

LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Y LA DISCRECIONALIDAD EN LOS TIPOS DISCIPLINARIOS: DIFERENCIAS Y OPERATIVIDAD DOGMÁTICA JURÍDICA PARA LA IMPUTACIÓN DE UNA FALTA ADMINISTRATIVA

Indeterminate Legal Concepts and Discretionally in Disciplinary Types: Differences and Legal Dogmatic Operability for The Imputation of An Administrative Offense

Lizbeth Xóchitl PADILLA SANABRIA*

DOI: <https://doi.org/10.15174/cj.v12i24.457>

Sumario:

I. Nota introductoria II. Reglas y fórmulas jurídicas para la operatividad de los conceptos indeterminados en el derecho disciplinario III. Los conceptos indeterminados y la discrecionalidad en el derecho disciplinario desde la convencionalidad IV. Conclusión V. Referencias bibliográficas

Resumen: *Se proponen algunas reglas y fórmulas para determinar, interpretar y construir los conceptos indeterminados, tomando en cuenta la norma blanda o dura, las resoluciones locales o convencionales, el contexto del caso, el principio de justicia y la argumentación axiológica. Asimismo, se analiza cómo los principios de legalidad, exacta aplicación de la norma, prohibición de la analogía y aún mayoría de razón se diluyen o modulan en el derecho disciplinario cuando se trata de conceptos indeterminados.*

Palabras clave: *Conceptos jurídicos indeterminados; discrecionalidad; reglas y fórmulas para operar; principios jurídicos; determinación, interpretación y construcción de conceptos indeterminados*

Abstract: *Some rules and formulas are proposed to determine, interpret, and construct indeterminate concepts, considering the soft or hard norm, local or conventional resolutions, the context of the case, the principle of justice and axiological argumentation. It also analyzes how the principles of legality, exact application of the norm, prohibition of analogy and even majority of reason are diluted or modulated in disciplinary law when dealing with indeterminate concepts.*

Keywords: *Undefined Legal Concepts; Discretion; Rules and Formulas to Operate; Legal Principles; Determination, Interpretation, And Construction of Undefined Concepts*

* Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Posdoctora por el CONAHCYT para investigadores de alto nivel académico. Egresada de la Tercera Escuela de Verano en Dogmática Penal y Procesal Penal de la George August Universität en Gottigën, Alemania. Estancia de Investigación en Sevilla, España. Estancia de Investigación en Valencia, España. Estancia de investigación en Lecce, Italia. Maestranda en Derecho Administrativo y Políticas Públicas por la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesor de Carrera de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadoras e Investigadores Nivel I, CONAHCYT

I. Nota Introductoria

El derecho disciplinario es una rama jurídica que se debe operar desde la complejidad. Por ello, el manejo de multiconceptos es importante para aplicar con certeza la norma jurídica y, con ello, no violentar derechos humanos de los justiciables.

Dentro de los multiconceptos que conforman al derecho disciplinario, y en el ámbito del análisis dogmático de los tipos disciplinarios que lo conforman, se encuentran los conceptos indeterminados y la discrecionalidad.

Los conceptos indeterminados son aquellos que el legislador conforma como parte de los elementos del tipo disciplinario o, incluso, desde el lenguaje normativo del derecho disciplinario que no están conceptualizados de forma exacta o son muy genéricos en cuanto a su interpretación.

La discrecionalidad es el abanico de posibilidades existentes para la autoridad disciplinaria a efecto de completar o aplicar una norma blanda o dura con respecto al tipo disciplinario, o en el lenguaje normativo del derecho disciplinario, teniendo como especial herramienta hermenéutica la motivación, seguida de la fundamentación, todo ello, desde el ámbito de la legalidad. Cabe señalar que la discrecionalidad no implica que la autoridad tenga la facultad para, sin motivar o fundamentar, determinar cualquier acto administrativo fuera de la línea de la legalidad.

Por ello, es importante señalar que la discrecionalidad no es la herramienta correcta hermenéutica para interpretar a los conceptos indeterminados, toda vez que los mismos deben estar perfectamente conceptualizados, antes de aplicarlos en un procedimiento administrativo de responsabilidad, mediante una norma blanda o dura por el ente u órgano administrativo competente, para no violentar la certeza jurídica hacia los justiciables y, con ello, la exacta aplicación de la ley así como el principio de legalidad, de tipicidad y de taxatividad.

De hecho, la autoridad investigadora y resolutora, como operadoras disciplinarias, deben tener una metodología concreta de interpretación de los conceptos indeterminados que les permita motivar la utilización y operatividad del concepto indeterminado, así como elementos de resoluciones anteriores, ya sean locales o convencionales, tesis o jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde dicho concepto se haya utilizado, previa interpretación. Lo anterior es de suma importancia para que la resolución no violente el principio de legalidad, de seguridad, de exacta aplicación de la ley y de certeza jurídica.

II. Reglas y fórmulas jurídicas para la operatividad de los conceptos indeterminados en el derecho disciplinario

En el derecho disciplinario, la autoridad investigadora, al momento de imputar la falta administrativa; o la autoridad resolutora, al pronunciarse sobre la responsabilidad administrativa de un servidor público o particular, debe aplicar reglas de interpretación con respecto a la determinación del concepto indeterminado, debiendo analizar estas de modo armónico con otras reglas, las cuales deben ser mínimo las siguientes:

