Metodologías

EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA SUPREMA CORTE

Aplicaciones y desarrollos recientes

Diana Beatriz González Carvallo
Rubén Sánchez Gil
Coordinadores

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Centro de Estudios Constitucionales SCJN

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación

PO
I070.113
T477t

El test de proporcionalidad en la Suprema Corte : aplicaciones y desarrollos recientes / coordinadores Diana Beatriz González Carvallo, Rubén Sánchez Gil ; esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar. – Primera edición. – Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

1 recurso en línea (xxiv, 403 páginas ; 23 cm.). -- (Metodologías)

ISBN 978-607-552-181-7

Material disponible en PDF

Contenido: La tutela horizontal de los derechos fundamentales en el constitucionalismo mexicano / Gabriela E. Cortés Araujo – Acción de inconstitucionalidad 2/2014 : un precedente oculto / Rubén Sánchez Gil – Consumo lúdico de marihuana y libre desarrollo de la personalidad : comentario a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Primera Sala), amparo en revisión 237/2014 / Juan Antonio García Amado – Proporcionalidad, derechos sociales y justificación pública en la Corte mexicana / Miguel Óscar Casillas Sandoval – El principio de proporcionalidad en la evaluación de las obligaciones estatales relativas al derecho a la cultura : el amparo 566/2015 de la Suprema Corte de Justicia / Andrea Viteri García – La doctrina constitucional de las marcas y el principio de proporcionalidad : dos pendientes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la luz del caso Polo / Eduardo de la Parra Trujillo – Recepción del test de proporcionalidad en la jurisprudencia tributaria en México / Gabriela Ríos Granados – La doble dimensión de la proporcionalidad de las penas en México / Rubén Jesús Lara Patrón, Alejandro Torres Morán – Comentario a la sentencia del amparo en revisión 163/2018 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación / Bernardo Gallegos – Control constitucional, proporcionalidad y ley penal : a propósito del control constitucional realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el Decreto 153 en Michoacán / Diana Patricia Arias-Holguín – El desarreglo de los métodos de adjudicación / Rodrigo González Zuppa – ¿Por qué debe rechazarse el discurso de odio en el ámbito privado? / Víctor Jesús Castañeda Rojo – Principios, reglas y suásticas / Rodrigo Camarena González

1. Test de proporcionalidad – Decisiones judiciales – Estudio de casos – México 2. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación – Criterio jurisprudencial – Análisis 3. Tutela de normas constitucionales – Derechos fundamentales 4. Legalización de drogas – Marihuana – Derechos de la personalidad 5.– Derechos culturales – Entidades federativas – Principio de proporcionalidad 6. Marcas – Normas constitucionales 7. Proporcionalidad tributaria – Jurisprudencia 8. Control constitucional – Norma penal – Michoacán 9. Delitos de odio – Discursos – Critica 10. Acciones de inconstitucionalidad 11. Derechos sociales 12. Penas y medidas de seguridad 13. Adjudicación de bienes I. González Carvallo, Diana Beatriz, coordinador II. Sánchez Gil, Rubén, 1975- , coordinador III. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo IV. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Centro de Estudios Constitucionales V. ser.

LC KGF2698

Primera edición: abril de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Principios, reglas y suásticas*

Rodrigo Camarena González**

* Estoy muy honrado por la invitación de Diana González Carvallo para contribuir a esta obra. Agradezco a Inés Durán Matute por sus críticas y pláticas sugerentes y a Fernanda Araujo por su ayuda en esta investigación.
** Profesor de tiempo completo del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México. Candidato a investigador del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

Sumario: A. Introducción; B. Los hechos del caso y la decisión de la Primera Sala; C. Euforia por ponderar; D. Ponderación cosmopolita en abstracto; E. Tres lecciones del caso.

A. Introducción

El presente texto es un análisis crítico de la sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que resolvió el amparo directo en revisión 4865/2018. Su objetivo es contribuir a la creciente discusión acerca del juicio de proporcionalidad en México. Se analiza si el juicio de proporcionalidad era el método adecuado para resolver un caso de discurso de odio. Suponiendo que fuera adecuado y que tuviera que llegarse al paso de la ponderación o de proporcionalidad en sentido estricto, se analiza si se tomaron en cuenta todas las circunstancias relevantes para el contexto mexicano.

El resto del comentario se articula en cuatro secciones. La sección B describe los hechos del caso y la solución que dio la Primera Sala; ésta consideró que la terminación de la relación laboral de un trabajador que tenía un tatuaje de una suástica no le causó daño moral. Después, en la sección C se examina si, a la luz de los hechos, el juicio de proporcionalidad era el método adecuado para resolver un caso de discriminación sobre

discurso de odio. Si el discurso de odio está prohibido, y no se probaron hechos constitutivos de daño moral en perjuicio del exempleado, entonces, no hay necesidad de ponderar. La sección D cuestiona la ponderación en abstracto que realizó la Primera Sala, pues no tomó en cuenta especificidades del caso y del contexto constitucional mexicano. Finalmente, la sección E concluye con tres lecciones que deja este caso para el uso del juicio de proporcionalidad.

