

# La Suprema Corte de Justicia de la Nación frente al discurso de odio nazi. Amparo en revisión 4865/2018

Julio César Muñoz Mendiola\*

► **RESUMEN:** Bajo la implementación de la reforma en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha realizado esfuerzos titánicos para consolidar la implementación de esta reforma, sin embargo, una nueva problemática de dicha implementación es realizar de manera adecuada la adjudicación de los derechos fundamentales ante casos difíciles. En este tránsito nuestro máximo tribunal ha determinado mediante el caso bajo análisis cómo la aparente protección a un derecho humano puede no proteger de manera real y efectiva los derechos humanos de todas las personas, específicamente mediante el uso de elementos que encarnan un discurso de odio.

► **PALABRAS CLAVE:** Discurso de odio, Derechos Humanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

► **ABSTRACT:** *The implementation of the human rights reform of June 10, 2011, the Supreme Court of Justice of the Nation has made titanic efforts to consolidate the implementation of this reform, however, a new problem of said implementation is to carry out the adjudication of fundamental rights in difficult cases. In this transit, our highest court has determined through the case under analysis how the apparent protection of a human right may not really and effectively protect the human rights of all people, specifically through the use of elements that embody hate speech.*

► **KEYWORDS:** *Hate speech, Human Rights, Supreme Court of Justice of the Nation.*

\* Licenciado y maestro por la Facultad de Derecho de la UNAM. Abogado constitucionalista y coordinador de un Observatorio de Jurisprudencia. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-8769-7984>.

► **SUMARIO:** I. Introducción. II. Problemática Constitucional. III. El discurso de odio en el constitucionalismo contemporáneo. IV. Proyecto de la ministra Norma Lucía Piña Hernández. V. Conclusiones. VI. Referencias.

## I. Introducción

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se ha consolidado como una verdadera magistratura constitucional dentro del sistema jurídico mexicano, porque este papel se refleja en los casos que resuelve de gran importancia para el ordenamiento jurídico y para la vida de las personas. El asunto a revisar en este trabajo no es la excepción, ya que la SCJN se enfrentaría a un tema constitucional que en otras latitudes ha sido y seguirá siendo espinoso: el discurso de odio (DO). El tema presentaría la oportunidad de que los ministros y ministras de la Primera Sala de la SCJN, se pronunciaran en torno a si existe una protección constitucional al portador de un tatuaje en forma de *esvástica* en el ámbito laboral o, por el contrario, si la dignidad de las personas judías compañeras de trabajo de esta persona, debía de prevalecer y ser protegida constitucionalmente.

El trabajo se avocará, primero, a centrar la problemática constitucional que habría de resolver la Primera Sala. Segundo, a un breve análisis de las dos doctrinas principales del constitucionalismo contemporáneo sobre el DO. Tercero, a una revisión de los puntos principales del proyecto de la ministra Norma Lucía Piña Hernández (el proyecto) que resolvió el caso concreto, así como al voto concurrente del ministro Juan Luis González Alcántara<sup>1</sup> (el voto concurrente). Finalmente, se concluirá que el proyecto se acogió a dar una respuesta integral conformada, argumentativa y metodológicamente, por la doctrina europea, los precedentes nacionales y el *corpus iuris* interamericano.

## II. Problemática constitucional

El amparo en revisión 4865/2018 entrañaba el pronunciamiento de temas constitucionales en los que ya se había pronunciado anteriormente la SCJN (como el DO),<sup>2</sup> así como algunos que implicaban cuestiones novedosas

<sup>1</sup> Consultable en: <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/votos/2018/11161.docx>

<sup>2</sup> Por ejemplo, en el amparo en revisión 2806/2012 la SCJN ya se había pronunciado sobre el DO, específicamente, el lenguaje homofóbico, refiriendo que este tipo de lenguaje era discriminatorio y provocaba prejuicios que se arraigaban en la sociedad, al grado de modificar la percepción que las personas pudieran tener de la realidad: lo cual colocaba a ciertos grupos de personas en un estado de vulnerabilidad y violaba sus derechos.

