



Ciencia Jurídica y Sostenibilidad. Revista de investigación de posgrado

Número 1. Julio-Diciembre de 2019.

[Comentario jurisprudencial]: Amparo en revisión 4865/2018: El discurso de odio en el sistema mexicano y su tratamiento por la Primera Sala de la SCJN

Autora: Julio Cesar Muñoz Mendiola



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

Ciencia Jurídica y Sostenibilidad. Revista de Investigación de posgrado. Año 1. No 1. Julio -Diciembre 2019, es una publicación semestral, editada por el Laboratorio Virtual de Derecho y Desarrollo Sostenible, <https://derechoydesarrollosostenible.com/> Director general Oscar Rafael Hernández Meneses. Director general adjunto, Ángel Amadeus Gress López. Reserva de Derecho al uso exclusivo: en trámite. ISSN: en trámite. Ambos otorgados por el Instituto Nacional de Derechos de Autor.

Amparo en revisión 4865/2018: El discurso de odio en el sistema mexicano y su tratamiento por la Primera Sala de la SCJN

Mtro. Julio Cesar Muñoz Mendiola

Ciencia jurídica y sostenibilidad.
Revista de investigación de posgrado / Artículo
Número 1, julio-diciembre / 2019
pp. 1-19.

Resumen

El discurso de odio es uno de los principales problemas que enfrenta el constitucionalismo moderno, si bien en EE. UU. y Europa las magistraturas constitucionales han desarrollado una vasta jurisprudencia en torno al tema, en México es una cuestión que no ha tenido un gran desarrollo jurisprudencial por parte de la SCJN. El amparo en revisión 4865/2018 presentó la oportunidad para que la Primera Sala retomara y estableciera criterios en torno al tema, en este caso, lo referente al mensaje que un tatuaje de esvástica puede representar en un contexto laboral y sus implicaciones con otros derechos fundamentales como; el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión y la no discriminación.



El pasado 30 de octubre la SCJN decidió sobre el amparo en revisión 4865/2018¹, el cual entrañaba el pronunciamiento de parte de los ministros y ministras de la Primera sala, respecto de temas constitucionales en los que ya se habían pronunciado y, otros más, en donde implicaba cuestiones novedosas para el sistema mexicano. El problema a resolver por la Primera Sala de la Corte versó, en lo general, sobre el reclamo de una indemnización por daño moral de parte de un trabajador, que fue despedido del centro donde laboraba por ser portador de un tatuaje visible en forma de cruz esvástica, que se identifica comúnmente como un signo nazi, y el cual era ofensivo para algunos de sus compañeros de trabajo pertenecientes a la comunidad judía.

Centrándose en el problema constitucional, la Sala debía decidir: 1) si el símbolo de la cruz esvástica entrañaba un mensaje que pudiera ser discriminatorio por razones étnico religiosas al constituir una expresión de odio, en particular, hacia la comunidad judía; y 2) si la portación de ese tatuaje visible en forma de esvástica, en el contexto del centro de trabajo donde también laboran personas que se identificaron como miembros de la comunidad judía, gozaba de protección constitucional, pues de admitirse esa protección, entonces, la negativa del patrón de permitir que esta persona desempeñará su trabajo en dicho centro laboral portando dicho tatuaje sería invalidad o, por el contrario, si no tuviere cabida a esa protección, entonces, la negativa sería validad, es decir, la Sala tendría que establecer si la actuación imputada a la empresa donde laboraba el trabajador portador del tatuaje, constituyó un acto discriminatorio que actualizaría el hecho ilícito que justificaría la demanda por daño moral.

La Ministra Norma Lucía Piña Hernández, encargada del proyecto de resolución, construyó una argumentación sobre la siguiente base: 1) alcance general, constitucional y convencional, de la protección del derecho a la igualdad y no discriminación; 2) significado de la protección constitucional de los derechos de libre desarrollo de la personalidad y de libertad de expresión en relación con los tatuajes corporales; 3) las restricciones y limitaciones constitucionales de los derechos fundamentales mencionados en el punto

¹ El asunto se resolvió por cinco votos a favor y dos votos concurrentes, consultable en:

http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2018/10/2_241385_4786.docx

anterior; 4) el significado y alcance del tatuaje de una cruz esvástica como expresión o discurso de odio ; y 5) test de proporcionalidad de las medidas adoptadas por la empresa en el caso concreto.

Sobre el primer punto, la Sala determinó que el derecho a la igualdad y no discriminación gozan de una protección constitucional y convencional, que operan como norma imperativa que debe ser especialmente valorada en los casos en donde se involucre la posible violación a este binomio, pues constituyen un deber para el Estado, sus autoridades y los particulares.

En cuanto al segundo punto, la Sala sostuvo que la portación de tatuajes es una práctica que goza de protección constitucional por regla general, pues es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad y de la libre expresión o comunicación de la individualidad de quién lo porta.