1. Determinar con exactitud al concepto indeterminado.
2. Aplicar una metodología de interpretación para definirlo (la autoridad debe motivar las razones por las cuáles está utilizando la misma), basándose en una conceptualización anterior del concepto indeterminado a operar, ya sea en la doctrina o en una resolución judicial, jurisdiccional, constitucional o convencional, o también en una conceptualización contenida en una norma blanda o dura.
3. Buscar precedentes en los que hayan utilizado el concepto indeterminado a operar y la forma de cómo se han aplicado con respecto a determinados casos. Es decir, cómo el aplicador (autoridad administrativa) ha aplicado esas reglas que contienen al concepto indeterminado en determinados casos.
4. Se debe analizar la regla de modo armónico con otras reglas con respecto a la protección del bien jurídico de la Administración Pública. Ya que es posible que otras reglas ayuden a construir el concepto indeterminado, por ejemplo, un reglamento análogo que pudiera definir el concepto indeterminado.
5. Analizar las circunstancias del caso, estudiar el contexto de cómo sucedieron los hechos y, a partir de ahí, motivar y fundamentar las razones por las cuáles se opera de determinada forma el concepto indeterminado y no de otra. Es decir, al estudiar el contexto de cómo sucedieron los hechos, se debe definir si existe o no la aplicación del concepto indeterminado al caso en concreto.
6. Dentro de la motivación para la operatividad del concepto indeterminado debe de encontrarse un elemento axiológico con el fin de determinar si su aplicación arroja un resultado justo en el caso en concreto.
7. Buscar la justicia de la solución, es decir, si la interpretación a la que llega la autoridad con respecto a la construcción del concepto indeterminado arroja o no un resultado justo. Evidentemente, esto ya se trata de un análisis axiológico o valorativo por parte de la autoridad, que además tendrá que motivar.

Lo anterior debe llevar a la autoridad administrativa a la conclusión de que la conducta que está analizando, y que pretende imputar (autoridad investigadora) o sancionar (autoridad resolutora), es posible subsumirla en el concepto indeterminado para, posteriormente, analizarlo mediante las reglas de la tipicidad.

Cómo se observa, a diferencia del derecho penal, en el derecho disciplinario el principio de legalidad y de tipicidad se aplica con matices¹, es decir, de la emisión de la norma por el Poder Legislativo, el concepto indeterminado se construye a partir de instrumentos jurídicos administrativos. Esto ocurre debido a que, el manejo operativo y teórico del concepto indeterminado no deviene como ley exacta (tipo cerrado) del Poder Legislativo, sino que es el Poder Ejecutivo a través de las autoridades administrativas, y mediante la delegación que, en este sentido, le otorga el propio Legislativo, quienes en realidad están precisando, con base en el principio de exacta aplicación de la ley, al concepto indeterminado a través de la interpretación y de la

¹ Es importante señalar que cuándo en el derecho disciplinario se maneja la expresión “con matices” no quiere decir que el principio jurídico (que propiamente es relativo al derecho penal disminuye o se aplica la arbitrariedad. Esto se suele confundir en infinidad de ocasiones con la operatividad del principio de discrecionalidad de la autoridad; entonces se debe aclarar que más bien está supeditado a la delegación legislativa hacia la autoridad administrativa con respecto al desarrollo normativo del principio en una norma administrativa dura o blanda con base en el principio de exacta aplicación de la ley y del elemento fundamental del principio de taxatividad (motivación). Consultar: Padilla Sanabria, Lizbeth Padilla, *El relativismo punitivo. Entre el Derecho Administrativo Disciplinario y el Derecho Penal*, Flores Editor, México, 2021, pp. 224.

motivación del concepto ya contenido previamente en una resolución (local, constitucional o convencional), en una norma blanda (circulares, manuales, códigos de ética, reglamentos, etc.) o en una norma dura (leyes administrativas locales o federales). Es decir, se debe construir la exacta aplicación del concepto indeterminado a partir de un trabajo interpretativo para darle contenido por parte de la autoridad administrativa.

Es importante señalar que cuando el concepto indeterminado es un complemento del tipo disciplinario, además de seguir los pasos metodológicos señalados con antelación, se debe aplicar la fórmula del principio de taxatividad ya desarrollado en la presente obra.

Por lo que, si arbitrariamente la autoridad disciplinaria pretende utilizar un concepto indeterminado, sin que este se encuentre previamente conceptualizado en una norma blanda o dura por el ente u órgano administrativo competente, o en alguna resolución local o convencional, la primera estaría violando el principio de legalidad, de tipicidad, de irretroactividad y de exacta aplicación de la norma, así como la seguridad jurídica del justiciable, pues no cuenta con las facultades para hacerlo.

Cabe señalar que la autoridad administrativa no puede construir un concepto indeterminado sin que éste, se encuentre previamente señalado en la ley como tal, es decir, la interpretación que realice la autoridad administrativa o su construcción debe tener como base una norma emitida por el Poder Legislativo.

En cambio, en la discrecionalidad no se aplican reglas de interpretación, sino que la autoridad debe decidir, de acuerdo con los principios generales del derecho, con base en la protección de los derechos humanos y mediante una motivación. Esto es, para la aplicación o no de una sanción por parte de la autoridad resolutora con respecto al concepto indeterminado deberá haber aplicado las reglas anteriores para su construcción o determinación, evidentemente, todo ello desde el ámbito de la motivación y de la fundamentación.

Por lo que, para aplicar discrecionalmente un concepto indeterminado, primero debe la autoridad aplicar las reglas antes enunciadas a fin de definirlo o construirlo, para posteriormente, desde el marco de la legalidad, discrecionalmente determinar si lo aplica o no y establecer, qué sanción le corresponde al servidor público o particular. Es decir, la discrecionalidad no es operativamente legal en la construcción del concepto indeterminado, si esto sucede, la autoridad administrativa estaría actuando arbitrariamente.

Es decir, la discrecionalidad de ninguna manera puede utilizarse para definir un concepto indeterminado, sino que su operatividad debe hacer referencia a la aplicación de éste una vez definido, y la sanción que corresponde al servidor público por la conducta desplegada.

Por ende, la discrecionalidad que puede utilizar la autoridad investigadora solamente consiste en la decisión de imputar la falta administrativa al justiciable en el Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa, y para la autoridad resolutora; en el sentido de determinar si el concepto indeterminado fue correctamente construido por la autoridad investigadora mediante los argumentos antes señalados y, a partir de ahí, determinar si va a imponer responsabilidad.

administrativa y cuál es la sanción que corresponde. Una vez más, ambos actos de autoridad deben estar fundados y motivados desde el marco de la legalidad.