para el sistema mexicano: como la portación de signos nazis y su significado dentro de la sociedad mexicana. El problema a resolver, en lo general, versó 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, ya que este signo se identifica generalmente como un símbolo nazi y, concretamente, resultaba 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 hacia la comunidad judía; y 2) si la portación de ese tatuaje visible en forma de esvástica gozaba de una protección constitucional, en un centro de trabajo donde también laboraban personas que se identificaron como miembros de la comunidad judía. Sucintamente, la Primera Sala tendría que establecer, si la actuación imputada a la empresa (*el despido del portador del tatuaje*) constituía un acto discriminatorio, pues de ser así se actualizaría el hecho ilícito que justificaría la demanda por daño moral del trabajador y, en cierta medida, esta actualización se traduciría en admitir que el DO, amparado en la libertad de expresión (LE): puede prevalecer sobre otros derechos en el sistema mexicano.

### III. El discurso de odio en el constitucionalismo contemporáneo

Antes de centrarse en el amparo en revisión, resulta pertinente revisar brevemente el tratamiento que se le ha venido dando al llamado DO en el constitucionalismo contemporáneo, sobre todo, porque respectivamente el proyecto y el voto concurrente recogen algunos aspectos de las doctrinas norteamericana y europea. En el caso norteamericano se reconoce mayormente válido al DO en el sistema jurídico, pues la Corte Suprema Norteamericana (CSN) lo ha situado dentro de la protección de la primera enmienda. En el caso europeo, el DO funciona más como una regla que no encuentra protección en la LE.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Por cuestión de espacio del trabajo, la revisión de los modelos se compondrá de casos resueltos por la Corte Suprema Norteamericana, en donde se instituyeron metodologías y una vasta doctrina en torno al DO y la LE que, en gran medida, fue base para el desarrollo del modelo europeo, de allí que para este último modelo; solo se hayan elegido dos casos del Tribunal Constitucional Español y uno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

## COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

La doctrina norteamericana se puede dividir en dos grandes bloques. El primero englobaría los casos: *Champlinsky v. New Hampshire de 1942*;<sup>4</sup> *Beauharnais v. Illinois de 1952*;<sup>5</sup> y *Branderburg v. Ohio de 1969*.<sup>6</sup> Tanto en *Champlinsky* como en *Beauharnais* la CSN estableció la doctrina denominada como *fighting words*, la cual se refiere a que las expresiones ofensivas o belicosas, cuando se dirigen directamente a una persona: no encuentran protección en la primera enmienda. Cabría destacar que los votos minoritarios disidentes de los *Justices*, se orientaron a sostener que tales expresiones serían constitucionales, cuando se dirigieran a colectivos de personas.

Por su parte, en el caso *Branderburg*, la CSN estableció dos directrices para el examen de los discursos que incitaran al crimen, sabotaje, violencia o métodos de terrorismo como medios para conseguir demandas políticas. Estas directrices analizaban: 1) si el discurso estaba directamente relacionado con la incitación o producción de un acto ilegal; y 2) si el discurso solo representaba una probabilidad de producir acciones ilegales. Así, la CSN creó la otra importante doctrina sobre las cuestiones que implicaban discursos de odio y libertad de expresión: la *clear and present danger (CPD)*. En este sentido, los tribunales tendrían que analizar tanto las expresiones como tal, como la posibilidad de que las mismas constituyeran un peligro inminente de facto.<sup>7</sup>

Un segundo bloque conformado por los casos: *R.A.V. v. St. Paul de 1992*;<sup>8</sup> *Wisconsin v. Mitchell de 1993*;<sup>9</sup> *Virginia v. Black de 2003*;<sup>10</sup> y *Snyder v. Phelps de 2011*.<sup>11</sup> Tanto en el caso de *St. Paul* como el de *Wisconsin*, la CSN sostenría-reforzaría la doctrina de *CPD*, pues dejaría claro que las leyes estatales que prohibieran discursos *insoportablemente intolerantes (por ejemplo: la quema de cruces)*: tendrían que ser claras y taxativas en los supuestos que prohibieran este tipo de expresiones o discurso, así como analizar si tales

<sup>4</sup> Consultable en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/315/568/>

<sup>5</sup> Consultable en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/>

<sup>6</sup> Consultable en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>

