

Comentario al amparo directo en revisión resuelto por la SCJN: 4865/2018*

Adrián POLANCO POLANCO**

“Proclamo en voz alta la libertad de pensamiento, y muera el que no piense como yo”

VOLTAIRE

I. NOTA INTRODUCTORIA

La resolución que se analiza establece restricciones al derecho de libertad de expresión para los mexicanos, la misma se centra en resolver si el uso de una cruz gama alemana en un tatuaje atrás de la oreja de un trabajador puede ser permitido o tolerado por el ente patronal.

* El autor, además de los datos del amparo en comento, agregó la siguiente expresión: “(seamos intolerantes con los intolerantes para que entiendan que está mal ser intolerante)”

** Licenciado en Derecho por la UNAM; Maestro en Derecho, titulado con mención honorífica, por la UNAM; se ha desempeñado como Profesor de Asignatura, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, a nivel licenciatura y posgrado; es Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, Miembro Adherente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal; Miembro del Colegio de Profesores de Derecho Fiscal de la Facultad de Derecho de la UNAM; Miembro del Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM, Miembro del Consejo Consultivo- Evaluador Externo de la Revista de Investigación Jurídica Avances de la Facultad de Derecho y CC.PP de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrel de Cajamarca, Perú; Miembro del Instituto Vasco de Derecho Procesal; Investigador Externo Adscrito al Instituto Vasco de Derecho Procesal. Contacto: <polanco_adrian@hotmail.com>.

La respuesta que nos da la resolución es: ¡¡No, de ninguna manera!!

Esta respuesta me parece inadecuada para el desarrollo de la vida democrática, déjeme explicarme: estoy de acuerdo en que el ese símbolo representa muertes, sufrimiento e ideales políticos (al igual que muchos otros), de igual modo creo que el racismo es la manifestación más baja del colectivismo utilitario por ello se convierte en el refugio de quienes no tienen mayor mérito que su origen racial, con base en dicho origen pretenden hacer diferencias entre la sociedad para denigrar someter y excluir a un grupo determinado; no obstante creo que quienes tienen esas ideas (en mi opinión erradas) poseen el derecho a expresarlas.

Afirmar lo contrario es realizar una discriminación para este grupo de personas de las que no podemos censurar sus mensajes por considerarlos moralmente malos, éticamente incorrectos, erróneos e inclusive peligros, porque realizar esa actividad nos convertiría precisamente en aquello que repudiamos, dese cuenta del oxímoron que implica discriminar al discriminador, intolerar al intolerante o censurar al censorador.

El fallo aquí analizado debe ser discutido ampliamente por constitucionalistas, procesalistas, estudiosos de los derechos humanos y por la población en general, para ir construyendo una teoría de la libertad de expresión que puedan aplicar los tribunales de nuestro país.

II. FICHA DE LA SENTENCIA DEL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN RESUELTO POR LA SCJN: 4865/2018

A) HECHOS EN LOS QUE CONSISTE EL LITIGIO

- *El 15 de abril de 2016, el actor (una persona física) recibió un correo de la Sociedad Civil demandada donde se le informaba que fue seleccionada para ocupar el cargo de Jefe de Facturación, puesto para el que había postulado el actor.*

- *El 19 de abril de 2016, el actor fue citado para firma de contrato, en donde firmó en cinco tantos el contrato y de igual manera hojas en blanco por motivo de renuncia.*
- *Con fecha 25 de abril de 2016, el actor se presentó nuevamente en las oficinas de la demandada para recibir la capacitación básica para el puesto contratado.*
- *El día 26 de abril de 2016, el actor acudió a su primer día de trabajo para iniciar sus labores, ese mismo día fue llamado a la oficina de las autoridades de la sociedad civil, para indicarle que no era posible continuar con su relación laboral, ya que “no haberse percatado que tenía un tatuaje en la parte trasera de mi oreja izquierda (una cruz) y que era imposible continuara laborando por ese motivo, pues su director/dueño de la empresa no lo tenía permitido, pues era judío y tenía unas ideas muy definidas respecto a ese tema” sic.*
- *Con fecha 28 de abril de 2016, le fue entregada al actor la cantidad de \$16,200.00 (dieciséis mil doscientos pesos, 00/100 m.n.), firmando una hoja en la que consta el finiquito entregado.*

