

Doctrina



Indagaciones a propósito del derecho a la no discriminación y su protección penal

Manuel Vidaurri Arechiga¹

Revista Penal, n.º 23.—Enero 2009

RESUMEN: El propósito de este artículo es indagar acerca de las posibilidades de extender la protección de la dignidad humana por medio del Derecho penal. Se parte de la afirmación de que el derecho a la no discriminación constituye un bien jurídico de la máxima relevancia en las sociedades democráticas.

PALABRAS CLAVE: Derecho penal, bien jurídico, dignidad humana, política criminal, discriminación

ABSTRACT: The intention of this article is to investigate about the possibilities of extending the protection of the human dignity by means penal right. Part of the affirmation of which of the right to non discrimination constitute a legally protected interest of the maximum relevance in the democratic societies.

KEY WORDS: Penal right. Legally protected interest. Human dignity. Criminal policy. Discrimination.

SUMARIO: 1. Palabras de introducción 2. El derecho a la no discriminación. 3. Contenido esencial del derecho a la no discriminación 4. La protección penal de bienes jurídicos. 5. Protección penal del derecho a la no discriminación.

1. Palabras de introducción

Gilberto Rincón Gallardo, actual Presidente del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, escribió: «*las prácticas discriminatorias permean todos los ámbitos de nuestra vida social. A diferencia de otras conductas lesivas para las personas y para su dignidad, las prácticas discriminatorias son frecuentemente invisibles para nuestro orden legal y para la acción de las instituciones, pues estos agravios carecen, en general, de codificación jurídica y, por ello, de persecución legal por parte del Estado. Pero sabemos que la discriminación es abrumadoramente real y que su extensa presencia exhibe la gran distancia que nos separa de*

la sociedad justa y equitativa que queremos para México»². Según pensamos, estas palabras son emblemáticas y sirven claramente a los propósitos que alientan la redacción de este artículo: indagar respecto de las posibilidades que tiene el Derecho penal para enfrentar una práctica social tan deleznable como la discriminación; sobre todo si tenemos en cuenta que por virtud de los principios de fragmentariedad y subsidiaridad deviene aconsejable observar, antes que la penal, la eficacia y conveniencia de la utilización de otras expresiones jurídicas menos trascendentes y enérgicas. Queremos pues, más que ser concluyentes, encontrar argumentos jurídicos (básicamente teóricos) que nos permitan fundamentar alguna propuesta específica. Se trata, en todo caso,

1. Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, Profesor Investigador del Departamento de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Administración Pública de la Universidad de Guanajuato. Miembro Correspondiente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, Procurador de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato.

2. «La Discriminación en México: por una Nueva Cultura de la Igualdad», *Informe General de la Comisión Ciudadana de Estudios Contra la Discriminación*, México, 2001, pág. 19.

Revista Penal

Indagaciones a propósito del derecho a la no discriminación y su protección penal

de un trabajo meramente introductorio, tal y como buscamos dejar sentado desde el propio título.

En la elaboración de este opúsculo nos ha sido sumamente útil el trabajo realizado por la Comisión Ciudadana de Estudios Contra la Discriminación, instalada el 27 de marzo de 2001 y que concluyó sus esfuerzos publicando un Informe General³ cuyo contenido no solo es rico en datos sino también en conceptualizaciones y explicaciones objetivas y convincentes. En ese Informe General se enfatiza una realidad incontestable, misma que resumidamente presentamos a continuación citando algunas expresiones ahí contenidas:

«Los actos en los que se manifiesta la discriminación son violaciones directas a los derechos humanos fundamentales»⁴;

«Por su dimensión, por sus participantes, por sus objetivos y por sus instrumentos, la lucha contra la discriminación no puede entenderse sino como una política de Estado, esto es, como un esfuerzo de largo plazo basado en una visión compartida de los actores centrales de la política mexicana acerca de los requisitos imprescindibles para mejorar la calidad de vida democrática del país»⁵;

«El arraigo, la variedad, la mutabilidad y las múltiples causas de las prácticas discriminatorias no podrán ser enfrentadas solo a través de la acción legislativa. Ciertamente el cambio legislativo no es suficiente, aunque sin duda es imprescindible»⁶;

«Mientras más se precisen los derechos de las personas y mientras más se especifiquen las obligaciones institucionales tanto en el espacio público como en el privado para asegurar

el goce de los derechos y libertades, así como para garantizar la igualdad real de oportunidades, habrá mejores condiciones para revertir el enorme daño social ocasionado por las prácticas discriminatorias y para transformar las premisas culturales que las sostienen»⁷;

«El combate a la discriminación reclama una acción social, cultural, jurídica y política inaplazable. Su postergación solamente conduciría a seguir incrementando el impacto negativo que este fenómeno ha tenido en el desarrollo general del país y a dificultar enormemente el despliegue pleno de las capacidades humanas con que cuenta México»⁸;

«La discriminación reduce, aísla, soslaya. A través de ella se estigmatiza a los seres humanos y se profundiza la desigualdad»⁹.

«La lucha contra la discriminación no se reduce a instaurar políticas asistenciales para uno u otro grupo vulnerable o vulnerabilizado»¹⁰.

Sin ser las únicas expresiones útiles por su esclarecida formulación y racional contenido, dejemos que sean éstas las que enmarquen las finalidades que perseguimos. De cualquier manera, más detalles pueden conocerse y contrastarse del estudio que cada quien haga de este Informe General que, dicho sea de paso, analiza la situación específica de la discriminación por género¹¹, por la pertenencia a un grupo étnico¹², por discapacidad¹³, la sufrida por niñas, niños y adultos mayores¹⁴, la discriminación re-

3. *Op. cit.*, nota 2.

4. *Op. cit.*, pág. 21.

5. *Op. cit.*, pág. 23.

6. *Op. cit.*, pág. 25.

7. *Op. cit.*, pág. 25.

8. *Op. cit.*, pág. 29.

9. *Op. cit.*, pág. 25.

10. *Op. cit.*, pág. 23.

11. «Históricamente, y nuestro país no ha sido la excepción, la discriminación hacia las mujeres ha sido una de las barreras fundamentales para lograr uno de los objetivos básicos de toda democracia, a saber, las creación de las condiciones que permitan el ejercicio de los derechos ciudadanos de manera universal. En efecto, el trato injusto y arbitrario de que han sido objeto las mujeres muestra con nitidez los efectos producidos por la transformación de la diferencia en simple y llana desigualdad. La profundidad y el arraigo alcanzado por el prejuicio cultural que asigna a la mujer el papel de inferioridad y de subordinación en prácticamente todas las esferas de la vida colectiva, atenta de manera frontal contra los principios y valores de la convivencia democrática, mimando las bases de la equidad, la libertad y la justicia», *Informe General, op. cit.*, pág. 135.

12. «Una de las asignaturas pendientes fundamentales en el proceso de democratización de México sigue siendo la relacionada con la extensa y profunda discriminación de que aún son objeto los indígenas del país. La fuerza de la inercia discriminatoria que nos afecta desde hace siglos se aprecia en la presencia de un fuerte componente racista que se manifiesta tanto en el imaginario social predominante como en el diseño e instrumentación de políticas públicas históricamente incapaces de generar niveles de justicia y equidad aceptables para un vasto sector de la población mexicana», *Informe General, op. cit.*, pág. 143.

13. «Uno de los mecanismos más frecuentes de la discriminación es el referido a la estigmatización de las personas por la vía del prejuicio. Considerar a alguien inferior por el hecho de presentar algún tipo de discapacidad, y por ello no acreedor a trato igualitario, es una de las muestras más evidentes de los efectos que causa una valoración social que, además de ser éticamente inadmisibles, deviene política, cultural y económicamente perniciosas», *Informe General, op. cit.*, pág. 151.

14. «Parece justificado señalar que uno de los indicadores principales que permite apreciar el grado de madurez cultural y política de cualquier sociedad es el que se refiere a la manera en que son tratados quienes por razones de edad se encuentran colocados en una situación de vulnerabilidad. En el caso de nuestro país, ya sea por estar ubicados en la franja social de la niñez o en la que corresponde a los adultos mayores, millones de personas enfrentan dificultades particulares para ejercer de manera efectiva sus derechos y sus libertades fundamentales», *Informe General, op. cit.*, pág. 156.

D o c t r i n a

ligiosa¹⁵ y por la preferencia sexual¹⁶, así como la padecida por las personas migrantes¹⁷.