Es así como señalamos tajantemente que, la autoridad no puede hacer uso de la discrecionalidad con el fin de construir un concepto indeterminado, es decir, su determinación no es libre.

En el siguiente gráfico se pueden observar las fórmulas para la diferenciación de cada uno de ellos:

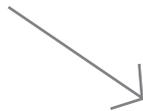
1. Conceptos indeterminados



Ente u órgano administrativo competente debe conceptualizarlo con exactitud en una norma blanda o dura, o mediante resoluciones locales o convencionales que anteriormente lo hayan utilizado.

Esto, previamente, a la utilización de una metodología interpretativa. Se deben construir mediante modelos de interpretación sobre normas blandas, duras, resoluciones constitucionales o convencionales, análisis del contexto fáctico, el principio de justicia y argumentación axiológica.

2. Discrecionalidad



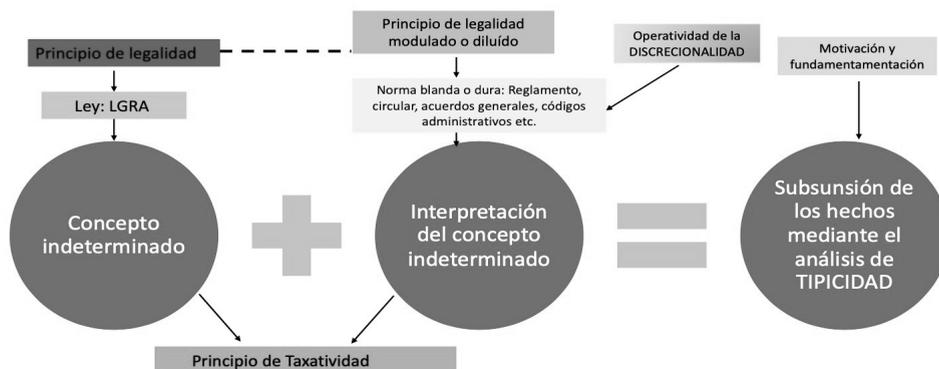
Posibilidades que tiene la autoridad disciplinaria para completar el tipo disciplinario mediante una norma blanda o dura constituida previamente a la realización de los hechos, utilizando forzosamente las herramientas hermenéuticas de motivación y fundamentación bajo el marco de la legalidad. No puede ser utilizada para construir un concepto indeterminado. Debe ser operada mediante el marco de la legalidad.

La conceptualización del concepto indeterminado debe radicar invariablemente desde el principio de legalidad en su modalidad de taxatividad, es decir, dentro de lo que está estipulado por la ley y utilizando la interpretación de este conforme a normas blandas; todo ello, evidentemente con relación y armonizado a las perspectivas en materia de derechos humanos desde

el ámbito constitucional y convencional, respetando el principio de exacta aplicación de la ley y el de tipicidad.

A continuación, para la construcción de un concepto indeterminado, se proponen utilizar las siguientes fórmulas:

Fórmula 1



Bajo esta fórmula, el concepto indeterminado sigue las siguientes reglas:

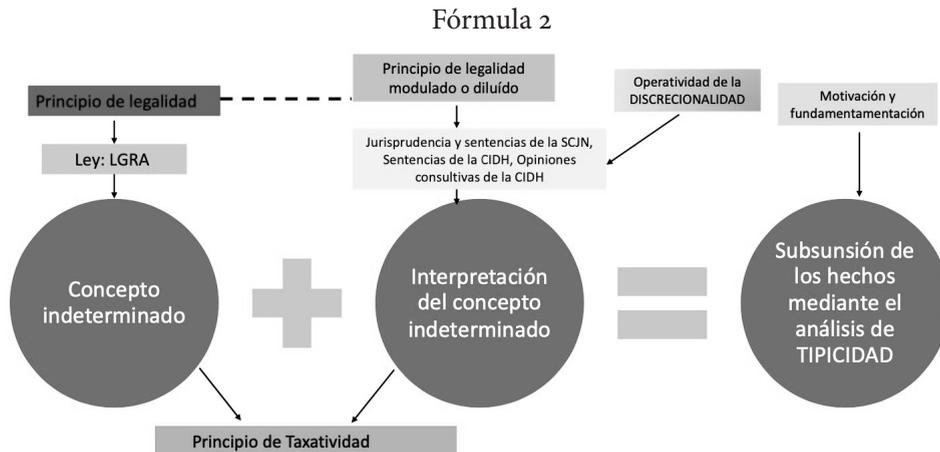
1. El concepto indeterminado invariablemente está en el tipo básico y éste a su vez se debe encontrar en la ley, en nuestro caso, en la Ley General de Responsabilidades Administrativas. Lo anterior observa el principio de legalidad.

2. La construcción del concepto indeterminado se debe realizar con base en lo contenido en una norma blanda publicada bajo los medios oficiales. (Principio de legalidad modulado o diluido)

3. Mediante el principio de taxatividad, la autoridad deberá interpretar la normatividad contenida en la norma blanda, tomando en consideración el elemento fáctico y probatorio con el que cuente; ello con el fin de escoger la hipótesis normativa contenida en la norma blanda que complete el tipo. (discrecionalidad).

4. Con posterioridad, ya construido el concepto indeterminado y completado el tipo básico disciplinario, la autoridad investigadora deberá realizar el análisis de tipicidad², mediante elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo, para imputar objetivamente la hipótesis típica de la falta administrativa.

² Consultar: Padilla Sanabria, Lizbeth Xóchitl, *La Dogmática Disciplinaria. El principio de tipicidad en las faltas administrativas*, Flores Editor, México, 2022, pp. 158.



Bajo esta fórmula, el concepto indeterminado sigue las siguientes reglas:

1. El concepto indeterminado invariablemente está en el tipo básico y éste a su vez se debe encontrar en la ley, en nuestro caso, en la Ley General de Responsabilidades Administrativas. Lo anterior observa el principio de legalidad.

