nulidades como sanciones es recomendable distinguir entre el enfoque estructural y el funcional: desde el punto de vista estructural está claro que sanción y nulidad son conceptos distintos: por ejemplo, las sanciones están vinculadas con las normas regulativas (es decir con los deberes), pero no así las nulidades que más bien se entienden relacionadas con las normas que confieren poderes. Sin embargo, no cabe duda de que, desde el punto de vista funcional, existen analogías, pues las nulidades cumplen una función motivadora semejante a la de las sanciones toda vez que amenazan con un tipo especial de “mal” a aquellos que no toman en cuenta lo establecido por el Derecho; dicho mal puede traducirse en la falta de respaldo coactivo del Estado que sufre la persona interesada en la validez del acto que ha devenido en nulo.

4. ¿Cuál es el estatuto jurídico de las sanciones administrativas?

Una referencia teórica clásica sobre las sanciones administrativas se encuentra en la obra de Jeremy Bentham quien entiende a estas sanciones como una especie de sanción política en la que el funcionario que la impone está investido de poder político-administrativo (Bentham, 1996, p. 34).

Recientemente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha vuelto a discutir sobre la naturaleza de este tipo de sanciones; concretamente, ha debatido en cuanto a los criterios para administrar la aplicación de las miasmas. Los extremos de la discusión son los siguientes: para algunos ministros, el control constitucional de las normas sancionadoras, de cara a las garantías de seguridad jurídica y al principio de reserva de ley, debe dirigirse exclusivamente a las normas penales; para otros, en cambio, el

poder punitivo del Estado constituye una unidad y, en consecuencia, el control constitucional debe dirigirse a todo tipo de sanciones, incluyendo a las administrativas. Veamos algunos de estos criterios; en primer lugar, veremos una tesis aislada de la Primera Sala emitida en el 2005 en la que, por unanimidad, se consideran de distinta naturaleza las sanciones civiles y penales:

“SANCIONES PENALES Y ADMINISTRATIVAS. SUS DIFERENCIAS. El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, como uno de los principios sobre los cuales descansa todo el sistema de administración de justicia en materia penal, que al Ministerio Público y a la Policía Judicial corresponde la persecución de los delitos, en tanto que a los Jueces compete en exclusiva la imposición de las penas; de donde se advierte que, para tales efectos, las penas deben considerarse como las sanciones derivadas de la comisión de ilícitos criminales, a fin de distinguirlas de las originadas por las faltas a los reglamentos gubernativos y de policía, a las cuales calificó como infracciones. En este sentido, tratándose de servidores públicos, la sanción administrativa deriva de una infracción a las reglas que deben observar en el desempeño de sus funciones, contenidas en el artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, cuyo incumplimiento da lugar a iniciar el procedimiento respectivo y a la aplicación de las sanciones previstas en dicha ley; en cambio, la sanción penal deriva de la comisión, por parte de cualquier sujeto, de un acto u omisión tipificados como delito por la legislación penal, lo que implica que por ser diferentes las causas que generan las sanciones administrativas y las penales, la naturaleza de éstas también sea distinta”³.

Más adelante, en el 2006, el Tribunal Pleno, al resolver una acción de inconstitucionalidad, determinó que la naturaleza de ambas sanciones es esencialmente la misma:

“DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PARA LA
CONSTRUCCIÓN DE SUS PROPIOS PRINCIPIOS

³ Tesis aislada 1a. XL/2005, emitida por la Primera Sala, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXI, junio de 2005, página 175. Amparo directo en revisión 1710/2004. César Manuel Reséndiz Sánchez. 26 de enero de 2005. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz.