<sup>7</sup> En ese sentido, cabría mencionar que años más tarde, en el caso *National Socialist Party of America v. Village of Skokie de 1977*, la CSN se negaría a pronunciarse sobre una ley estatal que prohibía al Partido Nacional Socialista Americano realizar una manifestación en el pueblo de *Skokie*, ya que se condicionaba la manifestación a: 1) la contratación de un seguro de responsabilidad que cubriera los posibles gastos que ocasionara dicha manifestación; 2) la prohibición de distribuir propaganda que promoviera el odio, la discriminación racial y las ofensas religiosas; y 3) la prohibición de manifestarse con indumentaria militar y signos de carácter nazi. Para el caso, la CSN arguyó que los estados de la Unión que quisieran restringir los derechos de la primera enmienda, deberían de acogerse a lo establecido ya en la doctrina del *CPD*. Por tanto, la Corte de Illinois debía de resolver la cuestión conforme a esta doctrina para evitar *incoherencias interpretativas*. La sentencia de lo decidido sobre la admisión puede ser consultable en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/432/43/>

<sup>8</sup> Consultable en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/377/>

<sup>9</sup> Consultable en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/508/476/>

<sup>10</sup> Consultable en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/343/>

<sup>11</sup> Consultable en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/562/443/>

expresiones o discurso entrañaban algún tipo de valor dentro de una sociedad pluralista que debiera protegerse por la LE.

Por su parte, en el caso *Virginia*, la CSN declararía inconstitucional una ley de Virginia que criminalizaba *la intención* de intimidar a una persona o grupo de personas con la quema de cruces, ya que la ley era *sobreinclusiva* al suponer que cualquier quema de este tipo tenía el efecto de intimidar: enfatizándose que la determinación de si era o no con esa intención, tendría que determinarse caso por caso. Asimismo, en el caso *Snyder*, la CSN sostuvo que la primera enmienda protegía las manifestaciones ofensivas que infringían un dolor profundo (*para el caso, expresiones homofóbicas o de odio*) a los familiares de soldados muertos en combate: pues estas expresiones se realizaban en un espacio público y, de alguna manera, contribuían al debate público y la formación de la opinión pública en una democracia.<sup>12</sup>

Ahora bien, por su parte, el modelo europeo es distinto del norteamericano. Primero, porque si bien considera a la tolerancia como un principio rector de la democracia: esta no operará de igual manera con los intolerantes. Segundo, por el contexto de lo sucedido durante el periodo nazi, lo cual *ideológicamente* construyó un DO hacia la raza judía y, al mismo tiempo, una exclusión de cualquier tipo de discurso bajo ese contexto. En este sentido, un caso a tomar en cuenta se encuentra en la sentencia 214/1991 del Tribunal Constitucional Español (TCE),<sup>13</sup> que versó sobre un amparo promovido por *Violeta Friedman* en contra de una sentencia civil, la cual desestimó una indemnización por las declaraciones hechas a una revista, por un ex jefe de la S.S. alemana (*León Degrelle*): ya que eran expresiones que denostaban a las personas judías y negaban el Holocausto.<sup>14</sup> Estas declaraciones resultaban ofensivas para *Violeta* como sobreviviente del Holocausto y por haber perdido a su familia en ese acontecimiento.

Al analizarse las expresiones de *León*, el TCE concluiría que excedían la LE del sistema jurídico español. Primero, porque las expresiones de *León* estaban encuadradas dentro de la libertad ideológica, no obstante, las mismas indubitablemente poseían una connotación abiertamente *racista* y *antisemita*, por ende, deberían interpretarse como una *incitación antijudía*. Segundo, porque esa incitación racista constituía un atentado al honor de *Violeta* y de todas aquellas personas que estuvieron en los campos de

<sup>12</sup> En un voto disidente, el *justice Samuel Alito* se apartó de la mayoría de la opinión de la CSN, pues el argumento de que la nación americana se había forjado sobre el pilar de la LE y existía un compromiso nacional con el debate libre y abierto: ello no significaba una licencia para fomentar los atropellos verbales en contra de los sentimientos de las personas.

