



# 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

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com/mex/](http://www.tirant.com/mex/)

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

Primera edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

Segunda edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tirant lo Blanch, 2023.

© Diana Beatriz González Carvallo  
Rubén Sánchez Gil

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.

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.

© EDITA: TIRANT LO BLANCH  
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO  
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502  
Hipódromo, Cuauhtémoc, 06100, Ciudad de México  
Telf: +52 1 55 65502317  
[infomex@tirant.com](mailto:infomex@tirant.com)  
[www.tirant.com/mex/](http://www.tirant.com/mex/)  
[www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
ISBN: 978-84-1056-172-4

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

## **¿Por qué debe rechazarse el discurso de odio en el ámbito privado?**

---

Víctor Jesús Castañeda Rojo\*

\* Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; maestro en Derecho por la misma institución, con la tesis *Los principios en la teoría jurídica y la bioética*. Becario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma universidad (2015-2018). Sus temas de interés son la filosofía del derecho y la filosofía moral.

**Sumario:** A. Introducción; B. Los hechos del caso; I. Consideraciones en torno a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, entre el derecho y la moralidad política; C. Los límites a la libertad de expresión, entre la subsunción y la ponderación; D. La finalidad envuelve a la legalidad; E. La ambigüedad de la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

En el presente texto acerca del amparo directo en revisión 4865/2018 resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) —relativo al discurso de odio en el ámbito privado expresado mediante un tatuaje— realizo las siguientes proposiciones centrales: las consideraciones expresadas al momento de desarrollar los principios de igualdad y libertad constituyen en parte razones de moralidad política; podría argumentarse que el conflicto es resuelto por medio de una subsunción; es posible prescindir del requisito de legalidad en el test de proporcionalidad; el entendimiento de la grada de necesidad presenta una ambigüedad, y, por último, la determinación de precedencia en favor del derecho a la no discriminación de los miembros de la empresa requiere una interpretación del principio de dignidad.

## **A. Introducción**

Las comunidades políticas contemporáneas, o cualquier tipo de comunidad en realidad, albergan conflictos agudos acerca del valor, de lo que es

correcto o debido. En la resolución que se comentará, la Suprema Corte, en específico la Primera Sala, resolvió un caso trascendente para dos de los valores más reconocidos: la libertad y la igualdad. El asunto es relevante para los tiempos actuales, en los que ante las posibilidades amplísimas para la expresión individual y colectiva es necesario tomar una postura respecto a los límites de los derechos o, quizá, sobre su mejor entendimiento.

## **B. Los hechos del caso**

Una persona comienza a trabajar en una empresa privada. Al presentarse el primer día, sus colegas perciben en él un tatuaje, cerca de la oreja, con el símbolo de la cruz esvástica o suástica. Personal de la empresa presenta quejas ante los directivos de la organización; expresan sentirse ofendidos y agraviados debido al significado del tatuaje, ya que ellos forman parte de la comunidad judía. Motivados por tal inconformidad, directivos de la empresa solicitan a la persona ocultar el diseño o borrarlo. Él rechaza ambas opciones. La compañía decide despedirlo, rescinde el contrato laboral y paga su liquidación.

Posteriormente, la persona portadora del tatuaje promueve un juicio ante los tribunales civiles porque considera el despido como un acto discriminatorio. El despido, argumenta, le causó molestias, confusión, contrariedad y afectación en sus sentimientos, por lo cual demanda la reparación del daño moral. Ante esa pretensión, la compañía afirma al contestar la demanda el significado antisemita, de rechazo y odio hacia la comunidad judía, contenido en el tatuaje.

El litigio tuvo una travesía procesal extensa, se resolvió por el primer juez y pasó por la segunda instancia civil. A la resolución del tribunal de apelación se interpuso un amparo directo. Y a la resolución del tribunal colegiado de circuito le siguió un recurso de revisión. Así es como el conflicto fue conocido y resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte.