La diversidad de formas y grupos a los que se dirigen acciones o expresiones discriminatorias influye, necesariamente, en la amplitud del concepto con el que quiera definirse a la discriminación¹⁸. Por ejemplo, la amplia definición propuesta por la Comisión Ciudadana de Estudios Contra la Discriminación¹⁹, abarca varios aspectos y entiende que la discriminación consiste en:

«Todo acto u omisión basado en prejuicios o convicciones relacionados con el sexo, la raza, la pertenencia étnica, el color de la piel, la nacionalidad, la lengua, la religión, las creencias políticas, el origen y la condición social o económica, el estado civil, el estado de salud, la situación real o potencial de embarazo, el trabajo o la profesión, las características físicas, la edad, la preferencia sexual, cualquier forma de discapacidad (o una combinación de estos u otros atributos), que genera la anulación, el menoscabo o la restricción del reconocimiento, el goce o el ejercicio de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la igualdad real de oportunidades de las personas.»

Por su parte, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, promulgada en junio de 2003, define a la discriminación con las siguientes palabras:

Art. 4.º.—

«Para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.»

También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.»

En todo caso, de los anteriores conceptos transcritos rescatamos el hecho complejo que busca definir un fenómeno de carácter estructural que involucra factores culturales, económicos, políticos y jurídicos. Este último factor, el jurídico, nos lleva a cuestionarnos respecto de cuál habrá de ser el objetivo de una legislación contra la discriminación, y en términos generales coincidimos con la Comisión Ciudadana cuando concluye que el objetivo «consiste en crear mecanismos de protección y de equilibrio que revertan antiguas formas discriminatorias y que, al mismo tiempo, sean capaces de prevenir y neutralizar los efectos negativos provenientes de las vertiginosas muta-

15. «Por la naturaleza de sus premisas, pero también por sus formas de ejercicio y sus efectos sociales y políticos, la discriminación por motivos religiosos muestra claramente la incompatibilidad de fondo que existe entre los principios y valores propios de un régimen democrático y aquellos ligados a formas de exclusión y de dominio de corte autoritario o totalitario. La innegable presencia de la intolerancia como denominador común de la discriminación religiosa permite entender el carácter ilegítimo de las diferenciaciones en las que se apoya, así como la violencia a la que muchas veces se recurre para tratar de garantizar el predominio de uno u otro dogma de fe... «Cuando se pone en marcha, la discriminación religiosa para por encima de derechos humanos y de libertades fundamentales al amparo de lo que se concibe como una verdad tan absoluta como excluyente», *Informe General, op. cit.*, pág. 166.

16. «Si la discriminación se cultiva frecuentemente sobre la base de juicios valorativos que tienden a descalificar aquello que se considera inadmisibles desde el punto de vista de estereotipos convencionales, podrá entenderse entonces que el campo de la sexualidad sea uno de los terrenos privilegiados sobre los que opera la moral discriminatoria. Incluso puede afirmarse que el dogmatismo subyacente en la descalificación, menosprecio y hasta el odio con respecto a las personas que manifiestan una preferencia sexual no convencional, ha estado detrás de las resistencias a incorporar el tema mismo dentro de la agenda de los derechos humanos, la justicia, la pluralidad y la tolerancia. En lo fundamental, ha sido gracias a los movimientos sociales de las últimas décadas que han comenzado a cuestionarse seriamente los mecanismos de control y de exclusión de la sexualidad, esto es, de su regulación normalizadora. De esta manera, hoy es ya posible abordar de frente a la intolerancia homofóbica desde la perspectiva del problema de la discriminación en México», *Informe General, op. cit.*, pág. 173.

17. «Violación sistemática de sus derechos humanos, explotación económica, inseguridad social, estigmatización, menosprecio, racismo y riesgo de muerte son las coordenadas que hoy por hoy definen las condiciones de vida y de trabajo de quienes han optado por la migración como estrategia de superación» ... «Si se quiere comprender y valorar en su justa dimensión el fenómeno migratorio y sus efectos discriminatorios, no puede soslayarse el hecho de que en las últimas décadas emigrar a Estados Unidos se ha convertido en la única oportunidad de supervivencia para millones de personas, sus familias y comunidades. Para ello, viajar al norte, arriesgar la vida para cruzar la línea, escapar de las autoridades migratorias, encontrar trabajo, mantenerlo, incorporarse a la sociedad estadounidense y, al mismo tiempo, preservar lazos con quienes se quedaron en México es una forma de vida adoptada cada año por cientos de miles de indocumentados e indocumentados», *Informe General, op. cit.*, págs. 180-181.

18. Al caso, de acuerdo con Rodríguez-Piñero, Miguel y M.º Fernando Fernández López en su libro *Igualdad y Discriminación*, Madrid, Editorial Tecnos, 1986, pág.167-168, «no es fácil establecer una noción unitaria de discriminación, que incluya actos y situaciones, parificaciones y acciones positivas, igualdad en el trato y en las oportunidades. Además, de la experiencia internacional se deduce también que la noción de discriminación, aparte de evolucionar con el tiempo y las circunstancias, es tributaria tanto de la materia a la que se aplique, como de la propia razón vedada en la que se funde: no es exactamente igual la discriminación por sexo que la discriminación por raza, y éstas son muy diferentes, a su vez, de las discriminaciones por motivos religiosos. Habría que hablar, por ello, de la **elasticidad del concepto de discriminación**, aún cuando éste comprenda un núcleo común de referencia más rígido y firme, que proporciona unidad en la diversidad» (énfasis añadido).

19. *Cfr. Informe General, op. cit.*, pág. 22.

Revista Penal

Indagaciones a propósito del derecho a la no discriminación y su protección penal

ciones que están ocurriendo en la esfera de la tecnología, del cambio cultural, de la apertura informativa, del crecimiento de la pobreza (y de su feminización), de las nuevas tendencias demográficas, de los fenómenos migratorios, del resurgimiento de fundamentalismos religiosos y de la globalización de los mercados, entre otros cambios»²⁰. Ahora bien, desde el punto de observación del derecho penal, habremos de interrogarnos sobre su aptitud —esto es, su capacidad— para enfrentar los objetivos planteados desde la gran perspectiva antes anotada.

2. El derecho a la no discriminación

¿Es posible afirmar la existencia de un derecho a la no discriminación? La respuesta, obviamente, habrá de ser en sentido positivo pues así se desprende, en principio, de lo establecido en:

- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²¹;
- Múltiples instrumentos internacionales;
- La jurisprudencia generada por los Tribunales federales, y,
- La legislación federal.

En el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos —CM—, se establece lo siguiente:

ARTÍCULO 1.º En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuáles no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por su origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar las libertades de toda persona.

La ubicación en el texto constitucional, esto es, en la norma de mayor jerarquía del sistema jurídico nacional, y de manera significativa en su primer artículo, no puede menos que ser interpretado como una loable decisión del Estado mexicano por enfrentar, sin reservas, la discriminación por cualquier motivo.

Además, como ya es sabido, la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001 trajo por consecuencia la inclusión del tercer párrafo del artículo primero antes transcrito —resaltado por nosotros— mismo que, claramente, consigna una garantía frente a la discriminación, tal y como se ilustra con la tesis aislada que transcribimos a continuación:

GARANTÍA DE NO DISCRIMINACIÓN. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL. *De los arts. 1.º, párrafo tercero, y 4.º, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la no discriminación es una verdadera garantía individual, consistente en el derecho subjetivo público del gobernado de ser tratado en la misma forma que todos los demás y el correlativo deber jurídico de la autoridad de garantizar un trato idéntico a todas las personas ubicadas en las mismas circunstancias. Ahora bien, conforme a tales preceptos, en la Nación Mexicana está prohibido todo tipo de discriminación que atente contra la dignidad humana, anule o menoscabe los derechos y libertades del varón y la mujer, porque ambos deben ser protegidos por la ley sin distinción alguna, independientemente de sus preferencias y, por ello, deben gozar de los mismos derechos y de la igualdad de oportunidades para ejercer las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil o en cualquier otra.* Tesis aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, agosto de 2007, novena época, tesis 2.ª CXVI/2007, pág. 639.

Aunque la disposición constitucional en materia de no discriminación es de muy reciente creación, con base en el art. 133 de la CM podían ser invocadas otras normas o instrumentos internacionales²² anteriores, entre los cuáles son de mencionarse los siguientes:

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Convención Relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (1960).

Declaración de las Naciones Unidas Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1963).

Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965).

Declaración Sobre Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (1967).

Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979).