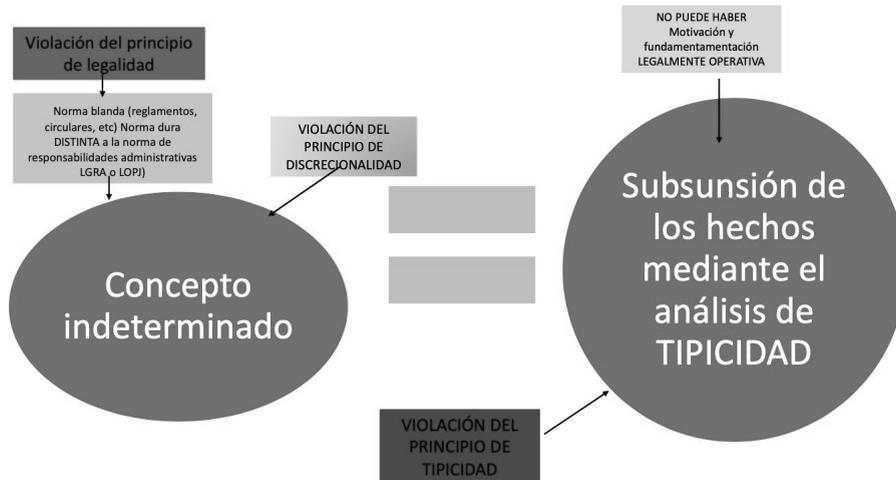
2. La construcción del concepto indeterminado puede realizarse con base en resoluciones y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; siempre y cuando, ésta se base en las garantías mínimas en materia de Derechos Humanos, principio de proporcionalidad, razonabilidad y, sus resoluciones sean integradas a partir de la ley (principio de legalidad), así como el principio pro persona (Principio de legalidad modulado o diluido) (En este caso el principio de prohibición de la analogía y aún mayoría de razón se modulan o diluyen)

3. Mediante el principio de taxatividad, la autoridad deberá interpretar las resoluciones y las opiniones consultivas antes señaladas, tomando en consideración el elemento fáctico y probatorio con el que cuente; ello con el fin de utilizar dichas resoluciones para completar el tipo (discrecionalidad) y determinar la hipótesis normativa.

4. Con posterioridad, ya construido el concepto indeterminado y completado el tipo básico disciplinario, la autoridad investigadora deberá realizar el análisis de tipicidad³, mediante elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo, para imputar objetivamente la hipótesis típica de la falta administrativa.

³ *Idem.*

Fórmula 3



Cómo se observa, esta fórmula no puede ser operativa bajo los principios de legalidad y tipicidad, pues el concepto indeterminado debe estar forzosamente contenido en una ley, emitida por el Congreso de la Unión y bajo la naturaleza del Derecho Administrativo de Responsabilidades Disciplinarias, tales como la Ley General de Responsabilidades Administrativas y la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, y no en una norma blanda o dura con distinta naturaleza.

Lo anterior implica que, si la imputación objetiva de una hipótesis normativa de una falta administrativa se realiza de esta forma, la actuación de la autoridad investigadora es violatoria del principio de legalidad y de tipicidad, y por ende de derechos humanos, lo cual implicaría una actuación arbitraria de la autoridad.

Ejemplo: Artículo 49, fracción I de la Ley General de Responsabilidades en la hipótesis normativa siguiente:

Incurrirá en falta administrativa no grave el servidor público cuyos actos incumplan lo contenido en la obligación de cumplir sus funciones observando en su desempeño respeto a los demás servidores públicos con los que llegare a tratar.

El concepto indeterminado es “*respeto*”, pues no está definido precisamente en el tipo disciplinario; por ende, la autoridad investigadora para imputar la conducta deberá acudir a una norma blanda o dura que precise con exactitud dicho concepto indeterminado.

Si es que existiesen varias normas blandas o duras, que complementen el tipo disciplinario contenido en la Ley General de Responsabilidades Administrativas y que pudieran precisar al concepto indeterminado, la autoridad investigadora podrá, discrecionalmente desde el ámbito que la legalidad se lo permita, escoger a cualquiera de ella, siempre y cuando, motive y fundamente su decisión como acto de autoridad, Todo ello, evidentemente, realizando un análisis interpretativo de la norma blanda o dura complementaria, junto con el tipo disciplinario básico

de la LGRA y con el elemento fáctico, en específico, las circunstancias que originaron la conducta ilícita, así como el principio de justicia desde una perspectiva axiológica.

En este caso, por ejemplo, podemos utilizar como norma blanda lo que señala el Código de Conducta del Banco de México en el apartado de trato digno y respetuoso.

Trato digno y respetuoso

1. Promoveremos un ambiente de trabajo positivo, que se caracterice por un trato profesional, digno, cortés y respetuoso hacia todas las personas.

Respeto a la diversidad y no discriminación

Violencia Laboral

2. Evitaremos cualquier comportamiento intimidatorio, hostil u ofensivo que afecte el ambiente de trabajo o que pueda dañar la dignidad, autoestima, salud, integridad, libertad o seguridad de las personas servidoras públicas. Asimismo, nos abstendremos de difundir material que pueda resultar ofensivo o atente contra la dignidad de las personas o la reputación del propio Banco.

(Conducta reformada mediante publicación en el *Diario Oficial de la Federación* del 21 de diciembre de 2021)

O jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, la orientación sexual, la identidad o expresión de género, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma o cualquier otro motivo. También se entenderá como discriminación la homofobia, misoginia, cualquier manifestación de xenofobia, la segregación racial, el antisemitismo, así como la discriminación racial y otras formas conexas de intolerancia.

De igual forma, debemos evitar los prejuicios, estereotipos, estigmas y otros factores que puedan propiciar discriminación o cualquier tipo de violencia de género o laboral.