B. Los hechos del caso y la decisión de la Primera Sala

La reconstrucción de los hechos, según lo narrado por la Primera Sala,[1] es la siguiente: en su primer día de trabajo, en una empresa con empleados y directivos de origen hebreo y de religión judía, el jefe de facturación se presentó con un tatuaje de una suástica de manera visible en el cuello, detrás de la oreja izquierda (pp. 10, 34, 105). El tatuaje generó protestas entre trabajadores, el dueño de la empresa y directivos, quienes le pidieron que se lo removiera o, al menos, lo ocultara (pp. 9, 20, 27, 36). El empleado dijo conocer el significado antisemita usualmente adscrito a dicho símbolo (pp. 94-95, n. 64 y 115, n. 83), sin embargo, se negó "terminantemente" a cubrirlo (p. 101). En consecuencia, los directivos solicitaron o propiciaron su renuncia (p. 22, 28, 33), la que finalmente presentó —sin fecha cierta— y recibió su finiquito (p. 11).

El ahora exempleado demandó a la empresa, no en la vía laboral sino en la vía civil, reclamó una indemnización económica para reparar el daño moral causado por la discriminación por portar un tatuaje y la limitación a su libertad de expresión. El juzgado de primera instancia falló a favor del exempleado, ordenó a la empresa el pago de indemnización e incluso a ofrecer una disculpa pública. La empresa apeló y el *ad quem* revocó la sentencia al considerar que la suástica era "por sí misma" un

[1] Sentencia del amparo directo en revisión 4865/2018, Primera Sala de la Suprema Corte, ponente: ministra Norma Lucía Piña Hernández, 30 de octubre de 2019.

acto de violencia (p. 8), por lo que no era discriminación sino un trato diferenciado justificado.

El exempleado recurrió al amparo directo y el Tribunal Colegiado resolvió a su favor. El Tribunal consideró que la portación del tatuaje no era una manifestación expresa de antisemitismo, para que lo fuera eran necesarios "ataques hostiles (verbales o no)" (p.16). Además, sostuvo que la defensa de la empresa se centró en respaldar su actuar en beneficio del dueño y los empleados como personas físicas, no como persona jurídica, por lo que la empresa no podía alegar que había sido discriminada. Al contrario, el exempleado había sido discriminado por la empresa, porque su ideología religiosa era irrelevante para cumplir satisfactoriamente con el cargo de trabajo.

La empresa impugnó la resolución en un amparo directo en revisión; consideró como hechos probados que se les causaba un daño a los integrantes de la empresa y que el tatuaje era un "acto violento" (p. 20) que justificó la rescisión laboral; sin embargo, la aseveración de la rescisión, entendida como sanción laboral, entra en tensión con el dicho de que fue una renuncia voluntaria del empleado.

Los hechos también parecen entrar en tensión con los tres agravios de los que se duele la empresa. En primer lugar, parece sugerir que se debe partir de la presunción del daño de la suástica, incluso en personas no judías pues "lo que se debe tomar en cuenta es si objetivamente es posible que alguien se sienta ofendido con la suástica por ser susceptible de afectar su sensibilidad" (p. 22). En segundo lugar, la empresa sostuvo que el daño no fue causado por el actuar del ahora exempleado, sino por el significado antisemita del símbolo en la cultura occidental. En tercer lugar, la persona jurídica argumentó que la discriminación no se le causó a ésta, sino a los trabajadores y que ésta actúo para protegerlos.

La narración de los hechos empieza a generar dos confusiones que incidirán en la metodología y la resolución del caso en la Sala. La primera es

acerca del acto violento. ¿Es el símbolo de la suástica en sí mismo violento o es la intención del actor? Se puede fácilmente pensar en usos del símbolo que no suscriben posturas antisemitas; por ejemplo, su exhibición en el Museo Memoria y Tolerancia o su uso satírico en una película como *Jojo Rabbit*, en ambos casos, la intención no es discriminar a la comunidad judía sino condenar el racismo, sensibilizar, construir memoria colectiva y fomentar la tolerancia en sociedades plurales.

Sin embargo, la Sala le dedica tres páginas del cuerpo de la sentencia al significado del símbolo (p. 82-84) y apenas dos notas al pie que demuestran que el actor conocía el significado antisemita (pp. 94-95, n. 64 y 115, n. 83) y que era parte de su ideología. La diferencia no es menor, ya que el empleado bien podría, por ejemplo, haberse tatuado sin saber el significado dominante o atribuirle uno distinto, o haber abandonado la creencia. Éstos son algunos supuestos que demuestran el uso del símbolo sin intención.

La segunda confusión es sobre la respuesta jurídica que se debe dar a mensajes controversiales en el trabajo. De nuevo, hay al menos dos interpretaciones de los hechos. La primera, casi absoluta, es que el actor no gozó de protección constitucional porque los hechos se dieron en el ámbito del derecho privado. En esta postura, el empleador podría despedir a empleados siempre que se considere que su discurso es dañino para él o para sus compañeros de trabajo. La segunda postura es que, aunque la libertad de expresión puede estar constitucionalmente protegida, la respuesta de la empresa fue proporcional.

En la mayoría de las ocasiones, la Sala parece tomar la primera postura y así sentar el peligroso precedente de que lo expresado en un "centro de trabajo con una finalidad comercial" carece "de interés público directo" (pp. 34, 90, 94-95 y 109-110). La excepción sería que su contenido esté vinculado con el "libre desarrollo del conocimiento o cuestiones laborales relevantes o gremiales" (p. 110). Según esta postura, por ejemplo, una docente pacifista con una calcomanía en su auto con el lema "los sol-

dados son asesinos" (véase *Tucholski I* y *II*, Tribunal Constitucional Alemán citado en Rosenfeld, 2003, p. 1553-1554) podría ser reprimida o despedida por la escuela sin protección constitucional alguna, o una trabajadora del hogar con una playera feminista podría ser despedida por no comulgar con las ideas católicas de su patrón.