20. Informe General, op. cit., pág. 24.

21. En la segunda edición (marzo de 2007) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, preparada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se menciona el término *discapacidades (sic)* en lugar de *capacidades diferentes* que se corresponde con el texto original de la reforma de agosto de 2001.

22. «La reproducción de algunos de estos instrumentos internacionales puede verse en Tolerancia y No Discriminación», Textos Básicos, compilación de Vidaurri Aréchiga, Manuel y Patricia Manrique Valadez, *Procuraduría de los Derechos Humanos de Guanajuato*, México, 2004.

Declaración Sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (UNESCO, 1978).

Declaración Sobre los Principios Fundamentales Relativos a la Contribución de los Medios de Comunicación de Masas al Fortalecimiento de la Paz y la Comprensión Internacional, a la Promoción de los Derechos Humanos y a la Lucha Contra el Racismo, el Apartheid y la Incitación a la Guerra (UNESCO, 1978).

Declaración Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundamentadas en la Religión o las Convicciones, (1981).

Conferencia Mundial Contra el Racismo, la Discriminación Racial, Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (2001).

Declaración Universal Sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos²³ (UNESCO, 1997).

Protocolo Facultativo de la Convención Sobre Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1999).

Declaración Universal Sobre Bioética y Derechos Humanos, (UNESCO, 2005)²⁴.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969).

Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Protocolo de San Salvador» (1988).

Cada una de estas Declaraciones, Convenciones y Protocolos Facultativos nos ubica en problemáticas muy puntuales en materia de derechos humanos y en algunos casos de forma expresa aludiendo al fenómeno de la discriminación, mismo que exhibe perfiles y modalidades muy variadas, aunque todas denotan por igual evidentes afrontas a la dignidad humana²⁵.

La numerosa existencia de instrumentos internacionales que se ocupan, expresa o tangencialmente, de la discriminación y sus tipologías podría servir, sin más, para concluir afir-

mativamente sobre la existencia de un derecho a la no discriminación. No obstante, destacamos nuevamente el hecho de que ya cuenta la CM en su texto con una cláusula prohibitiva de la discriminación que reconoce, como no podía ser de otro modo, la dimensión múltiple que caracteriza a este fenómeno. Lo anterior se desprende del párrafo tercero del art. 1.º de la Carta Magna mexicana que se refiere a discriminaciones que se hagan por causa del origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social o de salud, religión, opiniones, preferencias o estado civil. Por supuesto, las enlistadas podrán ser, de hecho lo son, solo algunas de las posibilidades prohibidas por la Constitución razón por la que acude a la fórmula inclusiva de «cualquier otra», siempre y cuando de su contenido e intencionalidad pueda desprenderse un atentado a la dignidad humana o bien anule o menoscabe derechos y libertades de las personas.

Como ya se adelantaba, desde el año 2003 tiene vigencia la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, y algunas entidades federativas han promulgado la correspondiente ley local en esta materia.

3. Contenido esencial del derecho a la no discriminación

Siguiendo las argumentaciones de Rodríguez Piñero y Fernández López, el fenómeno de la discriminación es, sustancialmente, un fenómeno jurídico, y ello quiere decir según sus propias palabras que «aunque sus causas mediatas son sociales, solamente puede materializarse la discriminación cuando el resultado del juego de las causas prohibidas es la desprivación en lo que se refiere al reconocimiento, goce o ejercicio de derechos. Ya que la prohibición de discriminación está vinculada a la tutela de la dignidad humana y a la protección de los derechos que le son inherentes al hombre, solo en la medida en que las diferencias existentes en el plano social, originadas por alguna de las causas vedadas superen ese plano social, y pasen a afectar al reconocimiento de derechos tales como la educación, el trabajo, la salud, etc., estaremos dentro del área de los fenómenos discriminatorios. En suma, la discriminación se traduce en una diferencia de tratamiento jurídico, es un interés jurídico el que está en juego»²⁶.

23. El texto completo de este documento puede verse en «Derechos Humanos y Bioética», Textos Básicos, compilación de Vidaurri Aréchiga, Manuel y Jesús Soriano Flores, *Procuraduría de los Derechos Humanos de Guanajuato*, México, 2007, pág. 105 y ss.

24. Documento íntegro en Bioética y Derechos Humanos, *op. cit.*, pág. 149 y ss.

25. «La dignidad humana es un concepto central de la teoría y la práctica de los derechos humanos. Consiste en el reconocimiento del carácter sagrado o inviolable del ser humano en tanto sujeto moral dotado de razón y destinado a la libertad. La dignidad es, al decir del filósofo alemán Ernst Bloch, el *andar erguido* pues los humanos no somos animales de rebaño sino conciencias en libertad. A pesar de la índole profana de cada individuo, toda persona es en cierta manera sagrada y como tal digna de respeto porque en ella palpita la humanidad, lo que se traduce en que hay cosas que deben hacerse a todos y cosas que no deben hacerse a ninguno. Tal vez la mejor definición de dignidad se encuentra en la segunda versión del imperativo categórico del filósofo alemán Immanuel Kant: *obra de tal manera que la humanidad en ti y en los otros no sea nunca un medio sino siempre el fin más elevado*», así en *Diccionario Espasa de Derechos Humanos*, Madrid, 2003, pág. 146-147; Más ampliamente véase la monografía de Otero Parga, Milagros, *Dignidad y Solidaridad*, México, Editorial Porrúa, 2006, especialmente su explicación sobre los distintos significados del término dignidad, pág. 25 y ss.

26. *Op. cit.*, págs. 170-171.

Revista Penal

Indagaciones a propósito del derecho a la no discriminación y su protección penal

Formalmente pues, y en términos genéricos, el bien jurídico a proteger será la *dignidad de la persona humana, considerada individual o colectivamente*, derivada del principio de igualdad de trato. La base de esta afirmación deviene del nivel jurídico —garantía individual— que la CM concede a la dignidad de la persona humana, sus derechos y libertades. En esto encontramos la coincidencia de Bernal del Castillo²⁷, para quien «será precisamente el grado de jerarquía que la Constitución otorga a un determinado bien la primera referencia interpretativa que indique la especial relevancia social del mismo, o bien porque se trate de uno de los derechos fundamentales de la persona individual o bien porque constituye en todo caso uno de los principios del orden político y jurídico del Estado y, por ello, un elemento básico de la vida en sociedad». Para el caso mexicano, como es sencillo comprobar, los anteriores requisitos se cumplen literalmente, tanto por estar consignado el derecho a la no discriminación en la llamada máxima norma jurídica, esto es, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, expresamente establecida en diversos instrumentos internacionales adoptados por nuestra nación, desarrollado en la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación y de forma relativamente reciente al sancionar conductas que lo lesionen o pongan en peligro según el Código Penal para el Distrito Federal del año 2002²⁸.

Así como no todos los bienes jurídicos deben —o pueden— ser protegidos penalmente, de la misma manera podemos decir que no todos los derechos fundamentales pueden o deben protegerse o salvaguardarse mediante el uso del Derecho penal. Sobre este particular, contamos con la explicación dada por Bernal del Castillo²⁹ quien razonadamente dice: «las exigencias que se derivan de su rango no conllevan el mandato ineludible para el legislador de tipificar todas las conductas que los lesionen, ni siquiera el dato de que los derechos fundamentales de la persona *merezan* ser calificados como bienes jurídico-penales quiere decir que *tengan* que ser considerados como tales. La decisión del legislador de otorgar protección penal a un derecho fundamental de la persona será tomado cuando se verifiquen en un supuesto concreto las exigencias que se derivan de los diversos principios ya mencionados de fragmentariedad y subsidiariedad, unidas a otras diversas consideraciones derivadas de la naturaleza

y contenidos de ese bien en particular, a razones de oportunidad y eficacia, etc.», lo que, evidentemente, nos acerca a la consideración del tema desde la perspectiva de la política criminal.

En otro orden de ideas, aunque estrechamente relacionado con lo expuesto anteriormente, siendo el principio de igualdad de trato de donde se hace surgir el derecho a la no discriminación viene bien hacer algunas consideraciones mínimas al respecto.

Tenemos claro que la igualdad de trato constituye una de las nociones fundamentales del moderno Estado de Derecho. En su configuración jurídica el derecho a la igualdad adquiere un rango relevante «no solo en su dimensión de principio configurador del Estado de Derecho, sino también en su dimensión personalística, en cuanto se reconoce como uno de los derechos humanos o derechos fundamentales de la persona individual»³⁰, siendo su nivel de evolución la nota que distingue el progreso o desarrollo experimentado por un ordenamiento jurídico determinado. A continuación se reproduce un criterio que muestra la orientación jurisprudencial prevaleciente en el país.

IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO. *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor. Así, el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación, y si bien es cierto que el verdadero sentido de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos constitucionalmente, lo que implica eliminar situaciones de desigualdad manifiesta, ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, está aceptando implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas; es decir, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y*

27. Bernal del Castillo, Jesús, *La discriminación en el Derecho penal*, Editorial Comares, Granada, 1998, pág. 12.

28. Artículo 206.- *Se impondrá de uno a tres años de prisión y de cincuenta a doscientos días de multa al que, por razones de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, procedencia étnica, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, características físicas, discapacidad o estado de salud:*

I.- *Provoque o incite al odio o la violencia;*

II.- *Veje o excluya a alguna persona o grupo de personas; o*

III.- *Niegue o restrinja derechos laborales.*

Al servidor público que niegue o retarde a una persona un trámite, servicio o prestación al que tenga derecho, se le aumentará en una mitad la pena prevista en el primer párrafo del presente artículo, y además se le impondrá destitución e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos, por el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta.

29. *Op. cit.*, pág. 15-16.

30. La discriminación en el Derecho penal, *op. cit.*, pág. 18-19.

ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado. En estas condiciones, el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica. Tesis 1.^a C/2001, novena época, primera sala, Semanario Judicial de la Federación, diciembre de 2001, pág. 192.

Del mismo modo, en la base del derecho a la no discriminación se coloca la idea de igualdad al tenor de sus formulaciones en el artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos —DUDH— cuyo texto reza: *todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*, y en el propio artículo primero de la CM, cuando se señala que en *los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece*.

Claramente, la idea de igualdad se patentiza en la DUDH y se obtiene por interpretación del texto constitucional mexicano, hecho que no impide afirmar la existencia y reconocimiento del principio de igualdad en el orden jurídico nacional. La igualdad entraña, en tanto principio constitucional, una «virtud ética y política que exige tratar a todos los seres humanos con el mismo rasero por ser portadores de la misma dignidad eminente y titulares de los mismos derechos fundamentales»³¹. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que este principio de igualdad impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. Ese deber mencionado, se concreta en los cuatro siguientes mandatos: 1.—Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas; 2.—Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; 3.—Un mandato de

trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sea más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia), y 4.—Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)³².

Por su parte, la prohibición de discriminación, siendo una de las manifestaciones del principio de igualdad, implica la existencia de «normas que limitan las posibilidades de tratos diferenciados no razonables o desproporcionados entre las personas»³³, lo que tiene sentido cuando por discriminación entendemos el «trato excluyente o inequitativo que recibe un individuo o grupo por su presunta o real identidad o diferencia respecto de otros individuos o grupos»³⁴.

Con base en lo expuesto, podemos afirmar la existencia irrefutable de un derecho a la no discriminación que se opone a una real problemática nacional de la que aún queda un largo camino por recorrer, sobre todo de cara a alcanzar esa sociedad «justa y equitativa» que, como Rincón Gallardo³⁵, igualmente deseamos.

La no discriminación por razón del origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social o de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y anule o menoscabe derechos y libertades constituye, pues, uno de los más preciados derechos fundamentales de la persona y se complementa con el principio de igualdad que impide, precisamente, cualquier tipo de discriminación.

4. La protección penal de bienes jurídicos

Una de las principales funciones que cumple el Derecho penal es la protección de bienes jurídicos³⁶. Tanto la doctrina como la jurisprudencia encuentran en esta afirmación la base sobre la cual se construye el Derecho penal de nuestro tiempo. Lo anterior no quiere decir, por supuesto, que la discusión sobre qué debe entenderse por bien jurídico pueda darse en estas páginas por concluida ya que esta discusión sigue siendo tema de interés para los especialistas³⁷.

31. Cfr. *Diccionario Espasa de Derechos Humanos*, Madrid, 2003, pág. 219.

32. Sobre este aspecto del principio de igualdad, véase Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pág. 257 y ss.

33. Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, Editorial Porrúa, México, 2006, pág. 183.

34. Cfr. *Diccionario Espasa de Derechos Humanos*, Madrid, 2003, pág. 148.

35. Cfr. *La Discriminación en México: Por una nueva Cultura de la Igualdad*, op. cit. pág. 19.

36. Cfr. Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, Madrid, Civitas, 1997, pág. 52. Del mismo autor, su artículo «¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?», en Hefendehl, Roland, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2007, pág. 445 y ss.

37. Hefendehl, Roland, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, op. cit., también véase González-Salas Campos, Raúl, *La teoría del bien jurídico en el Derecho penal*, México, Prenzniato

Revista Penal

Indagaciones a propósito del derecho a la no discriminación y su protección penal

En todo caso, no todos los bienes jurídicos merecen o reclaman protección penal. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos parte de la afirmación de que no todos los bienes jurídicos deben ser protegidos penalmente. Un Estado social y democrático de Derecho solo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones fundamentales de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social³⁸. El Derecho penal, sostiene Claus Roxin, «tiene como finalidad procurar a los ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura, en la medida en que tales objetivos no puedan conseguirse mediante otras medidas socio-políticas menos intrusivas en la esfera de libertad de los ciudadanos», de tal suerte que, abunda el profesor Roxin, en un Estado democrático de Derecho «las normas penales solo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre y pacífica garantizando al tiempo el respeto de todos los derechos humanos»³⁹.

Dado que hemos venido refiriéndonos al bien jurídico —concepto teórico de gran importancia—, se impone aclarar algunos aspectos sobre el mismo: qué se entiende por bien jurídico⁴⁰, cuáles son sus características delimitadoras y cuáles son las funciones que la teoría le asigna. Las necesarias precisiones conceptuales serán de gran ayuda para orientar nuestras consideraciones respecto de si la no discriminación constituye o no un valor a proteger⁴¹ desde el Derecho penal.

4.1. Algo sobre el concepto de bien jurídico.

Así las cosas, asumimos aquí un concepto amplio de bien jurídico diciendo que es «todo bien o valor, de titularidad personal o colectiva, normativamente evaluado y estimado como digno, susceptible y necesitado de la máxima protección jurídica, representada por la conminación penal, que corresponde imponerle al comportamiento lesi-

vo del bien jurídico, de conformidad con la concreta descripción típica»⁴².

4.2. Algo sobre los aspectos delimitadores del concepto de bien jurídico

Esta noción dogmática de bien jurídico posee una serie de aspectos delimitadores⁴³ los cuales parece cumplir cabalmente el derecho a la no discriminación. Tales criterios son los siguientes:

a) De carácter **Objetivo o Sustancial**: lo que quiere decir que el legislador penal no crea bienes jurídicos nuevos, sino que su función se concreta o limita al reconocimiento, valoración o protección de categorías sociales preexistentes, esto es, «categorías ontológicas, pertenecientes al ser, que requieren de una protección jurídico-penal por mor de los ataques que sufren o puedan sufrir»⁴⁴. En este sentido, entendemos que esa categoría ontológica que requiere protección es la dignidad de la persona (individual o colectivamente considerada), la que se encuentra constitucionalmente considerada en el citado párrafo tercero del art. 1.º de la CM.

b) De carácter **Normativo o Jurídico**: como sucede con muchos conceptos penales, el de bien jurídico presenta un carácter que podemos calificar de empírico-valorativo. Se entiende que toda consideración que se haga del ordenamiento jurídico y del objeto del mismo requiere de una referencia de índole axiológica. Así decimos que «la esencia normativa del concepto de bien jurídico estriba, no tanto en la parte del ser, cuanto en la del deber ser: no tanto en la necesaria aceptación de un objeto de valor cuanto en la concreta valoración de un objeto»⁴⁵. Si del derecho a la no discriminación se trata, una eventual norma de protección del mismo apelará a la inconveniente o inadmisibles vulneración del mismo en tanto ello entraña un daño o lesión a la dignidad humana.

c) De carácter **Relativo o Dinámico**: que alude a la indiscutible condición de mutabilidad, de cambio o varia-

editores, 1995; Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, «Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico», en Ensayos Penales, Sinaloa, México, Universidad Autónoma de Sinaloa, 1994, pág. 91 y ss.; Hormazábal Malaree, Hernán, Bien Jurídico y Estado de Derecho, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991; Álvarez García, Francisco Javier, «Bien Jurídico y Constitución», en Cuadernos de Política Criminal, número 43, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, pág. 5 y ss.