(Conducta reformada mediante publicación en el *Diario Oficial de la Federación* del 21 de diciembre de 2021)

Acoso y hostigamiento sexual

4. Debemos evitar cualquier comportamiento de carácter sexual, ya sea verbal, no verbal, físico o por cualquier otro medio, que afecte la dignidad de una persona, o resulte intimidatorio, hostil, humillante u ofensivo para esta. En ningún caso deberemos aceptar que el otorgamiento de un empleo u otro tipo de decisiones laborales sean condicionadas a favores sexuales o a la aceptación o tolerancia de actos de *violencia, hostigamiento o acoso sexual*. Tampoco se permitirá que dichas conductas interfieran con el desarrollo del trabajo o produzcan un ambiente de trabajo intimidante u ofensivo.

Como se observa, en el Código de Conducta del Banco de México existe un sin número de opciones, desde el ámbito legal del respeto, con los que la autoridad investigadora puede completar precisamente el tipo disciplinario de la hipótesis normativa del artículo 49, fracción I que señalamos con antelación.

Por lo que es de suma importancia tener en cuenta que a fin de que la autoridad investigadora construya el concepto indeterminado para la imputación de la falta administrativa, debe tomar en consideración el elemento fáctico de su teoría del caso, es decir, las circunstancias de modo,

tiempo y lugar en que sucedieron los hechos, así como los datos de prueba con que cuenta para acreditarlos.

De igual forma, la autoridad substanciadora debe tomar en cuenta los elementos anteriores para la revisión y admisión del Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa, con el fin de iniciar el procedimiento disciplinario. También son elementos que debe tomar en consideración la autoridad resolutora para resolver, pues ello determinará la correcta operatividad del principio de exacta aplicación de la ley.

Es necesario señalar en este apartado que, en el Derecho disciplinario, los principios de legalidad, de exacta aplicación de la ley, de la prohibición de la analogía y aún mayoría de razón, se diluyen o modulan.

En este sentido, la autoridad investigadora, mediante la operatividad del principio de taxatividad⁴ deberá completar el tipo disciplinario, mediante la aplicación del principio de legalidad en el cual, discrecionalmente, determinará desde el ámbito legal conforme a los hechos, cuáles elementos referentes al concepto indeterminado en el tipo disciplinario (en este caso “respeto”) deberá utilizar.

Asimismo, su decisión discrecional (basada en el principio de legalidad) deberá motivarla, es decir, deberá estar perfectamente claro el motivo específico por el cual el justiciable, está siendo imputado por dicha falta administrativa y la especificidad del concepto indeterminado mediante dicha norma blanda (en este caso el Código de Conducta del Banco de México); así como el detalle de los hechos, motivos y normas en los que se basó la autoridad investigadora para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad.

De esta forma, las autoridades disciplinarias, al construir el concepto indeterminado para la complementación del tipo disciplinario y posteriormente realizar el análisis dogmático del mismo, deberá tomar en consideración lo siguiente:

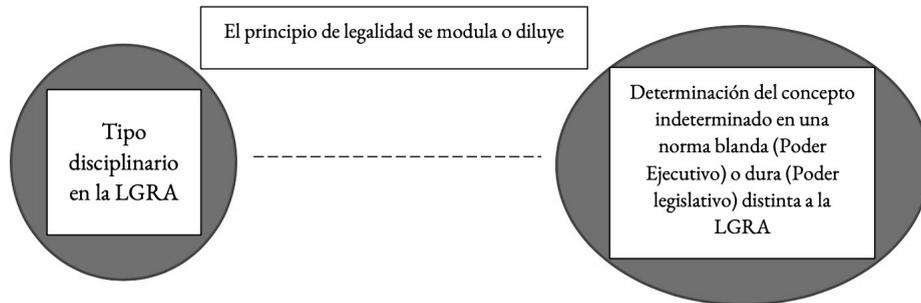
a. El principio de legalidad se modula o diluye al construir el concepto indeterminado con base en una norma blanda emitida por la autoridad administrativa o dura (emitida por el poder legislativo) desde el ámbito administrativo pero de naturaleza distinta de la Ley General de Responsabilidades Administrativas y que contenga un elemento deóntico de prohibición que sea funcional para la construcción del concepto indeterminado; sin embargo, si se trata de una norma blanda, para que tenga validez legal, debe estar publicada en el Diario Oficial de la Federación o en los medios legales pertinentes.

No es posible construir al concepto indeterminado con algún elemento que no sea legal y además publicado en términos de ley (por ejemplo, algunas autoridades pretenden hacerlo con Diccionarios de la Real Academia Española, lo cual no puede ser argumento eficaz para la construcción legal del concepto indeterminado, ya que no se trata de un elemento jurídico y por ende violenta el principio de legalidad y la construcción del concepto indeterminado se torna arbitraria).

⁴ *Idem*. También puede consultarse el video: Dra. Liz Padilla Oficial, *La fórmula del principio de taxatividad en las faltas administrativas* (video en Youtube), 12 de enero de 2022, <https://www.youtube.com/watch?v=Uj8vnm6PYzo> (consultada el 7 de abril de 2023).