<sup>13</sup> Consultable en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/cs/Resolución/Show/1853>

<sup>14</sup> Algunas expresiones fueron: *Evidentemente, si hay tantos judíos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios; el problema con los judíos es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos los inventan; han sacado los huesos y hasta los dientes de Mengele, ¡hasta dónde llaga el odio!; a mi juicio, el doctor Mengele era un médico normal y dudo mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez.*

## COMENTARIO JURISPRUDENCIAL

concentración nazi (*incluidos los familiares de Violeta*). En este sentido, ni la LE ni la libertad ideológica protegían a una persona para efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo. Finalmente, las expresiones de *León* resultarían contrarias, no solo al derecho al honor de *Violeta*, sino también a otros bienes constitucionales como la dignidad humana y el valor de la igualdad.

Años más tarde, en la sentencia 5/2004,<sup>15</sup> el TCE analizaría la disolución del partido político *Herri Batasuna*, en específico, lo referente a la vulneración de la LE ideológica y de asociación de este partido. Para el caso, lo que representaba *Batasuna*, como brazo político de la organización terrorista ETA, en sí mismo representaría una especie de DO. El TCE analizó, concretamente, si la negativa a condenar un acto terrorista por parte del partido *Batasuna* encuadraba en las causales de disolución de la Ley Orgánica de Partidos Políticos.<sup>16</sup> La respuesta fue que si bien el ámbito concreto de la LE permite los discursos *apologéticos*, salvo los supuestos de *peligro inminente*,<sup>17</sup> en este caso, era necesario tomar en cuenta el contexto histórico y social de ese discurso, para determinar si la cobertura ideológica y política del terrorismo podrían encontrarse dentro de ese discurso apologético. Para el caso, el discurso de *Batasuna* no encontraba protección en la LE, ya que en una democracia constitucional están prohibidos los DO que representen *simbólicamente* las actuaciones violentas y las conductas intimidatorias.

Finalmente, en el caso *Féret v. Bélgica de 2009*<sup>18</sup> resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se analizaría si el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos protegía a un político para distribuir panfletos que incitaban al odio y a la discriminación.<sup>19</sup> En principio, el TEDH reiteró la importancia de que los políticos, como representantes populares, gocen de una LE amplia y robusta; no obstante, al mismo tiempo tienen un *deber* de evitar comentarios que pudieran fomentar la intolerancia, debido a que un representante popular alcanza un mayor público y su capacidad de influirlos también se incrementa.

El TEDH identificó que en los folletos se podía observar una caracterización de los inmigrantes como criminales, por tanto, era una expresión discriminatoria (*xenofobia*). Así, aunque el debate político en un contexto público y bajo una contienda electoral tiene una protección especial por

<sup>15</sup> Consultable en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/de/Resolucion/Show/5010>

<sup>16</sup> Cabe señalar que el TCE ya había sostenido la constitucionalidad de esa ley en su sentencia STC 48/2003 de 2003, la cual contemplaba las siguientes causales para la disolución de partidos: 1) *la de constituir un partido con fines de terrorismo*; 2) *la de usar signos relacionados con el terrorismo*; y 3) *la de hacer apología de actos terroristas o violentos*. Sentencia consultable en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4823>

<sup>17</sup> En ese sentido, el TCE se referiría a la doctrina norteamericana del CPD.

<sup>18</sup> Consultable en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":\["003-2800730-3069797"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{)

<sup>19</sup> Los panfletos contenían mensajes como: *hay que oponerse a la islamización*; *hay que finalizar con las políticas de integración europea*; *expulsar a los parados extranjeros no europeos*.

parte de la LE, en el caso concreto, estaba sirviendo como camuflaje para promover un discurso de discriminación y de odio racial. Lo cual significaría ir en contra de los principios democráticos y los derechos humanos del convenio europeo.