38. Entre otros, Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1984, pág. 76. En similar sentido, Guerrero Agripino, Luis Felipe, *Fundamentos de la Dogmática Jurídica Penal*, Librería Yussim, México, 2004, pág. 139; también Vidaurri Aréchiga, Manuel, «Límites del *ius puniendi*. Acercamiento a algunos principios básicos del Derecho penal» en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Maestro Eugenio Trueba Olivares*, Universidad de Guanajuato, México, 2006, pág. 362.

39. ¿«Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?», *op. cit.*, pág. 446 y 447.

40. Sobre este tema retomamos algunas partes de nuestro artículo «Notas básicas en torno a la potestad tipificadora del legislador penal», trabajo elaborado como discurso de ingreso como Miembro Correspondiente por el Estado de Guanajuato a la Academia Mexicana de Ciencias Penales, A. C., de próxima aparición en la revista *Criminalia*, órgano de difusión de la referida Academia.

41. Problema del que también se han ocupado en España Bernal del Castillo, Jesús, *La discriminación en el Derecho penal*, Granada, 1998, y en Brasil, Oliveira da Silva, Katia Elenise, *O papel do Direito Penal no enfrentamento da discriminação*, Porto Alegre, 2001.

42. Así en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Granada, 2002, pág. 187 y ss.

43. Seguimos en este apartado la explicación proporcionada en la *Enciclopedia Penal Básica*, *op. cit.* pág. 187 y siguientes.

44. *Enciclopedia Penal Básica*, *op. cit.*, pág. 188.

45. *Ibid.*

ción de los bienes jurídicos, es decir, su oposición a lo estático, pues es fácil comprobar que no hay un solo hecho que siempre haya sido castigado en el mismo lugar o de la misma manera, de ahí que se sostenga que en el ámbito de la protección de bienes jurídicos, a lo largo del tiempo y del espacio, reina la mutabilidad⁴⁶. Prueba de lo anterior es el hecho de que, desde la perspectiva de los derechos humanos y su progresivo avance y consideración política y jurídica, surge imperiosa la necesidad de pensar —repensar— la necesidad de proteger frente a injustos ataques la dignidad humana.

d) De carácter **Supramaterial o Espiritual**: que se explica señalando que: «todo bien jurídico representa un valor respecto del particular y de la colectividad, en tanto portadores directos o mediatos del mismo. No se circunscribe ni a una categoría materialista del bien jurídico ni excluyente de los valores extra-individuales»⁴⁷. De lo anterior es posible recalcar el argumento de la dignidad humana como característica inescindible del ser humano.

e) De carácter **Transpersonalista o Supraindividual**: aspecto que tiene que ver con la noción de sujeto pasivo del delito o, dicho con otras palabras, titular del bien jurídico protegido. Es obvio que la noción de sujeto pasivo, al abarcar tanto a personas físicas como personas jurídicas y a personas individuales como colectivas, resulta de mayor amplitud que el concepto de sujeto activo, de todo lo cual desprendemos para el concepto de bien jurídico un carácter transpersonalista o supraindividual pues engloba indistintamente bienes del individuo y de la colectividad⁴⁸; lo dicho resulta aplicable, a todas luces, a la noción de dignidad humana, que no distingue entre la dignidad propia de un ser o la de varios seres que ocasionalmente resulten destinatarios de actos o acciones discriminatorias.

Los anteriores criterios pueden, y de hecho así sucede, funcionar en el plano teórico. Pero de cara a la actividad legislativa, esa que realizan individuos de carne y hueso (portadores de una concreta ideología, específicos intereses y reales proyectos políticos), cabe interrogarse si estos criterios resultan, aparte de válidos, útiles para delimitar, circunscribir o acotar la potestad (pensemos en la de tipificación penal) del legislador, interrogante a la que, al menos en principio, podemos contestar afirmativamente. Claro está que estos criterios resultaran funcionales en la medida que ese hipotético legislador los asuma a plenitud,

tanto por estimarlos teóricamente válidos, como por apreciarlos racionalmente útiles. De más está decir que, al establecerse un concepto de bien jurídico, ya estamos fijando límites al poder del Estado de definir conductas criminales⁴⁹. Los propios contornos y elementos de la definición servirán, eso creemos, para marcarle fronteras al legislador a la hora de ejercer su poder de tipificación, de lo que se sigue claramente una primaria obligación del poder legiferante y sus representantes consistente en darse un concepto de bien jurídico, mismo que, en efecto, habrá de ser consecuente con lo establecido en la Constitución y, con ello, hará referencia al modelo de Estado por ésta establecido, pues es indiscutible que la noción de bien jurídico carece de sentido si no se la relaciona con un marco constitucional concreto del cuál deriva, por cierto, una forma de Estado en particular⁵⁰.

Por otra parte, si la relación entre bien jurídico y Constitución constituye un binomio indisoluble, lo mismo podemos decir de la que se establece entre bien jurídico y norma penal. Desde el punto de vista doctrinal, un bien jurídico designa el objeto protegido por el sistema penal, de donde es posible concluir que, por mencionar algunos, son bienes jurídicos por ejemplo: la libertad, la vida, la propiedad privada, la seguridad jurídica, el medio ambiente, la dignidad humana, etc. Por ende, el objeto protegido por la norma penal es un bien jurídico. En el mismo tenor, sostenemos que una norma penal tiene su origen —o debe tenerlo— en la base social ya que ésta (la norma) es producto de los «procesos interactivos que tienen lugar en su seno»⁵¹, procesos que, por supuesto, suele ser el resultado de una convivencia social caracterizada por un alto nivel de conflictividad. La norma jurídica, según Muñoz Conde⁵², tiene por base la conducta humana que pretende regular y su misión es la de «posibilitar la convivencia entre las distintas personas que componen la sociedad». Sobre este punto, coincidiendo con las convincentes explicaciones de Bustos y Hormazábal, concluimos que los objetos de protección, esto es, los bienes jurídicos, al surgir precisamente de la base social, quedan sujetos a su *re-discusión* democrática, lo que bien puede reflejar un carácter dinámico propio de los bienes jurídicos. Finalmente, es a través de la norma que el Derecho quiere regular aquellos comportamientos que puedan lesionar bie-

46. *Ibid.*

47. *Ibid.*

48. *Ibid.*

49. Así Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malaree, *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen I, Madrid, Editorial Trotta, 1997, pág. 58. Los mismos autores en su *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, pág. 31 y ss.

50. Sobre este aspecto, véase por todos, Hormazábal Malaree, Hernán, *Bien Jurídico y Estado democrático de Derecho*, *op. cit.*

51. Como sostiene Bustos Ramírez y Hormazábal en su *Lecciones de Derecho Penal*, *op. cit.*, pág. 58.

52. Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*, España, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pág. 21; más adelante, pág. 25, leemos: «La norma jurídica penal constituye también un sistema de expectativas: se espera que no se realice la conducta en ella prohibida y se espera también que, si se realiza, se reaccione con la pena en ella prevista. La realización de la conducta prohibida supone la frustración de una expectativa y la consiguiente aplicación de una pena, la reacción frente a esa frustración».

Revista Penal

Indagaciones a propósito del derecho a la no discriminación y su protección penal

nes jurídicos y quiere, en suma, evitar una eventual lesión de los mismos⁵³.

4.3. Algo sobre las funciones del concepto de bien jurídico.

Al concepto de bien jurídico se le asignan las siguientes funciones teóricas: axiológica, sistemática, exegética y dogmática⁵⁴, aunque hay quienes acertadamente adicionan tres más: la limitadora del *ius puniendi*, de garantía y, por último, la de legitimación material de la norma penal⁵⁵. Enseguida una breve explicación de cada una de las funciones mencionadas

a) Axiológica. Esta función es posible derivarla del reconocimiento del Derecho penal como una ciencia esencialmente valorativa⁵⁶, que tiene por encargo ponderar y proteger bienes y valores fundamentales necesarios para la convivencia humana y el pleno desarrollo de la vida de las personas en sociedad. No sobra recordar aquí que el bien jurídico constituye el núcleo de las normas penales, en la medida que la esencia de la norma penal radica, precisamente, en la protección y tutela de determinados bienes y valores. Esta función puede presentarse, de manera preponderante, entre otros supuestos, a la hora de precisar los objetos estimados como merecedores de protección jurídica, o cuando deba determinarse el fin que se desea alcanzar con el establecimiento de normas penales, o bien la conveniencia de exclusión de la antijuridicidad para ciertos tipos delictivos.

b) Sistemática. Seamos conscientes de que el concepto de bien jurídico representa una pieza clave en la configuración del Derecho penal de acto y de culpabilidad, por cierto frente a indeseables expresiones como las del Derecho penal de autor y de culpabilidad por la conducción de la vida⁵⁷. Es posible afirmar que la evolución histórica del concepto de bien jurídico incide —de hecho ha incidido— notoriamente en la historia del propio Derecho penal. La extrapolación de un interesante ejemplo, surgido en la práctica penal española, puede sernos de utilidad en este punto. El caso nos lo comenta Juan Bustos⁵⁸ de esta manera:

«La identificación de lo realmente protegido por una norma penal permite el cuestionamiento de la norma. Piénsese en el antiguo delito de adulterio en el Código penal español. El precepto castigaba a “la mujer que yaciera con varón que no fuera su marido”. La realidad de la represión de la mujer adúltera se enmascaraba justificando el castigo diciendo que esa norma protegía “la identidad de la familia”. La lucha por el reconocimiento de los derechos de la mujer ha permitido desvelar que esa norma lo que protegía era simplemente una intolerable discriminación a favor del hombre.»