CONSTITUCIONALES ES VÁLIDO ACUDIR DE MANERA PRUDENTE A LAS TÉCNICAS GARANTISTAS DEL DERECHO PENAL, EN TANTO AMBOS SON MANIFESTACIONES DE LA POTESTAD PUNITIVA DEL ESTADO. De un análisis integral del régimen de infracciones administrativas, se desprende que el derecho administrativo sancionador posee como objetivo garantizar a la colectividad en general, el desarrollo correcto y normal de las funciones reguladas por las leyes administrativas, utilizando el poder de policía para lograr los objetivos en ellas trazados. En este orden de ideas, la sanción administrativa guarda una similitud fundamental con las penas, toda vez que ambas tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico; en uno y otro supuesto la conducta humana es ordenada o prohibida. En consecuencia, tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador resultan ser dos inequívocas manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, entendida como la facultad que tiene éste de imponer penas y medidas de seguridad ante la comisión de ilícitos. Ahora bien, dada la similitud y la unidad de la potestad punitiva, en la interpretación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador puede acudirse a los principios penales sustantivos, aun cuando la traslación de los mismos en cuanto a grados de exigencia no pueda hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. Desde luego, el desarrollo jurisprudencial de estos principios en el campo administrativo sancionador -apoyado en el Derecho Público Estatal y asimiladas algunas de las garantías del derecho penal- irá formando los principios sancionadores propios para este campo de la potestad punitiva del Estado, sin embargo, en tanto esto sucede, es válido tomar de manera prudente las técnicas garantistas del derecho penal⁴.

TIPICIDAD. EL PRINCIPIO RELATIVO, NORMALMENTE REFERIDO A LA MATERIA PENAL, ES APLICABLE A LAS INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. El principio de tipicidad, que junto con el de reserva de ley integran el núcleo duro del principio de legalidad en materia de sanciones, se manifiesta como una exigencia de predeterminación normativa clara y precisa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. En otras palabras, dicho principio se cumple cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción y de la sanción; supone en todo caso la presencia de una *lex certa* que permita predecir con suficiente grado de

⁴ Jurisprudencia P./J. 99/2006, emitida por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXIV, agosto de 2006, página 1565. El Tribunal Pleno, el quince de agosto en curso, aprobó, con el número 99/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a quince de agosto de dos mil seis.

seguridad las conductas infractoras y las sanciones. En este orden de ideas, debe afirmarse que la descripción legislativa de las conductas ilícitas debe gozar de tal claridad y univocidad que el juzgador pueda conocer su alcance y significado al realizar el proceso mental de adecuación típica, sin necesidad de recurrir a complementaciones legales que superen la interpretación y que lo llevarían al terreno de la creación legal para suplir las imprecisiones de la norma. Ahora bien, toda vez que el derecho administrativo sancionador y el derecho penal son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado y dada la unidad de ésta, en la interpretación constitucional de los principios del derecho administrativo sancionador debe acudir al aducido principio de tipicidad, normalmente referido a la materia penal, haciéndolo extensivo a las infracciones y sanciones administrativas, de modo tal que si cierta disposición administrativa establece una sanción por alguna infracción, la conducta realizada por el afectado debe encuadrar exactamente en la hipótesis normativa previamente establecida, sin que sea lícito ampliar ésta por analogía o por mayoría de razón⁵.

Como puede verse, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido criterios opuestos al respecto, lo cual no ha permitido univocidad en la resolución de diversos casos. No pasa inadvertido que, en términos estrictamente formales, los últimos dos criterios (los del tribunal pleno) son los que prevalecen y podrían representar *la* opinión de la Corte; sin embargo, los ministros disidentes (prácticamente toda la Primera Sala de ese momento) no están necesariamente obligados a aceptar los del Tribunal Pleno, y será la votación de cada caso concreto lo que decida la cuestión.

Pero más allá de esto, conviene preguntarnos: ¿qué actitud corresponde adoptar a un Tribunal Constitucional en cuanto al problema de considerar si las garantías del debido proceso —propias del Derecho Penal— deben aplicarse también en los casos en los que se deban aplicar sanciones administrativas? Esto es: ¿para sancionar a un discriminador —

⁵ Jurisprudencia P./J. 100/2006, emitida por el Tribunal Pleno, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXIV, agosto de 2006, página 1667. Acción de inconstitucionalidad 4/2006. Procurador General de la República. 25 de mayo de 2006. Unanimidad de ocho votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón, Sergio Salvador Aguirre Anguiano y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretarios: Makawi Staines Díaz y Marat Paredes Montiel.

que violó derechos fundamentales— deben respetarse las garantías del debido proceso? La respuesta obvia y garantista es un rotundo sí. Sin embargo, la cuestión se complica cuando añadimos a la discusión teórica cuestiones empíricas tales como el actual clima de impunidad en el que vivimos o la probada ineficacia de las instituciones públicas encargadas de la administración de justicia en todos los niveles.