## **I. Consideraciones en torno a la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, entre el derecho y la moralidad política**

En la resolución, la Primera Sala de la Suprema Corte establece una serie de proposiciones para dar contenido a los conceptos de igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

A grandes rasgos, el principio de igualdad ordena brindar el mismo trato y los mismos derechos a toda persona, siempre que sean las mismas circunstancias. Lo último anuncia el no tratar a todas las personas siempre y en todo caso de la misma forma: se debe tratar de forma desigual a quienes de hecho son desiguales. No todo acto desigual, por ello, genera una discriminación. La Primera Sala echa mano en este punto de la separación conceptual entre *distinción* y *discriminación*. Mientras que la primera consiste en una diferencia razonable, la segunda envuelve una diferencia arbitraria.

El derecho a la igualdad y el principio de no discriminación no sólo obligan a los órganos de gobierno, sino a las organizaciones privadas. Los dos principios, argumenta la Corte, irradian todo el ordenamiento. Más aún, la igualdad y la no discriminación cuentan con una protección constitucional y convencional, sobre la cual existe un consenso internacional en su respeto y garantía.

Pasemos ahora al principio de libre desarrollo de la personalidad. Conforme a los precedentes del Pleno de la Suprema Corte, este principio implica la libertad del individuo para elegir su plan de vida y cuáles serán sus metas y objetivos. La elección personal de los planes de vida es en sí misma valiosa. El libre desarrollo de la personalidad, vinculado con principios como el de dignidad, deriva otros principios y derechos, por ejemplo, la autonomía de la voluntad y la libertad de expresión, respectivamente.

El derecho a la libertad de expresión consiste en manifestar pensamientos, ideas y opiniones propias; tiene una doble dimensión, individual y colectiva. Es un derecho necesario para poder ejercer otros, como el de educación, la libertad de pensamiento, los derechos de reunión y asociación, entre otros.

El libre desarrollo de la personalidad y la libertad de expresión permiten a las personas tatuar sus cuerpos. Afirma la Corte, los tatuajes son un medio de expresión de la individualidad.

Al momento, he tratado de reportar las consideraciones hechas por la Corte. Puedo ahora afirmar lo siguiente. En la reconstrucción de los principios mencionados, la Corte retoma precedentes suyos y de tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a la vez que se basa en normatividad nacional y de origen internacional, como leyes locales, la propia Constitución mexicana o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No obstante, mezcladas con tales fuentes jurídicas, díganse positivas, hay algunas consideraciones provenientes de la moralidad política.

El ejemplo más claro está en la concepción de la autonomía, expresada en los términos de Carlos S. Nino. Dicho en sus propias palabras:

[...] siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe intervenir en esa elección o adopción limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución (Nino, 1989, pp. 204-205).

Otro caso muy ilustrativo lo representan ambos principios en sí, la igualdad y la libertad, al ser coincidentes con los dos principios de moralidad política, quizás los más relevantes, en el sistema dworkiniano. Para este

autor, los llamados principios de la dignidad, los derechos políticos más abstractos, consisten en que el gobierno debe brindar la misma consideración y respeto a todas las personas, a la vez que debe permitirles las libertades necesarias para definir una vida exitosa por ellos mismos (Dworkin, 2014, p. 402).

A lo anterior, alguien podría objetar lo siguiente. Si bien los principios tal como han sido presentados por la Corte coinciden con proposiciones normativas producto de la reflexión de moralidad política, al ser incluidas en el derecho, se convierten en fuentes sociales normativas, las cuales pueden ser conocidas con independencia de la moral.<sup>1</sup>

Como respuesta a tal planteamiento, se puede decir que la misma Corte utiliza razonamientos valorativos al determinar el contenido de los principios en juego. Como se expresa en la sentencia, y se verá más adelante, la Corte decide realizar un examen de proporcionalidad para la determinación de los límites de los derechos, lo cual implica dar razones más allá de las mismas premisas para determinar su precedencia. Dicho de otra forma, la ponderación muestra el carácter moral de la argumentación y de sus premisas, por mucho que se pretendan equiparar a normas positivas en el sentido de las fuentes sociales.