En sumario, la doctrina norteamericana ha evolucionado a través de los precedentes de la CSN, en donde se puede ver una clara protección de expresiones muy cercanas al DO en aras de proteger la LE. Asimismo, la doctrina norteamericana considera que, en principio, cualquier expresión cercana a un DO contribuye a la formación de la opinión pública, por consiguiente, el espacio de indeterminación entre un DO y la LE tendría que analizarse desde el contexto donde se da y su importancia para el debate público (*caso por caso*). Por su parte, la doctrina europea ha sido más renuente a centrar el DO dentro de la protección de la LE, pues parte de considerar que ese tipo de discursos están proscritos en una democracia constitucional: ya que se busca erradicar las expresiones que contribuyan a fomentar un DO en la sociedad.

Este breve análisis comparativo de las doctrinas norteamericana y europea, buscó dar un panorama general sobre la jurisprudencia constitucional contemporánea en cuestiones de DO, pues el proyecto se construyó, desde el punto de vista de este trabajo, sobre una *línea jurisprudencial integral* atendiendo a: 1) elementos de la doctrina europea mayormente, no así de la doctrina norteamericana;<sup>20</sup> 2) al contexto del sistema mexicano, pues se orientó por sus propios precedentes y las particularidades de la sociedad mexicana; y 3) en la Convención Interamericana de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la Organización de las Naciones Unidas (*en general por el corpus iuris interamericano*).<sup>21</sup>

#### IV. Proyecto de la ministra Norma Lucía Piña Hernández

El proyecto se abocaría al análisis y respuesta de los siguientes puntos: 1) alcance general, constitucional y convencional de la protección del derecho a la igualdad y no discriminación; 2) significado de la protección cons-

<sup>20</sup> En ese punto, cabría matizar que si bien el proyecto no retoma concretamente aspectos de la doctrina *CPD*, el proyecto si hace un análisis sobre el *foro* en donde tiene efecto el DO representado en a cruz esvástica: cuestión que también se encuentra en la tradición norteamericana.

<sup>21</sup> Por ejemplo, el proyecto recoge lo señalado sobre la prohibición de los DO en los artículos: 13 de la Convención Interamericana de derechos humanos; 20 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos; y 2, 4, 5, 6 y 7 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

titucional de los derechos de libre desarrollo de la personalidad y de LE en relación con los tatuajes corporales; 3) las restricciones y limitaciones constitucionales de los derechos fundamentales mencionados en el punto anterior; 4) el significado y alcance del tatuaje de una cruz esvástica como una expresión del DO; y 5) test de proporcionalidad de las medidas adoptadas por la empresa en el caso concreto.

Sobre el primer punto, se determinó que el derecho a la igualdad y no discriminación goza de una protección constitucional y convencional que opera a manera de *una norma imperativa*, cuestión que obliga a los jueces constitucionales a valorar su posible violación en los casos a análisis, pues este derecho constituye un deber de respeto por parte del Estado, sus autoridades y los particulares. Por ende, el derecho a la igualdad y no discriminación del portador del tatuaje debía de ser valorado bajo ese estándar.

En consonancia con el punto anterior, en el segundo punto se sostuvo que la portación de tatuajes es una práctica que goza de protección constitucional por regla general, ya que es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad y de la libre expresión de la individualidad de quien lo porta.<sup>22</sup> Por tanto, en el caso concreto, el portador del tatuaje goza de tal protección y habría que analizar tanto el significado del tatuaje que porta (*la cruz esvástica*), como el contexto donde laboraba el portador.

En el tercer punto, se retomó el precedente del amparo en revisión 2806/2012, donde se había señalado que el DO es un caso especial de los discursos discriminatorios, pues constituyen una categoría de expresiones ofensivas, cuya impertinencia en un mensaje determinado actualizan la presencia de expresiones totalmente vejatorias carentes de protección constitucional, por tanto, son un límite a la LE y al libre desarrollo de la personalidad. Para el caso, tendría que establecerse si el tatuaje de cruz esvástica podría encuadrar dentro de las expresiones prohibidas constitucionalmente.

En el cuarto punto, se analizó, precisamente, el alcance del DO caracterizado en un tatuaje. Así, respecto de este punto, el proyecto concluiría 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: este hecho actualizaba una restricción a la protección constitucional y convencional del ejercicio de los derechos de LE y libre desarrollo de la personalidad. Sobre todo, porque ese tatuaje 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*). En consecuencia, el Estado puede restringir y buscar su erradicación como un *fin constitucional válido*.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> En ese sentido, la restricción de esos derechos debía de superar un test de proporcionalidad en sentido amplio.