Esto último llevaría la discusión a otros ámbitos, como el sociológico o el politológico que escapan a mi formación y capacidad; no obstante, considero que la respuesta tendría que ser seguir apostando, por un lado, por las garantías de los derechos de seguridad jurídica en su propia dimensión y, por otro, por una auténtica construcción de la cultura de la igualdad transversal, en la que el Derecho aparece como una condición necesaria, aunque no suficiente. Nunca, parafraseando a Ihering, resultaría conveniente abandonar la lucha por el Derecho.

5. ¿Qué papel juegan las medidas promocionales del Derecho en materia de no discriminación?

Asociar los males con el término sanción parece ser lo más intuitivo: la mayoría de las personas que oyen hablar de sanciones tienen representaciones mentales de prisiones, multas, reos, dolor, etcétera. En la teoría contemporánea del derecho esta imagen es algo distinta. Por ejemplo, Jeremy Bentham y Norberto Bobbio se preocuparon por el concepto de sanción jurídica positiva; en particular, a Bobbio se debe el desarrollo de una teoría promocional del derecho que ve a éste como una guía eficaz de la conducta a través del reconocimiento e incentivación de ciertas conductas. Tanto Kelsen como Austin consideraron más bien que las sanciones positivas desvirtúan el concepto jurídico de sanción y acaso el del derecho (Lara, R., 2004, p. 303).

Bentham fue uno de los primeros autores en darse cuenta de la importancia que tienen las sanciones positivas en la teoría del derecho. De hecho dedica una parte de su obra a lo que él llamó “Derecho premial”. Aunque para él el elemento fundamental de un sistema jurídico se encuentra en la idea de coerción que se manifiesta mediante las sanciones negativas, los premios tienen, desde el punto de vista funcional, la misma razón de ser que los castigos, en el sentido de que en ambos casos se trata de mecanismos de motivación de la conducta. De manera que la importancia que atribuyó al castigo no le llevó a descartar la idea de que la conducta también se puede normar mediante motivaciones seductoras (Lara, R., 2004, pp. 49-51).

Por otra parte, una vez que Bobbio dio su conocido giro de la estructura a la función en cuanto a la concepción del derecho, centró su atención en la pregunta ¿para qué sirve el derecho? En lugar de ¿qué es el Derecho? Así, se ocupó del análisis de nuevas funciones del derecho -o por lo menos no tomada en cuenta tradicionalmente-: la función distributiva y la función promocional. La idea fundamental de Bobbio es que, en el paso del Estado liberal al Estado social, el ejercicio de la función primaria de regular el comportamiento ha asumido formas distintas a las tradicionales que reposaban en la intimidación mediante sanciones negativas. Esas nuevas formas son medidas de alentamiento como los premios (sanciones positivas) son las promesas de premios consistentes en otorgar una satisfacción a quienes han cumplido con una determinada actividad. Los incentivos, por su parte, son medidas que sirven para alentar el ejercicio de una actividad económica determinada que redundará en beneficios colectivos. Las facilitaciones son, finalmente, medidas de organización que consisten en proveer de medios necesarios para el desarrollo de cierta actividad orientada a un fin (Lara, R., 2004, pp. 240 y ss.).

Los mecanismos promocionales tienen la ventaja de que influyen positivamente en la psique del destinatario ofreciéndole ventajas, haciéndole más fáciles las cosas y estimulándole a actuar conforme a las

normas. La diferencia entre la técnica promocional y la tradicional de la sanción negativa está en el hecho de que el comportamiento que tiene consecuencias jurídicas no es ahora la inobservancia, sino la observancia. Ese análisis funcional de la sanción no resulta, sin embargo, incompatible con la concepción kelseniana: las sanciones positivas entran perfectamente en la estructura de la norma primaria de Kelsen: si es A, debe ser B, si se interpreta que A no es un ilícito sino una conducta conforme, y que B no es un castigo sino un premio. Y, finalmente, tanto las sanciones positivas como los incentivos no son más que técnicas específicas de organización social. Desde luego, Bobbio no quedo exento de críticas; sin embargo, no entraré a ellas por cuestiones de tiempo (Lara, R., 2004. p 297).