En cambio, en otros pasajes, la Sala parece adoptar la segunda postura. La mayoría subraya que la respuesta del sistema jurídico a la libertad de expresión no es categórica, sino "gradual" (p. 73). Aunque esta postura podría ser más protectora, la Sala es imprecisa con las cinco pautas de la gradualidad: el "contexto", si es una deliberación pública o privada, si es apología del odio o no, si genera un riesgo inminente de violencia y si ya ha generado disturbios.

El "contexto" es un concepto ambiguo que incluye "condiciones sociales, históricas y políticas del lugar" o "robustez de sus prácticas democráticas para contrarrestar" (p. 73, n. 40). No queda claro si el contexto es en el ámbito macro de un país o micro de un auditorio, o ambos. Tampoco se determina si el odio tiene que ir dirigido a grupos históricamente oprimidos como minorías étnicas, religiosas o sexuales, o la hostilidad hacia cualquier grupo puede calificarse como discurso de odio; cabría preguntar, por ejemplo, ¿las expresiones "cerdos capitalistas" o "políticos ladrones" califican como carentes de protección constitucional? En general, la generación y reconstrucción de doctrina judicial y académica para resolver el caso es vaga.

Con este análisis equívoco de la "gradualidad" del sistema jurídico, la Sala sostiene que la respuesta jurídica debe ser proporcional al acto. El tratamiento del sistema jurídico puede ir desde la tolerancia del discurso, la no protección, la atribución de responsabilidades civiles, hasta la represión mediante el "derecho sancionador" (p. 74).

De nuevo, el tratamiento "gradual" de los hechos del caso es poco esclarecedor. Según esta gradualidad, y a la luz de los hechos del caso, son

posibles al menos cuatro versiones: *i)* la renuncia voluntaria, *ii)* la renuncia viciada, *iii)* rescisión justificada o *iv)* terminación de relación laboral que causó un daño moral al exempleado.

Revisaré cada una de estas posibilidades. Si lo que sucedió fue una renuncia voluntaria, entonces, no habría nada que analizar en tribunales. El empleado renunció por así corresponder a sus intereses y obtuvo un finiquito a cambio.

Si, en cambio, hubo presión para obtener su renuncia, se podría alegar que hubo vicios en el consentimiento. Una renuncia sin fecha cierta genera el indicio de la mala práctica de firmar la renuncia el primer día de trabajo. En este escenario, la coacción, aunque entendible, parece que desvió a la empresa del camino jurídico apropiado que era la rescisión sin responsabilidad para el patrón. En todo caso, como parece sugerir la Sala (p. 28, n.14), esta controversia sería laboral, no civil.

Si, por el contrario, lo que la empresa tuvo que hacer es rescindir al portador del tatuaje, parece que el finiquito fue desproporcional, pero en perjuicio de la empresa. Es decir, el empleador no estaba obligado a tolerar el discurso de odio y el exempleado, al recibir el finiquito, obtuvo un enriquecimiento sin causa. De hecho, hubiera sido interesante que la empresa no sólo no lo indemnizará por daño moral, sino que además reconviniera al exempleado por enriquecimiento ilícito. Más aún, la empresa podría haber llamado a juicio como terceras interesadas a las personas que se sintieron ofendidas y demandar al defensor de la ideología nazi por daño moral y quizá por daños punitivos. Después de todo, la empresa estaba autorizada para impedir la propagación del discurso de odio y los empleados no debían soportar el daño emocional causado.

Finalmente, la cuarta versión, defendida por el actor, es que la empresa violó sus derechos a la no discriminación y al libre desarrollo de la personalidad y con esto se le causó un daño moral; sin embargo, en la senten-

cia de la Sala no hay pruebas que acrediten este hecho. No puede haber discriminación porque fue precisamente por actitudes discriminatorias que la relación laboral terminó. Ahora bien, podría haber hechos autónomos o paralelos que probaran el daño moral, con independencia de que la terminación haya sido justificada. No obstante, no hay pruebas de daño a su estética, honor o sentimientos. El daño estético que causaría la remoción del tatuaje es irrelevante porque suscribir ideologías nazis es discurso de odio. Tampoco hay pruebas de que se le hubiera retirado de manera humillante u ofensiva del lugar de trabajo. La humillación que se le podría causar por quedarse desempleado es justificada porque lo que la causó fue ejercer el discurso de odio. Entonces, parece que la versión de los hechos más convincente es la tercera, pero la Sala a veces fluctúa entre las otras.

A la luz de esa reconstrucción borrosa de los hechos, la Sala resolvió a favor de la empresa y la relevó del pago del daño moral; ponderó los derechos a la igualdad, no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión en relación con el discurso de odio racial. Los ministros concluyeron que el discurso de odio está constitucionalmente prohibido y las respuestas jurídicas tomadas por la empresa fueron proporcionales:

> primero solicitó al actor que accediera a retirarse el tatuaje, para no generar el clima de discriminación y la inconformidad manifestada por sus empleados; pero al no acceder el accionante, no hubo otra alternativa que la terminación de la relación laboral, misma que el quejoso aceptó, inclusive, al recibir su finiquito (p. 110).

Como se verá en la siguiente sección, este análisis confuso de los hechos es un problema de raíz que oscurece el resto de la sentencia. Si los hechos son subsumibles en una o varias reglas o principios, la claridad en la categorización fáctica es esencial para elegir una metodología y, después, para recorrerla paso por paso de manera coherente.