Como es comprensible, una revisión democrática del sistema penal, y con ella la de los bienes jurídicos presuntamente protegidos, permite la necesaria adecuación de propósitos perseguidos por el Derecho penal, lo que nos lleva a concluir que el bien jurídico —o la forma y criterios con los que este se selecciona— condiciona el sistema jurídico penal.

De otro lado, el concepto de bien jurídico, en el cumplimiento de esta función sistemática, se hace especialmente notorio en su influencia a la hora de clasificar los tipos de delito en la Parte Especial de los códigos penales⁵⁹. El que esta tarea taxonómica de los tipos de delito sea compleja no hace más que fortalecer la necesidad del desarrollo de esta función, misma que, si bien es cierto, parte de la variedad y amplitud de comportamientos punibles y de la pluralidad de criterios operantes a la hora de clasificarlos, también es verdad que el criterio de bien jurídico alcanza una posición de mayor relevancia que los anteriores, aunque no sea el único válido, resultando por tanto aconsejable su armonización con los señalados criterios.

c) Exegética. El bien jurídico sirve para delimitar y caracterizar aquellas conductas o actuaciones humanas indeseables y que por eso mismo han sido conminadas con una sanción. En esta acotación del alcance y sentido del actuar penalmente sancionado concreta el bien jurídico su función exegética, pero tal función no se agota ahí, ya que la relevancia exegética del bien jurídico trasciende la mera interpretación de las normas penales hasta alcanzar el ámbito propio de la

53. Bustos y Hormazábal, *Lecciones de Derecho Penal*, op. cit. pág. 58.

54. *Enciclopedia Penal Básica*, op. cit. pág. 188-189.

55. Así Hormazábal Malaree, *Bien Jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, op. cit. Pág. 9 y ss.

56. Entre otros, ver Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 61 y ss.

57. Me he ocupado brevemente del tema en «¿Culpabilidad por el hecho o culpabilidad de autor?», en *Investigaciones Jurídicas, Revista del Departamento de Investigaciones Jurídicas*, Universidad de Guanajuato, México, número 49, Enero-Marzo, 1993.

58. En sus *Lecciones de Derecho Penal*, op. cit., pág. 57.

59. Hormazábal Malaree, en su libro *Bien Jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, op. cit., pág. 9-10, donde reconoce como función del bien jurídico aquella de carácter teleológico «en el sentido de constituir un criterio de interpretación de los tipos penales que condicionará su sentido y alcance conforme a la finalidad de protección de un determinado bien jurídico»... y más adelante sostiene: «de esta función del bien jurídico emana el criterio sistemático de agrupar los delitos en la parte especial según el bien jurídico protegido y la jerarquización de los diferentes grupos según la importancia del bien jurídico lesionado o puesto en peligro y dentro de cada grupo las diferentes especies de delitos de acuerdo con la gravedad de la forma específica de ataque».

D o c t r i n a

política criminal. Interesa en este punto dejar claro que no solo se trata de interpretar o desentrañar el contenido, sentido y necesidad del bien jurídico recogido en la norma, sino que, al mismo tiempo también se trata de conocer las exigencias que desde la política criminal se tomaron en cuenta para decidir su tutela o protección, de lo que se sigue la evidente conexión entre las nociones «bien jurídico» y «fin de la norma», pues un fin perseguido por las normas penales es, claro está, la protección de bienes jurídicos. Hormazábal deriva de esta función el criterio sistemático de agrupar los delitos en la parte especial según el bien jurídico protegido y la jerarquización de los diferentes grupos según la importancia del bien jurídico lesionado o puesto en peligro y dentro de cada grupo las diferentes especies de delitos de acuerdo con la gravedad de la forma específica de ataque⁶⁰

d) Dogmática. Es particularmente apreciable la utilidad de esta función al referirla a la teoría del delito, pues «en este ámbito, el bien jurídico es un factor de conexión de los distintos caracteres integrantes del delito. En todos ellos ofrece relevancia el bien jurídico, desde su sede central fundamentadora del contenido material de la antijuridicidad. El bien jurídico es un momento que sustenta e impulsa el sentido estructural unitario de la concepción jurídica del delito. Toda incidencia típica sobre el bien jurídico se realiza a través de una conducta humana (acción u omisión) que lo lesiona o pone en peligro: sin acción típica no puede vulnerarse ningún bien jurídico. El bien jurídico es —en cierto sentido— un concepto jurídico positivo, por cuanto es reconocido y valorado por el legislador penal, y se presenta como la razón esencial de la existencia de los singulares tipos de delito⁶¹». En tal sentido, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico traducen el contenido material de la antijuridicidad, pues ésta se fundamenta, como es sabido, en la ofensa a un bien jurídico concreto⁶². Resumiendo, y tomando las palabras de Rudolphi, el bien jurídico constituye «uno de los puntos de vista

para concebir el núcleo material de los injustos, común a todo comportamiento antijurídico⁶³».

e) Limitadora del *ius puniendi*. En este punto surge la perspectiva político criminal que se traduce, en otras palabras, en una orientación dirigida al legislador para que al ocuparse de producir normas penales tenga presente que ésta deben proteger exclusivamente bienes jurídicos, y no de otra naturaleza (morales, etc.).

f) Garantizadora. Esta función nos la explica el profesor Hormazábal Malaree, en los siguientes términos: «una función garantizadora solo se puede hacer efectiva en la medida que la teoría del bien jurídico sea capaz de indicar **qué y por qué** se protege. Al revelarse el qué y el por qué de la punición, se abre, al mismo tiempo, la posibilidad de una revisión crítica de la norma sancionadora y de todo el ordenamiento penal en un doble proceso de desincriminación de ciertas conductas cuyo tratamiento penal ha perdido vigencia social e, por otra parte, la incriminación de otras conductas que dentro de la dinámica del proceso social aparecen como nuevas formas de criminalidad necesitadas de tratamiento penal. De esta forma el bien jurídico cumple una importante función político-criminal de carácter crítico al permitir *de lege data* la revisión del ordenamiento jurídico penal y *de lege ferenda* al establecer una limitación de carácter material al *ius puniendi* estatal⁶⁴». El profesor que citamos estima —adecuadamente creemos— que la teoría del bien jurídico, además de lo anterior, debe estar en condiciones de fundamentar suficientemente la tipificación de nuevas formas de criminalidad, propias de las sociedades postindustriales⁶⁵, las cuales habrán de sustentarse en criterios complementarios que determinen el merecimiento de pena, criterios tales como el de satisfacción de necesidades o el de lesión o daño social.

g) Legitimación material de la norma penal. Para comprender esta función del bien jurídico es indispensable recordar que el monopolio de la coerción estatal se le ha conferido al Estado, al que le corresponde, por mediación de la agencia específica, en este caso la legislativa, designar los objetos merecedores de protección, así como la forma y la intensidad

60. Hormazábal Malaree, *Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, op. cit., pág. 9-10.

61. Así en *Enciclopedia Penal Básica*, op. cit. pág. 189.

62. En este sentido, entre otros, Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, pág. 277.

63. Citado por Hormazábal Malaree, *Bien Jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, op. cit. pág. 10.

64. *Ibid.*

65. Sobre esta interesante problemática: Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999; Zúñiga Rodríguez, Laura, *Política Criminal*, Madrid, Editorial Colex, 2001, especialmente su capítulo V, «Concepciones actuales: la Política criminal frente a la criminalidad moderna»; Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal y globalización*, México, Editorial Porrúa, 2001; AA. VV., Zúñiga Rodríguez, Laura y otras (coord.), *El Derecho penal ante la globalización*, Madrid, Editorial Colex, 2002; y de AA. VV. Moreno Hernández, Moisés, (coordinador), *Globalización e internacionalización del Derecho penal. Implicaciones político-criminales y dogmática*, México, Editorial lus Poenale, 2003.