Una segunda respuesta apelaría a una concepción compartida en la comunidad respecto a tales principios. Aceptamos y apreciamos los principios de igualdad y no discriminación, así como la libertad, no sólo porque estén escritos en el texto constitucional o porque hayan sido incorporados al derecho en algún precedente. Los apreciamos por su contenido moral, por su expresión valorativa. Si en lugar del primer artículo de la Constitución se colocase una regla de tránsito, no tendría el mismo peso, aunque esté ubicado en la misma estructura en términos formales. Es decir, los principios de igualdad y libertad no valen porque estén en la

---

<sup>1</sup> Podría pensarse en una tesis similar a la de Raz (1996).

Constitución, sino al revés, están en la Constitución porque son valiosos. De este modo, identificar las proposiciones normativas con hechos sociales no permite su comprensión cabal.

### **C. Los límites a la libertad de expresión, entre la subsunción y la ponderación**

Como se ha referido, de acuerdo con la Corte, los tatuajes pueden ser un medio para expresar la individualidad. Por esa razón, las personas no pueden ser discriminadas por exhibir un tatuaje. No obstante, sostiene el máximo tribunal, los derechos no son absolutos. La libertad de expresión puede ser limitada para respetar derechos de otras personas. Con esta afirmación, la Corte considera el derecho a la libertad de expresión como una norma con un carácter *prima facie*. Es decir, se trata de una norma que establece una carga argumentativa (Alexy, 2014c, p. 64); cuyo cumplimiento depende de las posibilidades reales y jurídicas; lo anterior, desde cierta concepción particular (Alexy, 2014c, p. 68).

El discurso de odio constituye un límite a la libertad de expresión. Con base en sus propios precedentes,<sup>2</sup> el discurso de odio es referido por la Corte como una acción expresiva final, generadora de un clima de discriminación y violencia hacia las víctimas. Este discurso busca un fin práctico, más allá de una simple expresión; produce un clima de hostilidad susceptible de ser concretizado en acciones específicas (párrafo 122).

El discurso de odio, en su contenido, difunde la idea de inferioridad de ciertas personas. Es claro que para la Corte el antisemitismo expresado en el caso en particular, en el que está involucrado un grupo de personas de religión judía u origen hebreo (párrafo 150) —incluido como una especie de discriminación por leyes locales—<sup>3</sup> se configura como una clase de discurso de odio.

---

<sup>2</sup> Se hace alusión explícita al amparo en revisión 2806/2012, en el que se analiza el lenguaje discriminatorio y se cataloga al discurso homófobo como lenguaje discriminatorio, en ocasiones, discurso de odio.

<sup>3</sup> Como la Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación del Distrito Federal.

Tal tipo de manifestaciones, como la apología al odio racial, están prohibidas por normatividad internacional recogida en la resolución: el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como por la recomendación 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la Organización de las Naciones Unidas, entre otras.

Para la Corte, la proposición "los discursos de odio carecen de protección constitucional" está debidamente fundamentada en el sistema jurídico mexicano. El discurso de odio es contrario a valores fundamentales como la igualdad, la dignidad y la libertad de expresión (párrafos 110 y 160).

Con lo dicho hasta ahora, pareciera que la Corte hubiese podido hacer —de hecho, da una fuerte impresión de que a fin de cuentas así lo hace (párrafo 167)— un razonamiento silogístico para fundamentar la resolución, del siguiente modo:

1. El discurso de odio es un límite a la libertad de expresión.
2. La expresión de un tatuaje con un símbolo antisemita entre un grupo de personas de religión judía u origen hebreo configura una especie de discurso de odio.
3. Por lo tanto, la expresión del tatuaje antisemita constituye un límite a la libertad de expresión.