C. Euforia por ponderar

A la luz de los hechos, ¿hay un conflicto de normas que justifique primero el juicio de proporcionalidad y, después, llegar al paso de la ponderación? La subsunción de los hechos puede encuadrar en i) una única regla; ii) dos o más reglas que colisionan; iii) un único principio; iv) dos o más principios que colisionan, y v) una combinación de reglas y principios que colisionan.

Como es sabido, hay de tres a cuatro pasos en el juicio de proporcionalidad.[2] Primero, identificar un fin constitucional válido; en segundo lugar, argumentar la idoneidad de la medida para proteger ese fin; en tercero, argumentar que la medida es necesaria o la menos restrictiva posible, finalmente, ponderar entre la satisfacción de un principio sobre la restricción del otro.

Hay varios apartados de la sentencia en los que parece que los hechos se subsumen en una sola regla que prohíbe el discurso de odio en México y que hacen la ponderación innecesaria. El artículo 13.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe la apología del odio nacional, racial o religioso, prohibición que replica el 20.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La prohibición más contundente es la de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que declara "punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial" (artículo 4, fracción a, 1969) y establece que los Estados "se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas" (artículo 5, 1969). Si hay una regla unívoca, entonces, ¿por qué ponderar?

Ahora bien, según algunos autores, podría haber una colisión no sólo entre dos principios sino entre reglas y principios. Según Robert Alexy,

[2] Para Alexy (2002) son tres pasos: fin, necesidad y ponderación; para Barak (2012), cuatro: fin, idoneidad, necesidad y ponderación.

el presupuesto para ejercer el juicio de proporcionalidad es una tensión entre dos principios (Alexy, 2002, p. 55). En cambio, según Aharon Barak, puede haber un conflicto entre un derecho con la forma de una regla y un derecho con la forma de un principio (Barak, 2012, p. 84). En este caso, la colisión se resolvería con las metarreglas tradicionales de conflictos normativos de que norma superior deroga inferior, posterior deroga anterior, o especial deroga general. En el caso en particular, al menos desde junio de 2011, los tratados internacionales que incluyen derechos humanos ocupan el mismo peldaño jerárquico que la Constitución en sentido estricto. Las prohibiciones parecen ser un derecho a la no discriminación con la estructura de una regla que prevalece sobre los derechos con la estructura de principios de libertad de expresión, el libre desarrollo de la personalidad o no discriminación por llevar tatuajes.

Es decir, pareciera que no hay nada que ponderar por una prohibición absoluta. La situación sería análoga a la tensión entre el principio de acceso a la justicia y la prohibición —mediante una regla— de la tortura. Se puede discutir que califica como tortura, pero no se debe ponderar entre la regla que prohíbe y el derecho o el interés en la justicia para torturar a un terrorista. La regla tendrá siempre un estatus superlativo que prevalecerá sobre el principio, el conflicto normativo está presolucionado por la Constitución. La misma prevalencia tiene lugar en este caso. La libertad de expresión encuentra su límite en el discurso de odio, y la suscripción de la ideología nazi es una materialización de este límite.

Desde una postura interna del juicio de proporcionalidad, pareciera que no hay necesidad de ponderar. Existe un fin legítimo, que es la protección del derecho a la no discriminación. La medida también fue necesaria: se requirió que se cubriera el tatuaje o que se lo removiera. Al negarse, la única alternativa era terminar la relación laboral.

Si, en cambio, se toma una postura escéptica o externa del juicio de proporcionalidad, pareciera también que las reglas o principios solucionan el caso, sin ponderar. Se evita ponderar entre el derecho a la no

discriminación y lo que parece un absurdo o al menos el abuso de un derecho: el derecho a discriminar o a profesar el discurso de odio. Alternativas a la ponderación que suelen ser etiquetadas como "especificacionistas" (Moreso, 2010; Richardson, 1990). Estas posturas se presentan como un punto medio entre la rigidez deductivista de la subsunción y la flexibilidad de la ponderación. Lo que distingue a este enfoque de la subsunción es la coherencia, entendida no como consistencia lógica entre la solución a un caso y reglas preexistentes, sino como su compatibilidad axiológica con principios (MacCormick, 2005, p. 95; Amaya, 2015, p. 315). La solución especificacionista del caso se da con la no protección del discurso de odio. Esta solución es compatible tanto con la libertad de expresión —bien interpretada—, la no discriminación y el libre desarrollo de la personalidad.

Los defensores de la ponderación consideran a los especificacionistas como monistas que no se toman en serio el pluralismo de valores que comunidades constitucionales diversas suscriben (Tremblay, 2014, p. 876). En cambio, los monistas rechazan la visión conflictiva de los pluralistas que ven compromisos axiológicos por doquier, en vez de soluciones coherentistas satisfactorias (Pérez Bermejo, 2012). Si bien los pluralistas podrían argumentar que la ponderación transparenta el sacrificio de un valor o la decisión trágica (Minow y Singer, 2010), apelar al pluralismo en este caso es poco convincente.

Contra el pluralista se puede afirmar que no hay decisión trágica al silenciar a un fanático intolerante, y quizás intolerable. Si el exempleado sigue teorías acientíficas de superioridad racial, terminar una relación laboral no sólo es comprensible, sino exigible. A final de cuentas, todo sujeto de derechos está autorizado para evitar la propagación del discurso de odio.