Revista Penal

Indagaciones a propósito del derecho a la no discriminación y su protección penal

de la misma. Y si, como es el caso, el bien jurídico expresa sintéticamente el objeto protegido por la norma penal y éstas solo pueden ser formuladas por el Estado, es obvio entonces que se trata de una decisión política y por eso mismo carente de neutralidad, de ahí que, como crudamente escribe Hormazábal, los bienes que habrá de proteger el Estado «serán naturalmente sus bienes jurídicos»⁶⁶. Luego entonces, la función legitimadora de la norma penal se hace imprescindible en la medida que las normas penales exigen, en el modelo de Estado democrático, una justificación racional.

Una probable tipificación penal del derecho a la no discriminación habrá de procurar, sin discusión alguna, ajustarse plenamente al concepto, funciones y delimitaciones descritas y que suelen serle reconocidas al concepto de bien jurídico. La inteligencia técnica legislativa no tendrá mayores problemas a la hora de hacer su tarea, si sigue o cumple los parámetros que se desprenden de cada una de las siete funciones del bien jurídico reseñadas antes.

5. Protección penal del derecho a la no discriminación

En alguna parte de este ensayo nos planteábamos la interrogante en torno a si el derecho a la no discriminación constituía o no un valor a proteger penalmente. Sobre este particular, vale más reconocer la complejidad que entraña la consideración del derecho a la no discriminación como bien jurídico penal⁶⁷. No solo por el propio contenido del derecho del que se viene hablando, sino también por lo que hace a las funciones de protección y garantía que se le reconocen al derecho penal.

Por nuestra parte, nos atenemos a lo dicho antes respecto de que el derecho a la no discriminación cuenta ya con una extensa dogmática desde la que se puede concluir, con bases firmes, su existencia e importancia. Del mismo modo, hemos admitido que el derecho penal tiene una función primordial de protección de bienes jurídicos.

Sin embargo, algunos principios limitadores del poder punitivo del Estado reclaman ser considerados a la hora de tomar decisiones como las que se proponen al inicio de este apartado. Estos principios son los de exclusiva protección de bienes jurídicos, fragmentariedad e intervención mínima, cuya función más destacada consiste en delimitar los alcances del Derecho penal.

Sobre este aspecto, en términos generales, nos ubicamos en la misma línea doctrinal que ubica al poder penal del Estado bajo la regencia del principio de intervención mínima⁶⁸, lo que quiere decir que el Derecho penal solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes; las lesiones menos intensas o más leves del orden jurídico pueden ser objeto de atención y protección de otras ramas del Derecho. Incluso, algunas infracciones podrían ser revisadas y sancionadas mediante recursos extra-jurídicos los que, en ocasiones, llegan a ser mucho más eficaces que los propiamente legales. Una primer consecuencia de éste principio es la que asigna al Derecho penal un carácter subsidiario respecto de otras ramas del Ordenamiento jurídico. «El Derecho penal, como todo Ordenamiento jurídico —explica Muñoz Conde—, tiene una función eminentemente protectora de bienes jurídicos; pero en esta función de protección le corresponde tan solo una parte, y ciertamente la última, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del Derecho. Ello ha llevado a un sector de la doctrina a decir que, frente a estas otras ramas jurídicas, el Derecho penal tiene un carácter subsidiario»⁶⁹.

Si admitimos, como aquí lo hacemos, que el Derecho penal no ha de proteger todos los bienes jurídicos, ni penar toda acción u omisión que los vulnere, estamos afirmando el carácter *fragmentario* del Derecho penal, lo que significa que de todas las acciones prohibidas por el ordenamiento jurídico general, el Derecho penal se ocupa única y exclusivamente de una parte, es decir, de un *fragmento*, siendo tales aquellas que revisten mayor entidad o importancia; el carácter fragmentario del Derecho penal es una característica del Estado de Derecho, que es aquel donde se respeta la libertad del ciudadano⁷⁰.

Unas más que otras, las legislaciones penales actuales recogen este carácter fragmentario fundamentándose al menos en las siguientes tres expresiones⁷¹:

- a) Defendiendo al bien jurídico solo contra ataques de especial gravedad, exigiendo determinadas intenciones o tendencias, excluyendo la punibilidad de la comisión imprudente en algunos supuestos, etc.
- b) Tipificando solo una parte de lo que en las demás ramas del Ordenamiento jurídico se estima como antijurídico; y
- c) Dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales.

Para M. E. Mayer⁷², filósofo y penalista alemán, el bien jurídico debe *merecer, necesitar y ser capaz* de protec-

66. Hormazábal Malaree, *Bien jurídico y estado social y democrático de Derecho*, op. cit., pág. 11. Subrayado en el texto.

67. Esta complejidad también es percibida por Bernal del Castillo, op. cit., pág. 5 y ss.

68. Por todos, véase Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1975, pág. 59, y en su *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 66.

69. Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal Parte General*, op. cit., pág. 67.

70. En el mismo sentido Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*, op. cit., pág. 110.

71. Siendo explicadas por Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 74.

72. Citado por Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 75.

ción. Esta triple cualidad debe ser reconocida plenamente por el legislador a la hora de intentar proteger penalmente un determinado bien. De tal manera que, la cualidad de *merecedor de protección* que debe tener un bien depende del valor que le atribuya a ese bien una determinada cultura. La *necesidad de protección*, por su parte, dependerá del hecho confirmado del fracaso o insuficiencia de protección del bien en que hayan incurrido otras ramas jurídicas y, por último, la *capacidad de protección* radica en el hecho de que no todos los bienes jurídicos merecedores y necesitados de protección son igualmente capaces o idóneos para esa protección, como sucede, por ejemplo, con la moral sexual —sobre este punto, cabe señalar que la misión del Estado es garantizar el orden externo y no tutelar moralmente a sus ciudadanos—⁷³.

La reiterada referencia doctrinal de *última ratio* del Derecho penal exige algunos comentarios. Sobre todo después de las consideraciones previamente realizadas en torno al carácter subsidiario y fragmentario del Derecho penal, del que también se pregona que debe ser el último recurso al que el Estado debe acudir, a falta de otros menos lesivos, para cumplir con su función protectora. Consecuentemente, la protección de intereses sociales reclama del Estado la utilización de todos los medios posibles para su consecución. Pero, antes de acudir al Derecho penal, se sugiere sean utilizados los medios menos lesivos de que dispone. Así pues, en una suerte de intervención estatal progresiva se propone, en primer término, la utilización de medidas desprovistas del carácter de sanción y, en su lugar, valerse de medidas de política social. Luego, ante el fracaso de las anteriores, en segundo lugar podrían aplicarse sanciones no penales, como las derivadas del Derecho civil o del administrativo; y, por último, al fallar las dos medidas anteriormente expuestas, entonces sí utilizar la fuerza de la pena o medida de seguridad.

Por desgracia, esta idea rectora del Derecho penal liberal de *última ratio* en la actualidad parece ir cediendo terreno frente a lógicas expansivas⁷⁴, en donde el Derecho penal deja de ser la *última ratio* para, en su lugar, convertirse en la *prima ratio*, y advertimos nosotros la posibilidad de que pueda tornarse en la *única ratio*, lo que sería absolutamente inadmisibles e indeseable.

Por lo que hace al tema que nos ocupa, pensamos que el derecho a la no discriminación contenido en el tercer párrafo del artículo primero de la CM, cumple con los principios específicos que convierten un valor —en este caso el derecho a la no discriminación— en un bien jurídico

susceptible de ser protegido penalmente. En esta misma línea argumental, nos parece atendible la afirmación de Bernal del Castillo cuando escribe: «debe aceptarse que dentro del conjunto de los principios y valores reconocidos por la Constitución, aquellos que desarrollan y concretan los derechos fundamentales cumplen los requisitos necesarios para su calificación como bienes jurídicos merecedores de protección penal». Igualmente, nos apoyamos para construir nuestra opinión en las palabras de Roxin quien puntualmente afirma: «también son bienes jurídicos los derechos humanos y los derechos fundamentales, como el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia o la libertad de culto. Su privación conlleva perjuicios muy reales de la vida en sociedad»⁷⁵. Evidentemente, los enunciados por Roxin son, indiscutiblemente, expresiones del llamado derecho a la no discriminación.