No obstante, la Corte establece que frente a un análisis de libertad de expresión y sus restricciones, se debe realizar uno de razonabilidad, por lo cual, posteriormente utiliza un test de proporcionalidad en el que revisa la medida tomada por la sociedad mercantil, consistente en el despido de la persona, a la luz de los principios implicados en el conflicto.

La exigencia de llevar a cabo el test de proporcionalidad en el caso en concreto se ve reforzada porque para la Corte no todo discurso de odio debería ser prohibido sin más. En asuntos de esta índole, como en cualquier otra valoración moral, deben tomarse en cuenta las circunstancias.

La Corte estima que debe tomarse en consideración si ya se han generado actos de violencia; si hay una ruptura del orden público; si se genera en un foro abierto; si hay de por medio algún debate académico, o se manifiesta en una empresa privada, por mencionar algunos supuestos. Dependiendo de los hechos, la respuesta de los órganos estatales puede variar, desde tolerar, desalentar por medio de la educación, o la determinación de responsabilidades civiles o penales. En todo caso, la Corte es cuidadosa en señalar el carácter singular de su sentencia y evita pronunciarse sobre otras manifestaciones de odio, en las que estén presentes diversas notas relevantes.

Volviendo a la idea del silogismo, pareciera que la Corte en el presente caso ha subsumido la portación de un tatuaje antisemita y su exhibición en un foro privado de personas de religión judía y origen hebreo como una especie de discurso de odio no protegido por la Constitución. Esto es, la Corte parece resolver el caso a partir de una deducción realizada con premisas ya establecidas, pues la solución, da la impresión, se tiene antes de desarrollar el principio de proporcionalidad (párrafo 167).

Por supuesto, no es indebido realizar una subsunción. El resultado esperado tras aplicar el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto consistiría en una regla en la cual se han delineado las condiciones en las cuales un principio tendría precedencia sobre el otro. Ello sucede en la teoría de Alexy (2014c, p. 75) bajo la concepción de la ley de la colisión. Habría un problema, por el contrario, si realmente no se ponderara o se utilizara la ponderación sólo como un requisito más en el que se reafirmen las premisas objeto de la discusión. Como sostendré más adelante, la Corte podría interpretarse en ese sentido.

#### **D. La finalidad envuelve a la legalidad**

Ya se ha dicho, la Corte considera imperativo realizar un análisis de razonabilidad o test de proporcionalidad en el caso en cuestión porque se trata de una restricción a la libertad de expresión. No se está ante una medida

estatal, sino ante una acción realizada por una persona moral privada, una empresa mercantil. La medida específica sujeta al examen de proporcionalidad es haber despedido a la persona de la empresa por la portación del tatuaje cuyo significado es antisemita.

Se podría entender el examen de proporcionalidad en términos generales como un método para resolver conflictos normativos. El test es una herramienta utilizada por los tribunales constitucionales para analizar las restricciones a derechos fundamentales. Su expresión no ha sido unívoca, hay diversas variantes y se suelen incluir más o menos componentes en su construcción. Siguiendo con la teoría de Alexy, su entendimiento del principio de proporcionalidad está vinculado con el concepto de principio. Los principios, al ser mandatos de optimización, implican el principio de proporcionalidad (Alexy, 2014c, pp. 91-92). Éste se compone de tres subprincipios: la idoneidad, la necesidad y la ponderación en sentido estricto (Alexy, 2014c, pp. 91-92).

Por su parte, la Primera Sala de la Corte, basándose de nuevo en precedentes suyos y de fuente internacional, establece que el test de proporcionalidad consiste en cuatro etapas, estructuradas en pares. En el primer bloque se trata de la legalidad y de la finalidad constitucionalmente válida. El segundo conjunto se integra por la necesidad y la ponderación.

Por legalidad, la Corte entiende que las condiciones bajo las cuales se restringe un derecho fundamental deben estar expresamente establecidas en la ley, en sentido formal y en sentido material. La medida, además, debe ser constitucionalmente válida.