En el tercer punto, la Sala retomó el precedente del amparo en revisión 2806/2012, en donde había establecido que el discurso de odio es un caso especial de los discursos discriminatorios, los cuales constituyen una categoría de expresiones ofensivas, cuya impertinencia en un mensaje determinado, actualizan la presencia de expresiones absolutamente vejatorias, por tanto, en el sistema jurídico mexicano carecen de protección constitucional y representan un límite a la libertad de expresión que, para el caso concreto, esta limitación se hace extensiva al libre desarrollo de la personalidad, pues ambos derechos están ligados en lo tocante a la portación de tatuajes corporales.

Ya en el cuarto punto, la Sala analizó el alcance del discurso de odio manifestado en un tatuaje, y estableció que, si un tatuaje corporal visible de una cruz esvástica se exhibe en un contexto laboral, en donde también trabajan personas miembros de la comunidad judía, sí se actualiza una restricción a la protección constitucional y convencional del ejercicio de los derechos de libertad de expresión y de libre desarrollo de la personalidad. Principalmente, porque ese hecho entraña un discurso y apología de una ideología que es contrario a la dignidad humana de las personas de la comunidad judía por motivos raciales; por ello, el



Estado puede restringir y buscar su erradicación como imperativo tutelado por la Constitución y el derecho internacional.

No obstante, la Sala hizo énfasis en que en la resolución no se prejuzgaba sobre la exhibición de un tatuaje con dicho símbolo o con cualquier otro que pudiera catalogarse como discurso de odio, pues en contextos fácticos diferentes al que se analizó, sobre todo, en ámbitos donde estén presentes las razones de interés público y donde se protege con más amplitud la libertad de expresión y la deliberación pública²; pueden justificarse y tolerarse estas expresiones, pues estos casos deberán de analizarse conforme a sus propias circunstancias relevantes.

Finalmente, en el quinto punto, la Sala sostuvo que cuando un discurso de odio se expresa en un ámbito privado como un centro de trabajo, por lo general, están ausentes las razones de orden público que confieren a la libertad de expresión una especial protección en el foro público, pues en el caso concreto la libertad de expresión tiene un peso *vis a vis* de los derechos a la dignidad, la igualdad y la libertad de las víctimas como los destinatarios del mensaje de odio, por consiguiente, la expresión de un discurso de odio frente a las víctimas puede considerarse un acto de discriminación prohibido constitucionalmente, y las víctimas no tienen la obligación jurídica de tolerarlo, además que, de forma válida, pueden poner fin a la convivencia con el agresor para preservar su propia dignidad, así como promover el sentido de la igualdad y su propia libertad de expresarse sin temor a ser agredidos. De esta forma, la Sala al realizar un *test de proporcionalidad* de los derechos involucrados, consideró que las medidas tomadas por la empresa no fueron arbitrarias, discriminatorias ni desproporcionadas, sino por el contrario, la empresa habría tutelado *razonablemente* los derechos primarios de sus empleados.

En resumen, se concluyó que la expresión del discurso de odio efectuada por la persona con el tatuaje de la esvástica, que propició que la empresa prescindiera de los servicios de esta persona previa liquidación, carece de protección constitucional y, al mismo

² Principalmente, porque en estos ámbitos están vinculados con el funcionamiento de la democracia y otros bienes colectivos.

tiempo, fundamento la licitud del actuar de la empresa, pues tomando en cuenta el contexto del foro laboral, no tenía el deber jurídico de *tolerar ese acto de violencia racista de carácter simbólico* en contra de sus empleados.

Ahora bien, en el voto concurrente del ministro Juan Luis González Alcántara Carrancás, se formulan algunas consideraciones interesantes de disenso, sobre todo, porque se refieren a la metodología que se utilizó para resolver el caso. En primer lugar, se considera que debió de excluirse todo estudio de convencionalidad, sea que beneficiará o perjudicará a la empresa, toda vez que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del cual México es parte, se creó para la protección exclusiva de las personas

físicas, pues busca garantizar aquellos derechos humanos vinculados directamente con su dignidad; por ello, la empresa no es titular de DDHH.

En segundo lugar, se señala que el estudio debió de circunscribirse a los tatuajes considerándolos como un ejercicio de libertad de expresión y de libre desarrollo de la personalidad, pero atendiendo a los límites a dichos derechos previstos en el texto constitucional, es decir; 1) los ataques a la moral; 2) los ataques a la vida privada; 3) los derechos de terceros; 4) la provocación de un delito; y 5) la perturbación del orden público. Pues si bien es cierto que los discursos de odio no están protegidos por el texto constitucional, también es cierto que, para determinar si un discurso o una postura se trata de un discurso de este tipo, se debe de analizar en el caso concreto, tanto el mensaje como el contexto o foro donde se expresa u opera.