Esos *perjuicios muy reales de la vida en sociedad* a que se refirió el catedrático alemán encuadran a la perfección en la exigencia de nocividad social que se reclama de una conducta humana para ser considerada como susceptible de tipificación, sobre todo tratándose de la protección que debe proporcionarse a la sociedad ante su probable comisión.

La discriminación, en efecto, representa una conducta que acarrea para la sociedad en su conjunto o para personas individualmente consideradas, graves y reales perjuicios, no solo por constituir violaciones a derechos humanos fundamentales, sino porque la discriminación reduce, aísla y soslaya a los seres humanos amén de profundizar la desigualdad entre los mismos. La práctica discriminatoria, en cualquiera de sus formas —sostiene Oliveira da Silva⁷⁶— es extremadamente perniciosa, especialmente en un país de tanta diversidad racial, cultural, religiosa, económica y social como la nuestra.

Sin embargo, debemos ser cautos a la hora de buscar mecanismos legales para hacerle frente a tan injuriantes manifestaciones humanas dado que, como se ha hecho notar⁷⁷, por su dimensión, por sus participantes, por sus objetivos y por sus instrumentos, «la lucha contra la discriminación no puede entenderse sino como una política de Estado», esto es, como un esfuerzo de largo plazo basado en una visión compartida de todos los actores sociales, más aún si se busca «mejorar la calidad de vida democrática del país». Por lo demás, y como es evidente, «el arraigo, la variedad, la mutabilidad y las múltiples causas de las prácticas discriminatorias no podrán ser enfrentadas

73. Así Muñoz Conde y García Arán, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 76.

74. Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999. Una descripción sobre lo que ha dado en llamarse «moderno» Derecho penal, puede verse en Muñoz Conde, Francisco, «El moderno Derecho penal en el Nuevo Código penal. Principios y tendencias», en *Revista Investigaciones Jurídicas*, Departamento de Investigaciones Jurídicas, números 59-60, Universidad de Guanajuato, 1996.

75. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?*, op. cit., pág. 447.

76. *O papel do Direito Penal no enfrentamento da Discriminação*, op. cit., pág. 147. Si bien es cierto que la autora se refiere a la realidad del pueblo brasileño, sus comentarios se ajustan perfectamente a la realidad mexicana.

77. *La Discriminación en México: Por una Nueva Cultura de la Igualdad*, op. cit., pág. 23.

Revista Penal

Indagaciones a propósito del derecho a la no discriminación y su protección penal

solo a través de la acción legislativa. Ciertamente el cambio legislativo no es suficiente, aunque sin duda es imprescindible⁷⁸.

Sería ingenuo suponer que la sola intervención del Derecho penal podrá abatir y acaso eliminar un fenómeno de tanta complejidad como el de la discriminación. Afirmar que la amenaza de una sanción podrá de suyo inhibir la realización de conductas o manifestación de expresiones discriminatorias no deja de ser un buen propósito. Quien, por los motivos o razones que sean, ha decidido vivir presa de sus prejuicios u estereotipos, no siempre cambiará o modificará su visión de las cosas porque simplemente esté expresado y sancionado por una ley penal. Coincidentemente, desde la perspectiva brasileña, Katia Elenise Oliveira da Silva⁷⁹ sostiene que «el Derecho penal aisladamente, sin la contribución de otras áreas, no va a modificar las conductas discriminatorias sistemáticas del pueblo... , pues todo problema social no puede ser reducido a una ley penal o un Código penal» ...y apoyándose en Bernd, continúa argumentando que «la igualdad de derechos jurídicos, sociales o políticos exige luchar para alcanzarlos, siendo un error imaginarse que toda la batalla se gana con el Derecho penal».

Si alguien prefiere ocultar sus prejuicios o sus sentimientos racistas y se abstiene de materializarlos porque sabe de la existencia de una norma penal que le amenaza con la imposición de una sanción nos puede llevar a pensar que algo se ha logrado, aunque ese algo sea nada menos que una actitud hipócrita, y no necesariamente la racional introyección del valor social de la no discriminación y lo que ello implica: el respeto a la dignidad humana. Igual podrá concluirse que algo es algo (a enemigo que huye, puente de plata).

No obstante, nos parece que el Derecho en general, y el penal no es la excepción, busca algo más que actitudes, respuestas o soluciones hipócritas; antes bien, se quiere que el ciudadano encuentre en las normas penales el reflejo de una sociedad pluralista, democrática, construida con base en valores jurídicos cuyo respeto, vigencia y vivencia propician un nivel de relación sustentada en la coexistencia libre y pacífica de todas las personas. Para eso es necesario darle a cada rama del ordenamiento jurídico general su verdadera importancia, reconociendo además sus efectivas capacidades de regular tal o cuál problemática. Por supuesto, si las normas creadas no dicen eso al ciudadano, probablemente ello se deba a la forma en que tales normas fueron confeccionadas. Coincidimos, por tanto, con quienes apelan a la conveniencia de precisar los derechos de las personas y definir las obligaciones institucionales como elementos claramente indispensables para asegurar el pleno goce de derechos y libertades que garanticen la igualdad real de oportunidades. Luego, pensar que la anterior es una tarea exclusiva del Derecho penal

equivale a desconocer la complejidad del asunto, pues no es la discriminación, o mejor dicho las formas en las que esta puede presentarse, materia que pueda moldearse con la simple herramienta penal.

Otras medidas, de muy variada naturaleza, resultan indispensables en la lucha contra la discriminación. Pensemos en las que impactan en el ámbito de la educación para la paz, la tolerancia y la solidaridad, o las políticas públicas sociales incluyentes, sin descuidar por supuesto las que podrían surgir del desarrollo de otras áreas del Derecho. Y ni que decir de las medidas que podrían adoptarse por parte de los medios de comunicación que, en no pocas ocasiones, inciden en la promoción y fortalecimiento de estereotipos y prejuicios sociales dirigidos contra alguna persona o colectivos sociales por razón de sus circunstancias específicas. Una excelente medida gubernamental, por ejemplo, sería impulsar una política de respeto irrestricto e inflexible de los derechos humanos, lo que significa superar los problemas vinculados con el subdesarrollo: marginación, pobreza, migración, baja escolaridad, corrupción, carencias sanitarias, de empleo, etc.

Solo cuando aquellas medidas —entre otras claro está— no puedan o resulten insuficientes para enfrentar la discriminación tendría que echarse mano del Derecho penal, pero no antes.

Cosa distinta es que el instrumental jurídico penal se utilice de mala forma. Esto es, incumplir las exigencias dogmáticas de límites y función del bien jurídico, referidas ya en el cuerpo de este texto. Obviamente, es responsabilidad del legislador satisfacer a plenitud la triple cualidad del bien jurídico propuesta por Mayer (merecer, necesitar y ser capaz de protección), so pena de incurrir en errores que impidan una efectiva aplicación de la norma o, simplemente, genere un derecho penal simbólico, y por eso mismo inútil.

En consonancia con los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, es válido sostener que solo los más graves actos de discriminación deben ser competencia del Derecho penal; por el contrario, aquellos ataques menos intensos podrían ser enfrentados por otras ramas jurídicas, probablemente con buenos resultados.

Una política criminal inteligente, lo que equivale a decir informada, no descuidará la pertinente evaluación de los pros y los contras que implica adoptar, en este tema, alguna medida legislativa penal. Quienes deban decidir la política criminal a seguir deberán asegurarse de que, en efecto, no existe una mejor opción que la meramente punitiva. Del mismo modo, la investigación criminológica sobre los probables efectos negativos (estigmatización) sobre las víctimas de la discriminación será insoslayable, sobre todo si la tipificación penal deviene defectuosa o insuficiente, situación por demás perjudicial e inconveniente.

78. *La Discriminación en México: Por una Nueva Cultura de la Igualdad*, op. cit., pág. 25.

79. *O papel do Direito Penal no enfrentamento da Discriminagao*, op. cit., pág. 118.

D o c t r i n a

Concluimos: la dignidad humana constituye un valor de innegable importancia en las sociedades democráticas. El elevado reconocimiento constitucional que recibe en la carta magna mexicana, en los instrumentos internacionales y en algunas leyes secundarias, fundamenta su calidad de bien jurídico digno de protección. Solventándose las exigencias que desde la perspectiva

dogmática penal se plantean para cualquier bien jurídico, es perfectamente posible establecer una protección penal a la dignidad humana atacada por actos discriminatorios graves. Finalmente, decidir cuáles son y en qué consisten esos graves atentados representará una tarea delicada, compleja, pero, sin lugar a dudas, conveniente y necesaria.