Como respuesta a tales requerimientos, la Corte retoma lo ya mencionado en la resolución sobre el principio de igualdad y no discriminación, norma imperativa que implica la prohibición de la discriminación racial (párrafo 179). En segundo lugar, las restricciones a la libertad de expresión protegen un fin legítimo y compatible con la Constitución. En otras palabras,

el actuar de la empresa —haber despedido a la persona de su empleo por portar un tatuaje antisemita— es una conducta prevista en el marco legal y está encaminada a la realización de los valores constitucionales.

Ahora bien, desde mi modo de ver, sería adecuado prescindir de la etapa o regla de legalidad. Ello en virtud de la presencia de un fin constitucionalmente válido. Supóngase que legalidad, en un sentido muy estricto, se refiere a la expresión institucional del Poder Legislativo. Supóngase también que una medida no es legal en este sentido, pero sí persigue un fin constitucionalmente válido. Si la Constitución, en la que se refleja el parámetro de control constitucional, tutela una medida, ¿no sería correcto mantener ésta, aunque no se pueda ubicar en alguna ley promulgada por el Legislativo?

Pero tal vez *legalidad* significa algo más, como se puede percibir en la resolución. Legalidad podría referirse no sólo a la conformidad con la normatividad creada por el Poder Legislativo, sino a la pertenencia dentro de la normatividad constitucional, tanto de fuente nacional como internacional. Sin embargo, si legalidad es entendida en esos términos, no se percibe una diferencia relevante entre legalidad y finalidad constitucionalmente válida.

Por otra parte, poco se dice en la sentencia sobre la idoneidad en el sentido del término utilizado por Alexy, esto es, acerca del segundo elemento de la constitucionalidad de la medida en el entendimiento de la Corte: lograr en algún grado la consecución de su fin. Aunque en realidad la satisfacción de dicha etapa parece un asunto obvio, pues al despedir a la persona de la empresa y alejarla del centro de trabajo, se respetan los derechos de los demás integrantes de la compañía.

### **E. La ambigüedad de la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto**

Retomo la idea del test de proporcionalidad de Alexy. En su diseño, el segundo paso es el de la necesidad. Ésta, al igual que la idoneidad, se deriva de las posibilidades fácticas contenidas en la misma definición

de principio. Alexy (2014a, pp. 35 y s.) sugiere un supuesto en el cual el legislador introduce una norma *N* con la intención de mejorar la seguridad del Estado *P1*. El subprincipio de necesidad hace referencia a las alternativas fácticas. Por ello, hay que plantearse si existe una alternativa a *N* que promueva el principio de seguridad del Estado e infrinja en menor grado algún otro principio *P2*. Si es así, al ser los principios mandatos de optimización, *N* queda prohibida por *P1* y *P2*.

En la sentencia, en cambio, es clara una ambigüedad en cuanto al término de necesidad. En un primer sentido, se le utiliza de forma coincidente con el esquema de Alexy, según la cuestión de si existen medidas alternativas.<sup>4</sup> En la segunda acepción, la interrogante es si las restricciones atienden a una necesidad social imperiosa. La Corte expresa que es viable admitir como imperiosa la necesidad de que la empresa tomara alguna medida frente a la situación (párrafo 181). Tal acepción de necesidad retomada por la Corte, de la jurisprudencia de la Corte IDH, pareciera aludir al peso de los principios, más que a alguna alternativa fáctica. Si esta interpretación es correcta, entonces parece haber una confusión entre la segunda acepción de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, en su elaboración teórica por Alexy, coincide a grandes rasgos con la concepción de la última etapa del test adoptada por la Corte. Dicho subprincipio, en el esquema de Alexy, se desprende de las posibilidades jurídicas referidas en la concepción de principio. Las posibilidades jurídicas consisten en