Entonces, ¿cuál es el conflicto entre principios o entre reglas y principios que percibe la Sala? Desde una postura interna, defensora del juicio de proporcionalidad, parecería que la ponderación era innecesaria. De hecho, en varios apartados la Sala parece concluir que se debe evitar la ponde-

ración. Por ejemplo, afirma que "hay elementos normativos claros para fundamentar la premisa de que los discursos de odio carecen de protección constitucional" (p. 91), o que "el discurso de odio, es contrario a valores fundamentales en que se asientan los derechos humamos y la democracia constitucional" (p. 97). Ya sea desde una perspectiva interna o externa de la ponderación, el caso se soluciona sin necesidad de llevar a cabo el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

La euforia por ponderar sólo tendría sentido si se ejerciera no sobre la prohibición del discurso de odio en sí misma, sino en cuanto a la respuesta o sanción que se le dio al exempleado. En todo caso, lo que se debería ponderar es si la respuesta jurídica fue proporcional o no. La respuesta puede ser desde una sanción penal de privación de la libertad, la sanción laboral de rescisión o la condena civil al pago de daños. Queda claro que el discurso de odio está prohibido, pero su sanción en el contexto mexicano tampoco podría ser la pena de muerte o cualquiera que se considere desproporcional al acto.

A pesar de esa posibilidad, como se analizó en la sección anterior, no hay razones para subsumir los hechos en los principios de no discriminación, libre desarrollo de la personalidad o libertad de expresión del exempleado. Es decir, no hay incidencia, ni siquiera *prima facie,* en los derechos con estructura de principios del actor. No se probó daño físico o psicológico ni se probó humillación injustificada o insultos gratuitos. No hay material fáctico para comparar las ventajas de silenciar a un intolerante sobre las desventajas de silenciar su discurso de odio; sin embargo, como se verá en la siguiente sección, la Sala siguió el juicio de proporcionalidad hasta la etapa de la ponderación y lo hizo con un tono abstraído ya no de los hechos del caso sino de la realidad social mexicana.

D. Ponderación cosmopolita en abstracto

Barak sostiene, con razón, que toda ponderación carece de precisión científica y, más bien, se deriva, entre otras razones, de "diferentes ideologías políticas y económicas, de la historia única de cada país, de la estructura

del sistema político, y de diferentes valores sociales" (Barak, 2012, p. 349) (traducción propia).

Sin embargo, la Sala jamás es concreta en cuanto al contexto social y político mexicano en el que ocurre la ponderación; ésta hace alusiones a "nuestro contexto cultural" (pp. 94, 115), pero se asimila a la cultura europea, sin distinguir entre especificidades de cada país. La cultura "occidental" (pp. 82-83) se representa como un todo monolítico y homogéneo. La ponderación ocurre en un vacío constitucional.

La Sala afirma que existe un "consenso internacional" acerca de la prohibición de la discriminación racial (p. 104), ésta es una afirmación empíricamente problemática. Basta consultar casos hitos de la Corte Suprema estadounidense, a quien a veces la homologa mexicana sigue como modelo, para constatar la falta de consenso internacional. El enfoque estadounidense parece ser de tolerancia al intolerante y de mínima restricción a la libertad de expresión. La Corte ha llegado a garantizar el acceso inmediato a tribunales para que revisen la constitucionalidad de medidas cautelares que restringen el derecho de partidos nazis a manifestarse en las calles;[3] también invalidó el proceso penal en contra de un adolescente que prendió fuego a una cruz en el césped de una familia afroamericana —en clara alusión al *Ku Klux Klan*—, por violar su derecho a la expresión simbólica de ideas.[4]

Esta tolerancia constitucional va mas allá de las decisiones de la Corte. Por ejemplo, en 2007, un individuo blanco, conductor de radio, fue despedido por la estación en la que laboraba después de referirse a las jugadoras afrodescendientes y portadoras de tatuajes de un equipo de basquetbol femenino como "putas con pañales en la cabeza" (*nappy-headed ho's*) (Bodney, 2009, p. 606). A pesar de ello, el entonces senador John Kerry consideró que el despido había sido drástico (The Associated Press, 2007).

[3] *National Socialist Party of America vs. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977).
[4] *R.A.V. vs. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

No sólo eso, el conductor demandó a su empleador por despido injustificado y tuvieron que llegar a un acuerdo porque había sido contratado precisamente para producir material "controversial e irreverente" (Payne, 2007; Trotta, 2007). En efecto, estos aspectos de la cultura constitucional estadounidense son evidencia de que no hay consenso sobre la prohibición del discurso de odio entre autoproclamadas democracias.

Entonces, más que hablar de consensos internacionales, es preferible cuestionar por qué se adopta, rechaza o modifica la postura de otros tribunales extranjeros en el contexto mexicano. Quizás hay buenas razones para no adoptar la postura estadounidense si se analiza con ojos críticos. La jurisprudencia casi libertaria de libertad de expresión puede ser uno de los muchos factores por los que la ideología de supremacía racial sigue vigente en algunos sectores, tal como han visibilizado los trágicos casos de Eric Garner y George Floyd, entre otros.

Si la Corte mexicana va a ponderar el discurso de odio, aunque no haya hechos que lo justifiquen, podría al menos empezar a hablar del racismo mexicano y la discriminación religiosa, temas que hasta hace unos años habían sido invisibilizados en su jurisprudencia. La Corte debió hacer más por notar la opresión causada por prejuicios y privilegios mestizos y católicos que contradicen los compromisos constitucionales. Estos prejuicios han y siguen afectando a la comunidad judía en México; desde posturas de católicos durante el Porfiriato sobre el caso *Dreyfus*, pasando por manifestaciones antisemitas en contra de la presencia de Trotsky, hasta famosos negacionistas en la década de 1950, y la siguen atacando hoy en día en redes sociales con *hashtags* como *#esdejudios* (Gall, 2016). A pesar de ello, la Sala se apresura a estudiar el derecho jurisprudencial comparado sin analizar su realidad nacional.