Desde mi punto de vista no es que la idea de sanción positiva cambie el concepto de Derecho, sino viceversa: un concepto más amplio de Derecho en el que se tomen en cuenta sus distintas funciones hace posible que se admita como jurídico el concepto de premio. No se puede olvidar que el respaldo eficaz de las medidas promocionales del derecho sigue basándose en último término en la existencia de actos coactivos. De manera que las sanciones positivas no tienen la misma importancia que las negativas, pero su utilidad no puede ponerse en tela de juicio.

De este modo, quiero terminar mi intervención proponiendo la implementación de esta función promocional del Derecho para hacer efectivas las políticas públicas en materia de derecho a la no discriminación. Esta propuesta es, me parece, acorde con concepciones no formalistas del Derecho y con el nuevo paradigma constitucional que pretende extender la idea de constitución a todos los ámbitos de la vida pata que, como dice Josep Aguiló, aspirar a vivir bajo una Constitución mejor que simplemente tener una constitución.

6. A manera de conclusión

A partir de todo lo anterior, es posible aventurar una conclusión general: la sanción negativa —de cualquier tipo— no es, sin más, la solución para garantizar el derecho fundamental a la no discriminación, como no lo es para garantizar, en ese sentido, cualquier otro derecho fundamental. Una visión tradicional del Derecho, visto como un conjunto de normas coactivas, ya no se corresponde con los nuevos tiempos que vivimos; dicho de otro modo, ya no se corresponde con la modernidad.

La concepción de Derecho que se sugiere es una que sea próxima al paradigma constitucional en el que los derechos fundamentales constituyan la base axiológica sobre la que descansan (o debieran descansar) todos los enunciados pertenecientes al sistema jurídico. Una concepción de este tipo da a la sanción una dimensión propia: las sanciones negativas se asocian a las normas obligatorias o prohibitivas, pero no así a las que confieren poderes públicos o privados. Promover una conducta deseada, fin corriente de cualquier sistema jurídico, no tiene por qué asociarse necesariamente con el aspecto coactivo.

Actualmente, los sistemas de Derecho modernos intentan promover, antes que la mera obediencia, una verdadera cultura del cumplimiento o, dicho en palabras de Hart, buscan construir un *punto de vista interno* de las normas y sus valores. La consolidación de los derechos fundamentales en una sociedad requiere ciertamente de normas y en algunos casos de normas sancionatorias, pero eso no basta.

En México tenemos varios problemas con las normas creadas por el legislado; por ejemplo, problemas relacionados con la idea de **sistema**. Me explico, desde el punto de vista teórico, es posible desplegar toda la base axiomática del sistema (conjunto de enunciados que lo componen) para determinar qué soluciones corresponden a los distintos casos, lo cual supone la determinación previa del conjunto de todas las circunstancias fácticas o caso posibles (universo de casos) y del conjunto de todas las soluciones admisibles (universo de soluciones). De esta manera es posible detectar tres cuestiones: 1) que el sistema es **completo**, puesto que en

ningún caso hay ausencia de solución correlacionada, es decir, no hay lagunas normativas; 2) es **coherente**, ya que en ningún caso hay soluciones incompatibles correlacionadas, es decir, antinomias y 3) es **independiente**, en tanto en ningún caso contiene soluciones redundantes correlacionadas (Bulygin-Mendonca, 2005, p. 43).

De este modo, podemos decir que en México tenemos los tres tipos de problemas: **completitud**, por la falta de regulación de muchos supuestos (lagunas), por ejemplo, en materia de no discriminación (libre acceso a personas con capacidades diferentes, inclusión de los derechos de los pueblos indígenas en el contexto jurídico y un largo etcétera; problemas de **coherencia**, ya que cada que se reforma o se crea una ley no se toman las precauciones adecuadas para prevenir la generación de antinomias; y finalmente, problemas de **independencia** en tanto existe gran redundancia en diversos cuerpos legales y reglamentarios, lo cual acarrea no pocos problemas interpretativos.