---

<sup>4</sup> En los hechos se puede apreciar cómo la empresa solicitó a la persona cubrir el tatuaje o eliminarlo *M1*, antes de tomar la determinación de despedirlo *M2*. Ello muestra el propósito del paso de la necesidad: buscar medidas alternativas menos lesivas de los principios en juego. *M1* busca promover el principio de igualdad y no discriminación, *P1* es menos lesivo del principio de libertad de expresión *P2*. La persona decidió no adoptar *M1*, por lo que la empresa promovió *M2*. La premisa implícita en el razonamiento parece aludir a la voluntad de la persona de tomar la medida o no. A la búsqueda de alternativas se le suma el aspecto volitivo del agente. Es decir, aunque *M1* en efecto promueve los principios en juego, no se considera obligatorio en el caso en concreto por el elemento relevante del rechazo de la persona de tomar la alternativa.

reglas y principios opuestos (Alexy, 2014c, pp. 67 y s). Cuando dos principios coinciden —como en el presente caso, hay un principio de libertad de expresión frente al principio de igualdad y no discriminación— uno de ellos deberá ceder frente al otro bajo ciertas circunstancias (Alexy, 2014c, pp. 70 y s.). La Corte, partiendo de precedentes, igualmente plantea el contenido de la grada como un balance o ponderación entre dos principios en conflicto en un caso específico.

Por otra parte, es de peculiar importancia el razonamiento de la Primera Sala planteado respecto a la proporcionalidad en sentido estricto. A continuación, procuraré enunciar algunas de las proposiciones utilizadas en el argumento para después considerarlas a detalle (párrafos 186-189). Siempre para la Corte, la empresa buscaba proteger a sus empleados de la discriminación, hostilidad y posible violencia generada por la persona portadora del tatuaje; hay un nexo causal entre el significado del tatuaje y la afectación a los derechos de los miembros de la empresa; en el caso en concreto no hay un interés de orden público; entran en juego otros principios, como la libre asociación de las organizaciones privadas para establecer exigencias de permanencia a sus miembros; no hay desproporción porque se buscaba proteger la no discriminación por motivos raciales; no se debe tolerar el discurso de odio si ello es necesario para preservar la propia dignidad, sentido de igualdad y la propia libertad de los miembros de la empresa; las medidas tomadas por la demandada no son arbitrarias, desproporcionadas ni discriminatorias.

Hay que tomar como primer elemento la generación de un ambiente de discriminación, hostilidad y posible violencia (párrafo 185). Es cierto que el significado del tatuaje expresa un mensaje, desde mi perspectiva, nefasto. Es cierto igualmente que la expresión de ese tatuaje puede afectar los sentimientos y emociones de otras personas, tal como los empleados de la empresa lo manifestaron ante sus directivos. No obstante, me parece que de ahí no se sigue una generación de violencia física, como pareciera sugerir la resolución. La posible violencia aludida pudo en efecto materializarse, pero también pudo no hacerlo. No minimizo en lo absoluto las

afectaciones al personal de la empresa por la exhibición del tatuaje, al identificarse ellos como parte del grupo al cual va dirigido tal significado de desprecio. Sólo resulta adecuado distinguir aquí entre la afectación emocional recibida por parte de los miembros de la empresa, de una posible (o no posible) violencia física.

Como un segundo razonamiento contenido en la sentencia, al no tratarse de un ejercicio de libertad de expresión en el ámbito público, no existen razones para darle un peso mayor a la libertad, que inclusive, bajo algunas circunstancias, podrían generar una determinación de tolerancia hacia ciertos discursos de odio. Al mismo tiempo, entra en juego el principio de libertad de asociación de las empresas privadas para establecer exigencias en su acceso. Al respecto, es posible afirmar lo siguiente. Pareciera que para la Corte la única manifestación de la libertad de expresión susceptible de tener un valor mayor es la realizada en el ámbito público. Pero ello deja de lado la posibilidad de concebir la libertad de expresión como un asunto sustantivo, no sólo instrumental. Es decir, es posible justificar la libertad de expresión no sólo por su utilidad para la democracia, sino como una expresión de la independencia ética, en el sentido de tomar las decisiones más íntimas y personales en la propia vida, elecciones centrales para la dignidad y la autonomía (Dworkin, 2014, pp. 447 y 453). El hecho de concebir la libertad de expresión como una manifestación de la independencia ética no significará, simple y llanamente, que deberá prevalecer.