Esta ponderación cosmopolita en abstracto se manifiesta con el uso de los precedentes europeos. En un apartado, la Sala cita no una sentencia, sino un comunicado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para identificar dos enfoques posibles del discurso de odio: su exclusión o su

protección por "no ser apto para destruir los valores fundamentales de la Convención" (p. 99, n. 67).

Es controversial si la Corte mexicana seguiría los dos precedentes que cita el comunicado. El primer precedente es un caso de 1971 que confirmó la validez de una multa a cargo del dueño de una editorial por publicar un libro escolar dirigido a niños y adolescentes. El texto incitaba a desafiar a la autoridad parental y contenía un capítulo sobre sexo que trataba temas como la masturbación, el orgasmo, el abuso sexual, la interrupción del embarazo y la pornografía, entre otros. Las autoridades londinenses consideraron el contenido como obsceno y corruptor, por lo que multaron al editor, decomisaron miles de libros y ordenaron su destrucción. A la luz de la doctrina del margen de apreciación, el Tribunal Europeo consideró que la decisión fue proporcional.[5] Según el Tribunal, se salvaguardaba el fin legítimo de la "protección de la moral en una sociedad democrática" y la confiscación era necesaria porque el editor no habría aceptado modificar el contenido del libro y tampoco tendría sentido limitar su compra a adultos ya que el libro iba dirigido a un público infantil y juvenil.

El segundo precedente invalidó un proceso penal por incidir de forma desproporcional en la libertad de expresión.[6] En este caso, en 1994, un político turco islámico, que después llegaría a ser primer ministro, dio un discurso en la ciudad de Bingöl, en el que se refirió a los seculares como "infieles", "injustos", "imitadores de Europa" y dijo que no permitiría que los musulmanes se convirtieran en "esclavos de los cristianos". Cuatro años después se inició un proceso penal por incitar al odio y hacer apología de la violencia, en el año 2000 fue sentenciado a un año de cárcel y a pagar una multa, y la Corte de Casación confirmó el fallo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos revirtió la decisión, sostuvo que si bien luchar contra la intolerancia era un valor de la Convención Europea de

[5] *Handyside vs. Reino Unido* (5493/72). TEDH.
[6] *Erbakan vs. Turquía* (59405/00). TEDH.

Derechos Humanos, la pena era desproporcional a la vital importancia de la libertad de expresión, además, no había pruebas de daño o riesgo inminente. El Tribunal decidió proteger la libertad de expresión sobre la prohibición del discurso de odio.

Si se utilizaran estos precedentes como guía, ¿se seguirían por considerarse similares al contexto mexicano o se rechazarían por sus diferencias? En un caso similar al del libro educativo, se puede especular que la Sala rechazaría la ponderación del Tribunal Europeo. La confiscación y la multa serían inválidas a la luz de estándares mexicanos. Así lo ha hecho la Segunda Sala en casos similares en los que la censura sólo puede existir cuando el contenido publicado dé lugar a un delito como pornografía infantil.[7] Para el caso que aquí ocupa, sería un ejemplo ilustrativo que arroje luz sobre medidas alternativas a la terminación laboral. Quizás se podría haber llegado a una medida menos restrictiva, por ejemplo, sensibilizar al exempleado en materia de discriminación étnica y religiosa. Probablemente la ideología nazi sería ofensiva para el mismo portador del tatuaje por su adscripción étnica o su religión; sin embargo, parece que esta medida no sería analizable en un juicio de daño moral, sino en un juicio laboral.

En cuanto al precedente del discurso islamofóbico, una comparación ayuda a visibilizar similitudes y diferencias entre ambos contextos. La incitación a la violencia étnica o religiosa fue abstracta en ambos casos, pero en el mexicano ni siquiera fue verbal. Aunque ambos apelan a la violencia, la tensión secularismo-Islam es más visibilizada en el constitucionalismo turco que el antisemitismo en el mexicano. La relación asimétrica de los oradores también es ilustradora. El político tenía una relación de superioridad sobre su audiencia, mientras que, en el mexicano, la relación laboral es asimétrica por definición. De hecho, el auditorio, en el ámbito micro, parece ser muy receptor para el primero, mientras que los em-

[7] Sentencia del amparo en revisión 1/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: ministro Alberto Pérez Dayán, 19 de abril de 2017, p. 35.

pleados y directivos judíos son antagónicos para el segundo. Por lo tanto, según el fallo de la Corte, parece ser que la protección mexicana del discurso de odio es más reducida que la europea.

Si un órgano judicial laboral mexicano se guiara por el caso europeo podría argumentar que, aunque no hay igualdad de razón entre un asunto laboral y uno penal, la terminación de trabajo fue desproporcionada. El órgano podría sostener que si bien el empleado profesó el discurso de odio, éste también es subsumible en el principio de libertad de expresión; podría argumentar que nunca incitó de forma directa a la violencia. Además, el empleado estaba ante una audiencia incompatible con el mensaje, que impide su propagación. Asimismo, podría argumentar que en vista de la relación asimétrica laboral[8] y el indicio de la renuncia sin fecha, no existió un "libre mercado de las ideas", por lo que la terminación laboral fue desproporcionada y ameritaba la intervención judicial en su favor.