En sintonía con lo anterior, se señala que, dada la importancia que tiene para las democracias constitucionales la libertad de expresión, se debió de emplear el *principio in dubio pro ex orare*, que opera cuando exista una colisión de principios como la libertad de expresión y cualquier otro derecho fundamental, y que en caso de que con posterioridad a la ponderación necesaria no exista certeza de que la medida sea en beneficio de la colectividad, dada su dimensión social, debe de prevalecer el derecho de la libertad de expresión.

³ Consultable en: <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/votos/2018/11161.docx>



En tercer lugar, en el voto se propuso un estándar para analizar las limitaciones a la libertad de expresión cuando colisione con los derechos de un tercero, en específico, cuando se trata de un discurso de odio, a partir de las siguientes consideraciones: 1) se debe analizar si se trata de una expresión oral o escrita o si se trata de un acto, pues en caso de que se trate de un acto, se debe analizar si éste tiene una suficiente carga expresiva que haga explícito un mensaje, que pueda ser entendido por la mayoría de las personas; 2) se debe identificar cuál es el derecho humano contra el cuál colisiona la libertad de expresión y, en caso de tratarse de un discurso de odio, estos derechos deberán de referirse en específico a los derechos de dignidad humana y seguridad personal; 3) se debe de observar si la expresión tenía un mensaje de odio o de violencia y si este impacta directamente en los derechos fundamentales de un tercero; y 4) en caso de que se hayan establecido medidas para restringir la libertad de expresión en el caso concreto, deberán ser revisadas conforme a un *escrutinio estricto*⁴.

En cuarto lugar, el voto se aparta del tratamiento *técnico-argumentativo* que se le dio a la dignidad humana en el proyecto, pues no es claro si se le trata como regla o como principio, es decir, en algunas partes del proyecto se trató como un operador *deóntico* que se aplica a la manera de todo o nada, constituyéndose como un límite a la libertad de expresión ex ante, mientras que, en otra parte del mismo, se trató como un principio que se aplicaría como un mandato de optimización, lo cual permitiría asumir una colisión de derechos y una ponderación en la que prevalecería alguno de estos según las circunstancias fácticas.

En conclusión, el proyecto de la ministra aprobado por unanimidad siguió, tanto una línea jurisprudencial establecida por la propia Corte, como los estándares interamericanos de los cuales el sistema mexicano es parte. Así, estableció que, por el contexto laboral donde se presenta la supuesta discriminación a la persona portadora del tatuaje de la esvástica, y

⁴ i) si la medida cumplía una necesidad imperiosa desde un punto de vista constitucional; ii) si la medida tomada estaba totalmente encaminada a la consecución de la necesidad constitucional; y, iii) si la medida resultaba la menos restrictiva posible.

aunado a que ese símbolo representa una manifestación o expresión de odio para sus compañeros de trabajo de raza judía; los derechos de libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión de la persona portadora del tatuaje no gozan de protección constitucional.

Por otro lado, respecto del *test de proporcionalidad* que se realizó a la empresa que, presuntamente habría cometido la discriminación a la persona portadora del tatuaje, en el proyecto se arribó a la convicción de que el despido por parte de esta empresa no constituía un daño moral a esta persona; pues la medida atendió a un fin legítimo, fue idónea, necesaria y proporcional para salvaguardar la dignidad humana de sus trabajadores pertenecientes a la comunidad judía. Sobre esta cuestión, hay que aclarar que este *test*, como parte de la metodología de adjudicación constitucional de gran parte de las magistraturas constitucionales, también puede ser aplicado a una medida o acto realizado por un particular, en este caso, una persona jurídica. Y, una de las principales razones, es que el derecho a la igualdad y no discriminación gozan de una protección constitucional y convencional, la cual, en congruencia con el propio proyecto, operan como norma imperativa que establece un deber también para los particulares.

Finalmente, resulta destacable lo señalado en el voto particular del Ministro, pues propone una *metodología de adjudicación* diferente de cómo debía de haberse realizado: 1) el tratamiento de la dignidad humana, es decir, como norma *deóntica* o como un *principio*; 2) aplicando la cláusula de *neutralidad estatal* (metodología norteamericana), en este caso, darle mayor peso a la libertad de expresión por su importancia social; y 3) el reconocimiento de DDHH a la empresa, en otras palabras, reconocer que esta persona jurídica sólo es titular de algunos derechos fundamentales.

En resumen, tanto el proyecto como el voto, si bien desarrollaron diferentes metodologías de adjudicación constitucional, ambos son convergentes en: 1) la política judicial de la SCJN en torno a la prohibición constitucional y convencional de no discriminación; 2) en la metodología de restricción del ejercicio de derechos humanos establecido en el sistema interamericano; 3) el tratamiento de los discursos discriminatorios en una democracia constitucional; y 4) en que en cada caso, por sus particularidades, tiene que analizarse a partir del contexto y circunstancias fácticas en donde se desarrolla.