Un tercer argumento es el de la no discriminación. La Primera Sala sostiene que las medidas adoptadas por la demandada no son desproporcionadas porque debía protegerse el derecho de no discriminación por motivos raciales del personal y directivos que laboraban en su empresa antes de la llegada del acto y mantener la armonía en la convivencia en el centro de trabajo (párrafo 188). La Corte —da la impresión— parece estar pidiendo el principio en este punto. Ante una colisión de principios, se tienen dos normas compitiendo en el caso concreto. Específicamente, la libertad de expresión de la persona frente al principio de no

discriminación hecho valer por la empresa. Pareciera que la misma estructura de la ponderación compele a tomar la determinación más allá de los principios enfrentados. Es claro el valor de ambos principios, por ello no puede apelarse sin más a uno de ellos. La ponderación exige razones independientes de las normas envueltas en su ejercicio. Esta consideración refuerza el punto de la apariencia de una subsunción, pues se toma como premisa lo que se busca concluir en la argumentación.

Un razonamiento más reside en la dignidad. Para la Corte, las personas de la empresa no tienen la obligación jurídica de tolerar el discurso de odio y pueden poner fin a la convivencia con el agresor si ello es necesario para preservar su propia dignidad, sentido de la igualdad y su propia libertad de expresarse (párrafo 189). La apelación a la dignidad es desde mi punto de vista el elemento fundamental para la determinación de la ponderación. Sin embargo, la Corte tan sólo la refiere, y esa referencia bien pudiera realizarse en favor de la libertad de expresión. Es decir, la dignidad también puede interpretarse a favor de la otra parte. Como lo he aludido, uno de los principios de la dignidad consiste en la independencia ética de expresar ideas, aunque a otros les parezcan aborrecibles (Dworkin, 2014, p. 453).

De modo que la cuestión puede plantearse como una interpretación de la dignidad, en la que entran en juego los dos principios aludidos por Dworkin: la misma consideración y respeto que le debe el gobierno a todas las personas y la independencia ética de vivir nuestra vida conforme a nuestras convicciones. No limitar la libertad de expresión de la persona portadora del tatuaje vinculado al nazismo pareciera ir en contra del primer principio de tratar a todas las personas con la misma consideración y respeto. Limitar la libertad de expresión de la persona pareciera ir en contra de la independencia en cuanto a las propias convicciones. ¿Qué interpretación de la dignidad debe prevalecer aquí?

La interpretación del propio Dworkin es clara en cuanto al discurso de odio expresado en el ámbito público, solamente puede limitarse si pro-

voca violencia de manera inminente. Se podría afirmar que, para él, la libertad de expresión se valoraría del mismo modo en el ámbito privado, dado que la justificación de dicha libertad no tiene una justificación instrumental, sino sustancial.

Favorezco una interpretación diversa de la dignidad. A mi juicio, debe prevalecer la misma consideración y respeto de las personas víctimas de la discriminación. ¿Qué argumentos se pueden afirmar para favorecer la concepción de la dignidad en la que el valor reside en tratar a las personas con el mismo respeto y no con un respeto irrestricto a la libertad de expresión? Me basaré ahora en la teoría del discurso de Alexy, en particular en dos de sus reglas pertenecientes a las de fundamentación: la regla de universalidad y una de las reglas relacionadas con el programa de la génesis crítica.