Sin embargo, parece que la SCJN toma, en este caso y otros, una postura más restrictiva del discurso de odio que la europea, y mucho menos tolerante del intolerante que la estadounidense. La prohibición del discurso de odio en México es más tajante. El discurso de odio racial, religioso o sexual sea en el contexto que sea, incluso si es abstracto y de manera no verbal, debe ser prohibido. Además de este caso, la misma Sala ha resuelto que las expresiones "puñal" o "maricón"[9] no están protegidas constitucionalmente, por ser discurso homofóbico, ni siquiera cuando se dirigen a una persona que no se identifica como homosexual.

Una especulación sobre la razón de esta prohibición es que las condiciones históricas, sociales, políticas y jurídicas en México son distintas a las que hay en Europa o Estados Unidos de América. Aunque los hechos en Washington, Londres, Bingöl o Ciudad de México sean similares es

[8] Sentencia del amparo directo 28/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 23 de noviembre 2011, p. 107.
[9] Sentencia del amparo directo en revisión 2806/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 6 de marzo 2013, pp. 48-53.

necesario subsumirlos en categorías jurídicas distintas. La libertad de expresión en México termina donde empieza el discurso de odio. Más aún, el discurso de odio, en México, a diferencia de Europa, se califica como tal aun si es simbólico o en abstracto, e incluso si se realiza ante audiencias poco receptivas que sugieren que no hay riesgo inminente de actos en contra del orden jurídico. Todo acto de discurso de odio está prohibido y la pregunta que se debe hacer es si la sanción o respuesta jurídica es proporcional o no. En este caso, la Corte consideró que la terminación laboral fue proporcional por lo que era contradictorio condenar a la empresa a daño moral, salvo que hubiera hechos paralelos que menoscabaran su patrimonio intangible.

Para ponderar, la Corte debe diferenciar las condiciones del México de 2020 y apartarse de la postura europea que tolera el odio en abstracto. Hoy en día, el discurso antisemita en México, así como el "mestizofílico" (Basave, 2011), daña la dignidad humana y es susceptible de transformarse en violencia física. A pesar de que toda pseudoteoría de superioridad racial o religiosa es fácilmente refutable, quizás es necesario reprocharlas de modo más fuerte que en Europa o Estados Unidos. Así, es preferible silenciar para implementar los compromisos constitucionales que tolerar al intolerante.

Esta ponderación situada se podría reconstruir a la luz de la teoría alexyana de los principios como "mandatos de optimización" y del enfoque gradual de la Sala como una suerte de acción afirmativa en la libertad de expresión en México. Las reglas de la ponderación para la interpretación constitucional serían: "maximiza la protección del discurso de grupos históricamente excluidos u oprimidos" y "minimiza la protección del discurso de odio de los grupos hegemónicos". Es decir, habría una fuerte carga de la argumentación en contra de silenciar a los grupos denotados por las categorías que menciona el artículo 1 constitucional: personas extranjeras o integrantes de minorías técnicas, mujeres, trans o no binarias, no católicas, entre muchos otras. Y, de forma paralela, habría una fuerte presunción de que el discurso de odio en contra de grupos oprimidos no está protegido jurídicamente.

Esta ponderación situada podría ser etiquetada como activismo judicial, perfeccionismo moral, paternalismo o incluso autoritarismo. Aunque parece poco probable que una élite judicial maximice el discurso no hegemónico en vez de propagar sus propias convicciones morales, no es del todo implausible que los grupos oprimidos —que también resisten— utilicen, entre muchas estrategias, el litigio constitucional para transformar la realidad. La ponderación y la "red de preferencias" de principios (Alexy, 2002, p. 99) que la Corte ha ido construyendo en casos de libertad de expresión son herramientas para disminuir el alcance del discurso de odio y reducir, o cuando menos paliar, la discriminación estructural. El punto trascendental es subrayar que las preferencias por proteger ciertos principios sobre otros varían entre comunidades constitucionales.

E. Tres lecciones del caso

Este caso ha dejado tres lecciones para el uso casi omnipresente del juicio de proporcionalidad en la práctica constitucional mexicana. La primera es la preocupante negligencia de los hechos de un caso. Las narrativas de los hechos, probados en juicio deben encuadrase coherentemente en normas, sean reglas o principios. La ponderación sólo debe tener lugar cuando una misma combinación de hechos encuadra en dos o más normas que entran en tensión.

La segunda lección es la necesidad de un mayor debate sobre alternativas o idoneidad de la ponderación para resolver toda controversia constitucional. Aun si se es partidario de la ponderación, hay buenas razones para evitar llegar a ese paso. Es probable que algunas decisiones hayan sido superadas por la inclusión de tratados internacionales que incluyen derechos humanos. En el caso analizado, parece que hay una regla expresa, reciente y de máxima jerarquía que prohíbe el discurso de odio e impide llegar a la ponderación de derechos del exempleado.

La tercera lección: si se llega al paso de la proporcionalidad en sentido estricto, se deben realizar ponderaciones situadas de forma explícita en

el contexto mexicano. El mejor argumento en favor de la ponderación es el pluralismo axiológico. Con todo, una vez que se adopta esta postura, se debe tomar en cuenta la diversidad social, histórica, cultural y jurídica entre los contextos constitucionales de la ponderación. El uso del derecho comparado no debe ir encaminado a encontrar consensos internacionales de la protección de un principio sobre otro. En cambio, debe ser una herramienta normativa para visibilizar los compromisos constitucionales que deben ser materializados en el contexto mexicano.

Fuentes

Alexy, R. (2002), *A Theory of Constitutional Rights*, trad Julian Rivers, Nueva York, Oxford, Oxford University Press.