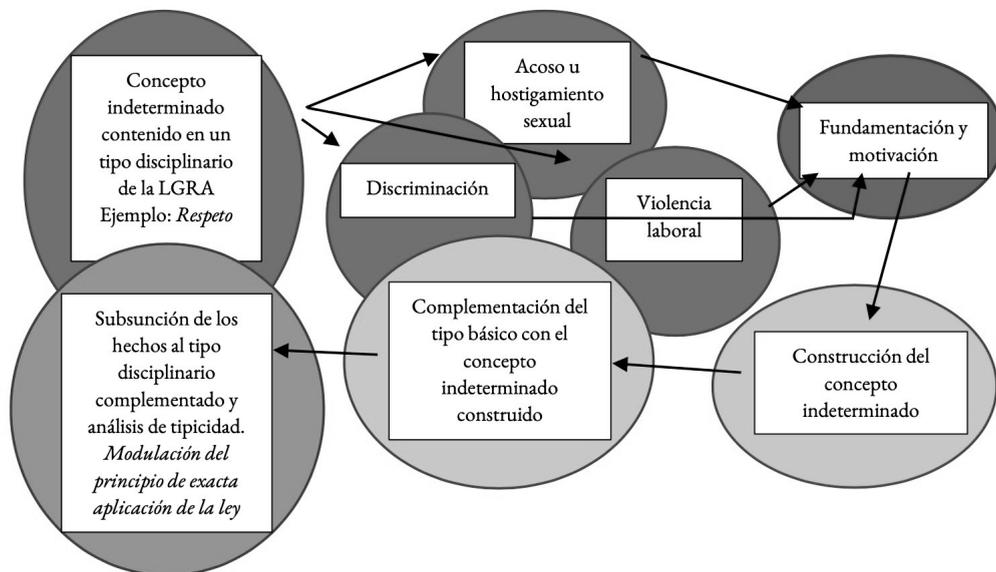
Es decir, toda construcción de un concepto indeterminado debe estar construido en un instrumento legal válido, además debe estar acompañado de la suficiente motivación jurídica.

La siguiente figura nos ayuda a una mejor comprensión del párrafo anterior:



b. El principio de exacta aplicación de la norma también se ve modulado o diluido en el derecho disciplinario, pues dentro del abanico de posibilidades jurídicas que la autoridad puede escoger, (evidentemente mediante el tratamiento jurídico señalado en el inciso anterior), este principio se torna mermado desde el tipo disciplinario principal para completarse con la descripción del concepto indeterminado en otra norma (sea blanda o dura) más la motivación hecha por la autoridad disciplinaria; de tal forma, que la exacta aplicación de la ley quedará supeditada a la correcta aplicación de los principios de legalidad, taxatividad y discrecionalidad.

El siguiente cuadro puede aclarar al lector la modulación del principio de exacta aplicación de la norma en el derecho disciplinario cuando se deben operar conceptos indeterminados.

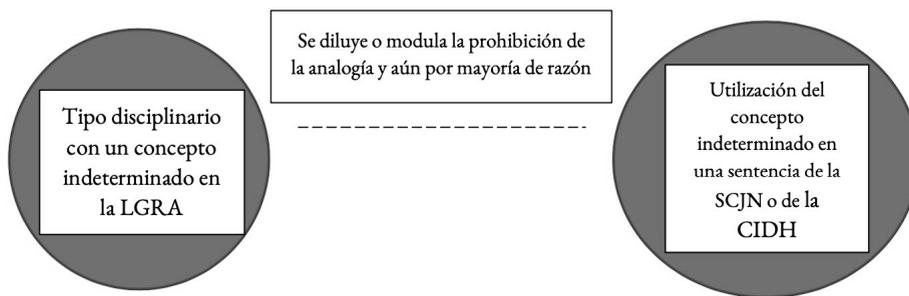


c. El principio de la prohibición de la analogía y aún por mayoría de razón se modula o diluye en el derecho disciplinario cuando en los tipos disciplinarios se encuentran conceptos indeterminados, lo anterior en virtud de que, de acuerdo a la Fórmula 2, éstos se pueden construir mediante resoluciones

de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (tomando en consideración las reglas legales vertidas en este apartado) o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o de sus opiniones consultivas, siempre y cuando, sean acordes al principio pro persona y, toda vez que dichas resoluciones sean referentes a casos similares; la prohibición de la analogía se diluye o modula.

Es decir, la construcción del concepto indeterminado contenido en la norma disciplinaria deberá realizarse mediante una resolución que haya tratado un caso similar al asunto en el que se pretende imputar la falta administrativa; por lo cual la prohibición de la analogía se diluye en ese sentido; no obstante, una vez construido el concepto indeterminado y complementado el tipo disciplinario, se corresponderá realizar el análisis de tipicidad.

En el siguiente cuadro se podrá comprender con mayor precisión lo señalado anteriormente.



No operar a los conceptos indeterminados con base en las fórmulas antes propuestas implicaría la aplicación de un derecho disciplinario de autor que, evidentemente, es arbitrario y violatorio de derechos humanos.

Cuando hablamos de un derecho disciplinario de autor, nos referimos a aquel donde la autoridad únicamente pretende sancionar al servidor público por el hecho de ser servidor público, sin realizar los pasos mencionados para la construcción de los conceptos indeterminados, con el propósito de subsumir los hechos al tipo complementado por dicho concepto y realizar así un análisis de tipicidad. Esto evidentemente, violenta el principio de legalidad, taxatividad, exacta aplicación de la norma, de prohibición de la analogía y aún mayoría de razón.

Citando a José Luis Guzmán Dalbora, quien nos relata la peligrosidad del derecho penal de autor, al invocar la importancia del principio de legalidad en el derecho punitivo, y que podemos trasladar al tratamiento del derecho disciplinario:

La categoría de la peligrosidad –así debuta el fallo—“constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye al derecho penal de acto o, de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo”. Prosigue la Corte (Caso Fermín Rodríguez vs. Guatemala) “La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, agrega a la imputación de los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán [...] En fin de cuentas, se sanciona al individuo [...] no con apoyo en lo que

ha hecho, sino en lo que es él". Tras asentar este juicio, digno de elogio por su exactitud, la sentencia considera evidente las deplorables implicaciones que acarrea la supervivencia penal de la peligrosidad, "absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los Derechos Humanos", y concluye que su previsión en un texto punitivo "es incompatible con el principio de legalidad y, por ende, contraria a la Convención" (fundamentos 94-96)⁵.