Como una cuestión preliminar, la teoría del discurso racional propuesta por Alexy (2014b, p. 178 y ss.) tiene como objeto la fundamentación de proposiciones normativas. Por proposiciones normativas puede entenderse enunciados sobre el deber ser o juicios de valor. Algunos ejemplos de juicios de deber ser expresados en el contexto de la sentencia serían "debe prevalecer la no discriminación sobre la libertad de expresión" o "las personas deben tener libertad de expresar sus propias convicciones" (Alexy, 2014b, pp. 185 y ss.); propone un conjunto de reglas divididas en categorías, como las reglas fundamentales, cuya satisfacción es condición de posibilidad de cualquier tipo de comunicación lingüística; las reglas de razón, relacionadas con la fundamentación de las afirmaciones y en la posibilidad de tomar parte en el discurso; las reglas sobre la carga de la argumentación, que establecen deberes sobre quién y en qué circunstancias debe ofrecer argumentos en soporte de las aserciones realizadas; las reglas de fundamentación, de las cuales me ocuparé enseguida, y las reglas de transición.

Entre las reglas de fundamentación, partiendo de la teoría de Richard Hare —en concreto, de su versión del principio de universalidad y el

principio de prescriptividad—, Alexy establece la siguiente norma: "Quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para la satisfacción de los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso hipotético de que él se encontrara en la situación de aquellas personas" (Alexy, 2014b, p. 198).

En el caso que aquí ocupa, la persona porta un tatuaje cuyo significado, tal como lo explica la sentencia, está claramente vinculado con el nazismo. Al mismo tiempo, la persona mantuvo su postura aun conociendo el significado del tatuaje y su repercusión en los demás miembros de la empresa. Él conocía el mensaje de desvalor y discriminación emitido por su tatuaje: ciertas personas, como aquellas de religión judía y origen hebreo, valen menos y —en cierta interpretación— deben ser dañadas. La falta al principio de universalidad está en la pretensión de la persona al momento de promover la demanda; argumenta haber sido afectado en sus emociones por haber sido despedido de la empresa. La incoherencia está en portar un tatuaje cuyo significado expresa desprecio hacia cierto grupo y a la vez reclamar responsabilidad por supuestamente haber sido afectado en sus emociones; pretende discriminar sin ser supuestamente discriminado.

La segunda regla aplicable ahora, igualmente perteneciente a las reglas de fundamentación, es la norma vinculada con la génesis crítica de las convicciones normativas: "Las reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante deben poder pasar la prueba de su formación histórica individual" (Alexy, 2014b, p. 199)". La teoría detrás de la anterior regla es compleja. Por ahora puede ser interpretada como una crítica a la normatividad en virtud de su origen. Las concepciones morales implicadas en el significado del tatuaje, es decir, el desprecio a las personas por su religión o su origen étnico, no son producto de una deliberación racional. Con apoyo en el argumento anterior, el nazismo se basa en ideas normativas incoherentes, mezcladas con afirmaciones empíricas injustificadas.

Para concluir, es posible pensar en otro argumento. Afirmando el principio de evitar el sufrimiento evitable, seguido por Toulmin y expuesto por Alexy (2014b, p. 94). Vinculado de nueva cuenta con lo dicho anteriormente, el principio de no dañar entraría en favor de proteger a las personas, históricamente estigmatizadas y dañadas, de mensajes normativamente incoherentes, generados de forma acrítica y sustentados en hechos falsos.

## Fuentes

Alexy, R. (2014a), *Derecho y razón práctica*, 6a. ed., México, Fontamara.

\_\_\_\_\_ (2014b), *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Atienza, M. y Espejo, I. (trads.), 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

\_\_\_\_\_ (2014c) *Teoría de los derechos fundamentales*, Bernal Pulido, C. (trad.), 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Dworkin, R. (2014), *Justicia para erizos*, Pons, H. (trad.), México, Fondo de Cultura Económica.

Nino, C. (1989), *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea.

Raz, J. (1996), *Ethics in the public domain*, Oxford, Oxford University Press.

Sentencia recaída al amparo en revisión 4865/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Norma Lucía Piña Hernández, 30 de octubre de 2019.