<sup>23</sup> En ese punto, en el proyecto se hizo énfasis en que 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

En el quinto punto, se sostuvo que cuando un DO se expresa en un ámbito privado, como un centro de trabajo, las razones de orden público que confieren a la LE una especial protección: se encontrarían ausentes. Por ende, en el caso concreto la LE tiene un peso *vis a vis* con los derechos a la dignidad, la igualdad y la libertad de las víctimas como los destinatarios del mensaje de odio, pues la expresión de un DO frente a las víctimas, puede considerarse un acto de discriminación prohibido constitucionalmente; en tanto las víctimas no tienen la obligación jurídica de tolerarlo y, de forma válida, se puede poner fin a la convivencia con el agresor para preservar su propia dignidad. En este sentido, el proyecto realizó un *test de proporcionalidad* de los derechos involucrados, en donde se consideró que la medida de despedir al trabajador por parte de la empresa no fue arbitraria, discriminatoria ni desproporcionada. Por el contrario, la empresa habría tutelado razonablemente los derechos primarios de sus empleados frente a un DO (*caracterizado en el tatuaje en forma de cruz esvástica*).

Por todo lo anterior, el proyecto se apartó de resolver el caso con alguna de las doctrinas norteamericana o europea en particular, pues si bien retoma algunos aspectos de esta última doctrina, sustancialmente se avocó en los precedentes de la SCJN sobre los casos de DO que se han dado en el sistema mexicano, así como en el corpus iuris interamericano y su prohibiciones sobre DO:<sup>24</sup> para resolver el caso mediante una línea argumental integral, bien construida y, sobre todo, tomando en cuenta el contexto del sistema mexicano y el caso concreto.

Ahora bien, sobre la cuestión de que el proyecto no se decantó por ninguna doctrina de las mencionadas de forma particular, precisamente, se menciona en el voto concurrente; el cual también desarrollaría otros aspectos interesantes. En primer lugar, se consideró que debió de excluirse todo estudio de convencionalidad, sea que beneficiara o perjudicara a la empresa, pues el Sistema Interamericano de derechos humanos se creó para la protección exclusiva de las personas físicas, al buscar garantizar aquellos derechos vinculados directamente con su dignidad, por tanto, la empresa no era titular de los mismos como el proyecto sostenía.

En segundo lugar, se señaló que el estudio debió de circunscribirse a los tatuajes considerándolos como un ejercicio de LE y de libre desarrollo de la personalidad, como se hizo, pero atendiendo a los límites a dichos derechos previstos en el texto constitucional.<sup>25</sup> Ello, porque si bien el DO no está protegido por la Constitución, también resulta cierto que, para determinar si un discurso o una postura se trata de un DO, se debe de analizar

---

donde estén presentes las razones de interés público y donde se proteja con más amplitud la LE y la deliberación pública; podrían justificarse y tolerarse estas expresiones.

<sup>24</sup> *Supra* nota a pie de página 20.

<sup>25</sup> Es decir, los límites del artículo 6 constitucional: 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.

en el caso concreto tanto el mensaje como el contexto o foro donde se expresa u opera.<sup>26</sup>

De esta forma, por la importancia que tiene para las democracias constitucionales la LE, se debió de emplear el *principio in dubio pro ex orare*, que opera cuando exista una colisión de principios como la LE y cualquier otro derecho fundamental, en donde si con posterioridad a esa ponderación no existe certeza de que la medida sea en beneficio de la colectividad: deberá de prevalecer el derecho a la LE por la importancia de su dimensión social.