Como bien lo señala la Corte Interamericana en el caso que estudia Guzmán Dalbora, al igual que en el derecho penal, en el derecho disciplinario la inexactitud que caracteriza a un concepto indeterminado y su aplicación lisa y llana, o su interpretación, sin algún fundamento jurídico o motivación, implica violar el principio de legalidad. Lo último señalado impediría realizar un análisis de tipicidad⁶, e ignorar el elemento subjetivo (dolo o culpa), trayendo como consecuencia la sanción al Servidor Público solamente por la infracción al deber (es decir, por el simple hecho de ser servidor público) sin realizar un análisis jurídico que permita operar y observar el principio de legalidad; lo cual evidentemente violenta este principio, contenido en el artículo 90 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como los artículos 14, 16 y 29, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por lo que es básico la construcción de los conceptos indeterminados bajo los parámetros antes indicados.

Es de suma importancia señalar que estas reglas sólo se aplicarán en el caso de los tipos disciplinarios en los que existan conceptos indeterminados, no así en los tipos disciplinarios cerrados, en los cuales se aplican todos los principios de la dogmática disciplinaria sin que se diluya o module algún principio.

III. Los conceptos indeterminados y la discrecionalidad en el derecho disciplinario desde la convencionalidad

Los conceptos indeterminados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Con respecto a la seguridad jurídica con que deben estar plagados todos y cada uno de los conceptos que conforman el derecho punitivo, no siendo el derecho disciplinario la excepción, la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus sentencias y precisamente en el punto 199 del Caso López Mendoza vs. Venezuela señala:

La Corte considera que en el marco de las debidas garantías establecidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana se debe salvaguardar la seguridad jurídica sobre el momento en el que se puede imponer una sanción. Al respecto, la Corte Europea ha establecido que la norma respectiva debe ser: i) adecuadamente accesible, ii) suficientemente precisa, y iii) previsible.

Respecto a este último aspecto, la Corte Europea utiliza el denominado "test de previsibilidad", el cual tiene en cuenta tres criterios para determinar si una norma es lo suficientemente previsible, a saber: i) el contexto de la norma bajo análisis; ii) el ámbito de aplicación para el que fue creada la norma, y iii) el estatus de las personas a quien está dirigida la norma.

⁵ Guzmán Dalbora, José Luis, "El Principio de Legalidad penal en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en Gisela Elsner *et al.*, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Alemania, Konrad-Adenauer- Stiftung e. V., 2010, pp. 171-196.

⁶ Consultar: *Dogmática Disciplinaria, op. cit.*

Como se puede observar, la norma jurídica punitiva debe ser lo suficientemente precisa, es decir, clara y determinada por algún instrumento legal, de tal forma que no pueda ser utilizada por la autoridad disciplinaria para cometer actos de arbitrariedad, si ésta no ha sido previamente construida mediante modelos de interpretación y bajo las reglas antes señaladas en el punto 1 de este apartado.

Debemos recordar que, en el derecho disciplinario, el principio de legalidad está reducido por la delegación de la creación de norma que el Poder Legislativo realiza hacia el Poder Ejecutivo, y en este caso, hacia la autoridad administrativa.

En ese sentido, el profesor Balbín de la Universidad de Buenos Aires, ha señalado la problemática jurídica con respecto a la violación del principio de legalidad, que trae consigo que la norma administrativa contenga conceptos indeterminados:

Sin perjuicio de lo expuesto, es importante advertir las contrariedades o cuestionamientos a los principios de legalidad y de reserva de ley, a saber: la incorporación de las cláusulas generales y los conceptos indeterminados en el texto de las leyes, el reconocimiento de poderes discrecionales a favor del Poder Ejecutivo; y las prácticas institucionales distorsionadas⁷.

Por lo que, el mal manejo de los conceptos indeterminados y de la discrecionalidad, pueden traer como consecuencia que el actuar de la autoridad viole el principio de legalidad y, además, la autoridad emita actos arbitrarios.

Con respecto a la parte de la accesibilidad, los conceptos indeterminados necesitan estar en la norma blanda del ente o del órgano administrativo competente y ser de fácil acceso; además estos deben ser objeto de la publicidad pertinente (publicados en el Diario Oficial de la Federación o en las Gacetas de los Estados) en términos de ley, es decir, en manuales, reglamentos, etc.

Es decir, en el caso de los conceptos indeterminados en el ámbito disciplinario, no se pueden utilizar si su conceptualización no está perfectamente detallada en instrumentos legales emitidos por una autoridad administrativa competente.

20

Cabe señalar que las autoridades disciplinarias (investigadora, substanciadora y resolutoria) no son competentes para determinarlos, pues éstas serán quienes los aplicarán observando siempre los derechos humanos; pero sí, los Órganos Internos de Control, las Secretarías de Estado o el ente administrativo que corresponda.

Con respecto al punto de la previsibilidad, el profesor Balbín señala:

La previsibilidad del mandato y sus consecuencias. El núcleo o sustancia (esencia) debe determinar claramente cuál es su mandato y cuáles son sus consecuencias; es decir, la claridad debe extenderse sobre toda la estructura de la regla jurídica (esto es: los supuestos de hecho y las consecuencias). Esta

⁷ Balbín, Carlos F., *Manual de Derecho Administrativo*, Argentina, Editorial La Ley, 2018, p. 80

idea se construye desde los principios de certeza y seguridad jurídica. En síntesis, mayor regulación sustantiva es, por tanto, mayor previsibilidad⁸.

Es decir, debe ser previsible la aplicación y operatividad de cualquier concepto indeterminado dentro de los tipos del derecho disciplinario, su interpretación no está sujeta a la discrecionalidad de la autoridad, solo a aplicación.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el punto 200 del caso *López Mendoza vs. Venezuela* señala:

Sobre el particular, la Corte considera que los problemas de indeterminación no generan, per se, una violación de la Convención, es decir, que el hecho de que una norma conceda algún tipo de discrecionalidad no es incompatible con el grado de previsibilidad que debe ostentar la norma, siempre y cuando el alcance de la discrecionalidad y la manera en que se debe ejercer sea indicado con suficiente claridad con el fin de brindar una adecuada protección para que una interferencia arbitraria no se produzca⁹.