Otro problema relacionado con la ley tiene que ver con la diferencia que antes apuntábamos entre igualdad en la ley e igualdad ante la ley. El profesor Atienza no puede ser más elocuente (Atienza, 1998, p. 98):

“La igualdad ante la ley viene a coincidir, en amplia medida, con lo que antes se ha denominado justicia del acto: implica que las normas deben aplicarse de igual manera a casos iguales, lo que, a su vez, presupone la existencia previa de normas generales, es decir, de normas cuyos destinatarios son, al menos potencialmente, todos los miembros de una comunidad (por ejemplo, todos los ciudadanos de un Estado). Pero la igualdad ante la ley —una de las conquistas históricas de la burguesía— no es una noción puramente formal, en cuanto que supone también, o ha llegado a suponer la exigencia de que la ley no discrimine por razones de nacimiento, raza, sexo, religión, etcétera [...]. La igualdad *en* la ley implica todavía algo más, a saber, la exigencia de que la ley nos haga, o contribuya a hacernos, efectivamente iguales [...]; es decir, se trata de que la ley persiga como objetivo igualarnos en cuanto a ciertas características (asegurando unos mínimos económicos, sanitarios o educativos), lo que supone, ya que las características de base son distintas, que el trato debe ser desigual. Esta idea de igualdad material, pero limitada, está

vinculada al Estado social, intervencionista, de Derecho y con los denominados «derechos económicos, sociales y culturales».

Evidentemente, esta es una tarea de un legislador racional y realmente comprometido. Lo cuestionable en nuestro país es que el término legislador racional le queda demasiado grande a nuestra clase política a la que le corresponde tomar este tipo de decisiones. Pero no aun cuando estos problemas se resolvieran —lo cual supone que ocurra el milagro de la transfiguración de los políticos en seres racionales— faltaría un cambio de cultura jurídica en los operadores del sistema, especialmente en el aparato judicial. Y todavía más: aun cuando las normas gozaran de una salud aceptable y la cultura judicial se hubiese modernizado, el goce de los derechos no sería por ese hecho una realidad, pues faltaría generar una ciudadanía aceptante de las normas para que fuese **obediente** de las mismas. La sociedad necesita pasar de un “el que obedece no se equivoca”, propio del fascismo, a un “el que participa y se compromete con la creación y perfeccionamiento del Derecho, puede aceptarlo y, por ende, obedecerlo con mayor facilidad”. Pero para que ello ocurra, la sociedad necesita primero comer y resolver sus necesidades primarias, y posteriormente, aprender a pensar y a construir un espíritu crítico.

Naturalmente, ello supone un cambio estructural en la sociedad; un replanteamiento de las políticas económicas que apunten a disminuir —y no a promover, como ocurre actualmente— la brecha entre los que tienen y no tienen, entre los que saben y no saben, entre los que son conscientes del problema y quienes no lo son. La solución, pues, no se agota legislando ni creando simplemente más normas; es una quimera pensar que los problemas sociales se resuelven en el papel de la ley más que en los hechos cotidianos relacionados con su operación.

A los juristas —legisladores, jueces y aplicadores en general de las normas— nos corresponde una gran responsabilidad para generar el cambio; pero también tienen mucho que hacer los académicos, los

políticos, los servidores públicos y las organizaciones de la sociedad civil. Cada uno en su propio ámbito y utilizando la imaginación creativa e incluyente; pero si ha de pasarse por la creación y aplicación de las normas jurídicas, que se haga desde una perspectiva no tradicional, ni formalista que no acepta demasiados cambios ni modernizaciones. Aquí es donde hay que tener cuidado con la sanción, pues es uno de esos conceptos de los que se sirve el formalismo para fundar su visión estática.

Bibliografía

- Atienza y Ruiz Manero (2009): Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá.
- Atienza (1998): Manuel Atienza, *Introducción al Derecho*, Fontamara, México.
- Atienza (2001): Manuel Atienza, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- Atienza, Manuel (2007): “Argumentación y Constitución”, en *Fragments para una Teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid.
- Barrère (2003) Ma. de los Ángeles Barrere Unzueta, “Igualdad y «discriminación positiva»: un esbozo de análisis teórico-conceptual”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, no. 9. (<http://www.uv.es/CEFD/9/barrere1.pdf>).
- BENTHAM (1996): Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Clarendon Press, Oxford.
- Bulygin y Mendonca (2005): Eugenio Bulygin y Daniel Mendonca, *Normas y sistemas normativos*, Marcial Ponds, Madrid-Barcelona.
- Guastini (2003): Ricardo Guastini, “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid.
- Lara, R. (2004): Roberto Lara Chagoyán, *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del Derecho*, Fontamara, México.

Lara, R. (2005): Roberto Lara Chagoyán, “Seis problemas relacionados con el concepto de sanción”, en CÁCERES, Enrique, et. al., *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2005, pp. 385-402.