En tercer lugar, se propuso haber hecho *un estándar* para analizar las limitaciones a la LE, en específico, cuando se trata de un DO: 1) porque debería de analizarse si se trata de una expresión oral, escrita o de un acto, pues en caso de que se trate de este último, se deberá analizar si tiene una suficiente carga expresiva que haga explícito un mensaje que pueda ser entendido por la mayoría de las personas; 2) porque deberían de identificarse cuáles derechos colisionan con la LE y, en caso de que se inmiscuya un DO, los derechos deberán de referirse en específico a la dignidad humana y seguridad personal; 3) porque debería de observarse si la expresión tiene un mensaje de odio o de violencia y si este impacta directamente y fácticamente con los derechos de un tercero;<sup>27</sup> y 4) porque en caso de que se hayan establecido medidas para restringir la LE en el caso concreto, deberían de ser revisadas conforme a un *escrutinio estricto*.<sup>28</sup>

Finalmente, el voto concurrente se aparta del tratamiento *técnico-argumentativo* que se le dio a la dignidad humana en el proyecto, pues lo criticó de no ser claro en si se trata como regla o como principio a la dignidad humana. Porque en algunas partes del proyecto se le trató como un operador *deóntico* que se aplica a la manera de todo o nada, constituyéndose como un límite a la LE *ex ante*, mientras que, por otra parte, se le trató como principio que aplicaría como un mandato de optimización.

## V. Conclusiones

La doctrina norteamericana considera mayormente que cualquier expresión cercana a un DO contribuye a la formación de la opinión pública, por consiguiente, el espacio de indeterminación entre un DO y la LE tendría

<sup>26</sup> Cuestión que se acercaría a la doctrina americana, lo cual también resulta un tanto ambiguo, pues si bien el proyecto no hace un análisis bajo esta doctrina, lo cierto es que sí toma en cuenta el lugar donde laboraba el portador del tatuaje.

<sup>27</sup> Tanto en el punto 1) y 3) el voto concurrente se decantaría, en algún sentido, por aplicar la doctrina norteamericana del *CPD*.

<sup>28</sup> Es decir: 1) si la medida cumplía una necesidad imperiosa desde un punto de vista constitucional; 2) si la medida tomada estaba totalmente encaminada a la consecución de la necesidad constitucional; y 3) si la medida resultaba la menos restrictiva posible.

que analizarse desde el contexto donde se da y su importancia para el debate público. En paralelo, la doctrina europea parte de considerar que los DO están proscritos en una democracia constitucional, pues se busca erradicar las expresiones que contribuyan a fomentar un DO en la sociedad.

El proyecto de la ministra Piña construyó una línea argumental integral, en donde si bien retoma aspectos de la doctrina europea, al final, el proyecto resuelve el caso sobre la base de los precedentes de la SCJN y el corpus iuris interamericano. La respuesta del proyecto a la cuestión planteada, fue que por el contexto laboral donde se presentó la discriminación a la persona portadora del tatuaje de la esvástica, así como por lo que representa este símbolo como expresión de odio para sus compañeros de trabajo de raza judía: en este caso los derechos de libre desarrollo de la personalidad y LE de la persona portadora del tatuaje *no gozaban de protección constitucional*.

El voto concurrente del ministro Alcántara propuso una *metodología de adjudicación* distinta a la del proyecto a partir de los siguientes puntos: 1) por el análisis del tratamiento de la dignidad humana; 2) por la aplicación mayormente de la doctrina norteamericana, es decir, darle mayor peso a la LE por su importancia social; y 3) por negar reconocimiento de derechos humanos a la empresa, al ser una persona jurídica y no física titular de los mismos ante el sistema interamericano de derechos humanos.

Finalmente, el proyecto es un ejemplo de cómo el nuevo paradigma constitucional mexicano representa un terreno fértil para las juezas y jueces constitucionales, para desarrollar líneas argumentales propias que, si bien se nutren por doctrinas constitucionales contemporáneas cosmopolitas, sin lugar a duda: también será necesario que reflejen el contexto particular de cada sistema jurídico.



## VI. Referencias

### a) Jurisprudenciales

- Amparo en revisión 4865/2018
- Amparo en revisión 2806/2012
- Champlinsky v. New Hampshire de 1942.
- Beauharnais v. Illinois de 1952.
- Branderburg v. Ohio de 1969.
- National Socialist Party of America v. Village of Skokie de 1977.
- R.A.V. v. St. Paul de 1992.
- Wisconsin v. Mitchell de 1993.
- Virginia v. Black de 2003.
- Snyder v. Phelps de 2011.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español 214/1991.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español 48/2003.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español 5/2004.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos Féret v. Bélgica de 2009.