Ese mismo argumento lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Olson vs. Suecia*, sentencia del 24 de marzo de 1988, párrafo 61, así como del caso *Gillow vs. Reino Unido*, sentencia de fecha 24 de noviembre de 1986, párrafo 51.

Una ley que confiere una discreción no es en sí misma incompatible con el requisito de previsibilidad, siempre que el alcance de la discreción y la forma de su ejercicio se indiquen con suficiente claridad, teniendo en cuenta el objetivo legítimo de la medida en cuestión, para dar al individuo una protección adecuada contra la interferencia arbitraria.

Como podemos observar la tendencia de la certeza de la ley y del principio de previsibilidad son dos factores fundamentales para definir los conceptos indeterminados, así como de su interpretación para que el ente u órgano de la Administración Pública competente los determine con anticipación a su aplicación en un caso concreto hacia un justiciable.

Es así como la primera premisa con respecto a los conceptos indeterminados es que, éstos se encuentran precisamente en la ley, pero el Poder Ejecutivo, tendrá que determinarlos previamente con exactitud en la norma blanda para aplicarlos al caso en concreto.

Por su parte Antonio Martín Pardo señala con respecto a los conceptos jurídicos indeterminados:

De todos es sabido la desconfianza y el riesgo para la seguridad jurídica que entrañan los conceptos jurídicos indeterminados. Estos conceptos son descripciones contenidas en las leyes para las cuales se emplean términos abiertos o imprecisos que exigen de una interpretación para concretar adecuadamente su contenido. A pesar de la inseguridad que conllevan, en muchos casos su empleo es imprescindible, ya que existen supuestos en los que no es posible describir de un modo preciso el supuesto de hecho de la norma.

⁸ *Idem*

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López Mendoza vs. Venezuela. Sentencia De 1 De Septiembre De 2011 (Fondo, Reparaciones Y Costas)*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de abril de 2011, p. 71.

Incluso pueden tener ciertas ventajas como es su gran capacidad para abarcar situaciones complejas sin necesidad de determinar todos sus detalles de un modo concreto, lo cual llevaría a ciertas normas a tener un indeseable carácter farragoso. De tal modo, estos conceptos jurídicos indeterminados permiten hacer las normas más flexibles y duraderas sin dejar de contener lo esencial de su ratio, ya que, gracias a la abstracción que posibilitan pueden llegar a contemplar situaciones o elementos desconocidos en el momento de dictar la Ley, evitando con ello una actualización constante de la norma con las dificultades y riesgos que ello conllevaría.

Estos conceptos jurídicos indeterminados no deben confundirse con la discrecionalidad, ya que su sentido, una vez precisado, es único a diferencia de lo que ocurre en la discrecionalidad, en la que son posibles varias soluciones, todas ellas legítimas. Esta puntualización debe ser especialmente tenida en cuenta cuando los conceptos jurídicos indeterminados, con su riesgo inherente, se usan para atribuir facultades de actuación a la autoridad sobre los particulares o bien para limitar derechos de los ciudadanos. En estos casos lo ideal sería usar términos certeros e inequívocos, pero, si ello no es posible, habrá que tener claro que su sentido debe ser precisado de manera unívoca; nunca pueden consistir en un elenco de opciones a disposición de la Administración en función de sus fines. Un supuesto particular de lo acabado de comentar es el que se refiere al concepto jurídico al que nos vamos a referir en esta comunicación: el orden público¹⁰.

Se observa cómo para Pardo, los conceptos indeterminados también implican inseguridad jurídica; a pesar de ello, el autor nos señala un método específico para reducir dicha inseguridad y dar mayor certeza a su contenido a fin de aplicarse correctamente hacia los justiciables. Sin embargo, nuestra propuesta implica determinadas fórmulas, antes señaladas y explicadas, en las cuáles expusimos cómo es que no se eliminan los principios de legalidad, de exacta aplicación de la ley y de la prohibición de la analogía y aún mayoría de razón, sino que éstos se diluyen o moderan con base en los principios de taxatividad, motivación y fundamentación.

IV. Conclusión

La dogmática disciplinaria tiene una diferencia fundamental con la penal: En la operatividad de los conceptos indeterminados, los cuales son elementos que forman parte de ciertos tipos disciplinarios, dada la complejidad de la normativa administrativa.

La diferencia consiste en las fórmulas para su operatividad jurídica con el fin de que no se violenten derechos fundamentales del justiciable mediante la herramienta jurídica de la dis-

¹⁰ Martín-Pardo, Antonio, *El concepto de orden público. Una visión comparada entre el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, España, Universidad de Málaga, 2018, p. 1.

crecionalidad, esta última operada bajo los lineamientos de los principios de legalidad, exacta aplicación de la ley, prohibición de la analogía y aún mayoría de razón y el de taxatividad.

Aunado a lo anterior, la comprensión de la modulación o disolución de los principios de legalidad, exacta aplicación de la ley y de la prohibición de la analogía y aún mayoría de razón son fundamentales para la aplicación de las fórmulas antes descritas.

Bajo la argumentación anterior, es importante que las autoridades disciplinarias, tanto investigadoras, substanciadoras y resolutoras utilicen las fórmulas aquí explicadas, pues con base en ellas se protegerán los derechos fundamentales de los justiciables y observarán el debido proceso, desde el ámbito constitucional y convencional.

V. Referencias bibliográficas

BALBÍN, Carlos F., *Manual de Derecho Administrativo, Argentina*, Editorial La Ley, 2018.

PADILLA SANABRIA, Lizbeth Xóchitl, *La Dogmática Disciplinaria. El principio de tipicidad en las faltas administrativas*, Flores Editor, México, 2022.

_____, *El relativismo Punitivo. Entre el Derecho Administrativo Disciplinario y el Derecho Penal*, Flores Editor, México, 2022.

MARTÍN-PARDO, Antonio, *El concepto de orden público. Una visión comparada entre el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. España: Universidad de Málaga, 2018.