Amaya, A. (2015), *The Tapestry of Reason: An Inquiry into the Nature of Coherence and its Role in Legal Argument*, Oxford,Hart Publishing.

Barak, A. (2012), *Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge,Cambridge University Press.

Basave B., A. (2011), *México mestizo: Análisis del nacionalismo mexicano en torno a la mestizofilia*, México, Fondo de Cultura Económica.

Bodney, D. J. (2009), "Extreme speech and american press freedoms" en Hare, I. y Weinstein, J. (eds.), *Extreme Speech and Democracy*, pp. 598-607, Oxford, Oxford University Press.

Gall, O. (2016), Discursos de odio antisemita en la historia contemporánea y el presente de México, *Desacatos,* núm. 51, pp. 70-91, disponible en: «http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_isoref&pid=S1607-050X2016000200070&lng=es&tlng=es» [última fecha de consulta: 22 de mayo de 2020].

MacCormick, N. (2005), *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press.

Minow, M., y Singer, W. (2010), "In favor of foxes: pluralism as fact and aid to the pursuit of justice", *Boston University Law Review,* vol. 90, núm. 290(2), pp. 903-920.

Moreso, J. J. (2010), "Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos", *Arbor*, vol. 186, núm. 745, p. 821-832.

Payne, E. (2007), "Imus hires attorney, will likely sue CBS", disponible en: «http://edition.cnn.com/2007/SHOWBIZ/05/03/imus.cbs/index.html» [última fecha de consulta: 10 de julio de 2020].

Pérez Bermejo, J. M. (2012), "Principles, conflicts and defeats: an approach from a coherentist theory", en Ferrer Beltrán J. y Ratti G. B. (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility,* pp. 280-308, Nueva York, Oxford University Press.

Richardson, H. S. (1990), "Specifying norms as a way to resolve concrete ethical problems", *Philosophy & Public Affairs,* vol. 19, núm. 4, pp. 279-310.

Rosenfeld, M. (2003), "Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis", *Cardozo Law Review*, vol. 24, núm.4, pp. 1523-1568.

The Associated Press (2007), "Kerry: Imus shouldn't have been kicked off the air", disponible en: «https://www.southcoasttoday.com/article/20070418/NEWS/704180377» [última fecha de consulta: 10 de julio de 2020].

Tremblay, L. B. (2014), "An egalitarian defense of proportionality-based balancing", *International Journal of Constitutional law,* vol. 12, núm. 4, pp. 864-890.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2020), "Hate speech", disponible en: «https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf» [última fecha de consulta: 10 de julio de 2020].

Trotta, D. (2007), "CBS says settles with fired shock jock Don Imus", disponible en: «https://web.archive.org/web/20071017190926/http:/ca.today.reuters.com/news/newsArticle.aspx?type=entertainmentNews&storyID=2007-08-14T170103Z_01_WEN0418_RTRIDST_0_ENTERTAINMENT-IMUS-CBS-COL.XML» [última fecha de consulta: 10 de julio de 2020].

Sentencias

Sentencia del amparo directo en revisión 4865/2018, Primera Sala de la Suprema Corte, ponente: ministra Norma Lucía Piña Hernández, 30 de octubre de 2019.

Sentencia del amparo directo 28/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 23 de noviembre 2011.

Sentencia del amparo directo en revisión 2806/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 6 de marzo 2013.

Sentencia del amparo en revisión 1/2017, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente: ministro Alberto Pérez Dayán, 19 de abril de 2017.

Erbakan vs. Turquía (59405/00). TEDH. Versión en francés disponible en:«https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-1725660-1809358%22]}» [última fecha de consulta: 10 de julio de 2020].

Handyside vs. Reino Unido (5493/72). TEDH.

National Socialist Party of America vs. Village of Skokie, 432 U.S. 43 (1977).

R.A.V. vs. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

Los desarrollos recientes en la interpretación y protección de los derechos humanos por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han sido notables. Al mismo tiempo, el análisis de las decisiones del Máximo Tribunal por parte de académicos y operadores judiciales también se ha incrementado y cualificado. El estudio de los intereses fundamentales que han sido objeto de desarrollo y tutela constitucional concentran en buena parte la atención de los estudiosos de la adjudicación de derechos fundamentales, a diferencia de lo que ocurre con las metodologías implementadas por la Corte para resolver los casos concretos.

El test de proporcionalidad en la Suprema Corte. Aplicaciones y desarrollos recientes es uno de los primeros eslabones en la cadena de análisis de las estrategias evaluativas adelantadas por el tribunal de cierre en materia constitucional para amparar derechos fundamentales. Cada uno de los artículos que integran esta obra revisa alguna sentencia o grupo de éstas que trata un mismo asunto constitucional, con perspectiva metodológica; esto es, a partir de los pasos para la adjudicación usados por la Corte. Precisamente, cada uno de los autores profundiza en la forma en la que una metodología en específico, el test de proporcionalidad, es aplicada en cada asunto, pero también en las adaptaciones de esta herramienta al medio jurídico local y en atención a la especialidad jurídica de que se trate: libertades básicas, derechos sociales, derecho tributario, derecho penal, etcétera.

Esperamos que este trabajo pionero sobre la aplicación concreta del test de proporcionalidad por parte de la Suprema Corte y el Centro de Estudios Constitucionales inaugure una serie de análisis pendientes sobre las diversas metodologías de adjudicación aplicadas en materia constitucional, sus objetivos específicos y sus diferentes rendimientos en relación con la tutela y promoción de los derechos fundamentales en México.