B) SECUELA PROCESAL DEL CASO

1. Con fecha 9 de septiembre de 2016, el actor, una persona física, demandó en la vía ordinaria civil, a una Sociedad Civil, el pago de una indemnización por considerar que fue discriminado por la empresa.
2. La demanda interpuesta fue turnada al Juzgado Tercero de lo Civil de la Ciudad de México, misma que fue admitida mediante auto de 20 de septiembre de 2016.
3. El 26 de octubre de 2016, la sociedad civil demandada dio contestación a la demanda instaurada en su contra y opuso las excepciones y defensas que consideró oportunas.
4. El día 3 de noviembre de 2016, el juez de origen tuvo por contestada en tiempo la demanda y por opuestas las excepciones y defensas hechas valer.

5. Tramitado el proceso civil con fecha 5 de mayo de 2017, se emitió sentencia de primera instancia en la que se resolvió lo siguiente:

Primero. Ha sido procedente la vía ordinaria civil en donde la actora xxxxxxxx acreditó su acción y la demandada xxxxxxxx., no justificó sus excepciones y defensas.

Segundo. Se condena a la demandada moral denominada xxxxxxxxxxxx, a pagar a la parte actora xxxxxxxxxxxx, o a quien sus derechos representen, una indemnización total por daño moral, que se fija prudencialmente por la cantidad de \$1'300,000.00 (un millón trescientos mil pesos 00/100 M.N.), que debe pagar dentro del término de cinco días, contados a partir de que cause ejecutoria la presente resolución, apercibida de que en caso contrario se despachará ejecución en su contra.

Tercero. Se condena a la demandada xxxxxxxxxxxx, a una disculpa pública a favor del actor xxxxxxxxxxxx, en el periódico de circulación nacional “El Universal”, como una medida disuasiva para que en lo sucesivo se abstenga de realizar actos o conductas discriminatorias en contra de las personas por el hecho o circunstancia de tener en su cuerpo un “tatuaje”.

Cuarto. No se hace especial condena en costas a las partes por la tramitación del presente juicio.

Quinto. Copia autorizada de la presente resolución, y agréguese al legajo de sentencias.

Sexto. Notifíquese..”

6. Inconforme con dicha resolución la parte demandada interpuso recurso de apelación, mismo que fue resuelto por la Séptima Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México mediante sentencia pronunciada el 7 de diciembre de dos mil 2017, en la cual la Sala determinó:

Primero. Se revoca la sentencia definitiva de fecha cinco de mayo de dos mil diecisiete, dictada por el Juez Tercero de lo Civil de este tribunal, en el juicio ordinario civil promovido por xxxxxxxxxxxx en contra de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, expediente número

xxxxxx, para quedar en los términos que se precisan en la parte final del considerando II de este fallo.

Segundo. No se condena en costas en esta segunda instancia.

Tercero. Notifíquese...

7. Inconforme con la sentencia emitida por la Sala, el actor interpone demanda de amparo directo el día 12 de enero de 2018.
8. Por cuestión de turno correspondió conocer de la demanda de amparo al Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, donde se admitió a trámite el día 29 de enero de 2018.
9. El 13 de febrero de 2018, la parte tercera interesada es decir la Sociedad Civil, por conducto de su apoderado, presentó demanda de amparo adhesivo.
10. Con fecha 14 de junio de 2018, la autoridad de control constitucional emitió sentencia en los siguientes términos:
 1. Deje insubsistente el acto reclamado.
 2. Dicte nueva resolución en la que, atendiendo a los lineamientos de la presente ejecutoria, determine que, en el caso, el actor fue objeto de discriminación laboral por virtud de la portación de un tatuaje, lo que constituye un hecho ilícito, por lo que se le deja en libertad de jurisdicción para que sobre estas bases resuelva sobre la procedencia o no de la acción de daño moral intentada.
11. Ante esta nueva sentencia la sociedad civil demandada interpuso recurso de revisión.
12. Dicho recurso fue remitido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que fue turnada a la Primera Sala de dicho Tribunal de cierre.
13. Una vez tramitado el recurso indicado, con fecha 30 de octubre de 2019 se emitió sentencia en el siguiente sentido:

En vista de las consideraciones expuestas, si bien esta Primera Sala reconoce que portar un tatuaje está permitido y no se debe discriminar en el ámbito laboral por ello, en este caso el símbolo que portaba el quejoso representa un *discurso de odio racista* (antisemita), que, ante las circunstancias específicas del caso, actualizó una restricción a la protección constitucional y convencional de los derechos de libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión por él ejercidos. Por lo que las medidas adoptadas por la empresa para salvaguardar la igualdad, dignidad humana y seguridad de sus empleados y directivos fueron válidas, razonables y proporcionales; de modo que no pueden ser constitutivas de un acto de discriminación contra el quejoso. De ahí que no se configura la acción de responsabilidad civil intentada para obtener una indemnización por daño moral.

C) PRETENSIONES DE LAS PARTES

- La parte actora hizo valer las siguientes pretensiones procesales:
 - a. El pago por daño moral que su señoría determine atendiendo los derechos lesionados, grado de responsabilidad y situación económica de las partes en este juicio, por perjuicio extrapatrimonial causado de manera directa por la demandada en este juicio.
 - b. El monto de la indemnización que determine el juez, tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.
 - c. Los gastos y costas que el presente juicio origine.
- La parte demandada hicieron valer las siguientes pretensiones procesales:
 1. La defensa de *sine actione agis*.
 2. Excepción de falta de acción y derecho para demandar.

3. Excepción de improcedencia del daño moral por ausencia del hecho ilícito.
4. Excepción de inexistencia de discriminación.
5. Excepción de falta de nexo causal.
6. Excepción de confesión expresa.
7. Todas las que se deriven del escrito de contestación de demanda.

D) CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES DEL AMPARO EN REVISIÓN

Consiste en determinar si la actuación de las autoridades demandadas violenta los artículos 1, 4, 14, 16, y 133, de la Constitución Federal Mexicana, o por lo contrario los actos impugnados han dejado de tener efectos jurídicos por haber acontecido un cambio de situación jurídica para la parte actora.

Para ello la sentencia se enfoca a analizar los siguientes tópicos:

- Alcance general de la protección del derecho a la igualdad y no discriminación como norma constitucional y convencional imperativa.
- La protección constitucional a los derechos de libre desarrollo de la personalidad y de libertad de expresión, en relación con los tatuajes corporales.
- Las restricciones o limitaciones a los derechos de libre desarrollo de la personalidad y de libertad de expresión.
- El estatus del discurso de odio.
- El símbolo de una suástica o cruz esvástica en un tatuaje visible como expresión de odio.
- Examen de proporcionalidad de las medidas adoptadas por la demandada en las circunstancias del caso.
- Precisión sobre algunas consideraciones hechas por el Tribunal Colegiado.

E) DECISIÓN DE TOMADA

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó dejar sin efectos la sentencia de amparo emitida por el Tribunal Colegiado, y por consiguiente ordena emitir otra en la que se le niegue el amparo y protección a la persona física.

El fallo fue aprobado por cinco votos de los cuales los Ministros Norma Lucía Piña Hernández y Luis María Aguilar Morales, votaron a favor del proyecto presentado por la Ministra ponente; Jorge Mario Pardo Rebolledo, se reservó su derecho para formular voto concurrente; Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, formuló voto concurrente en el que se aparta de las consideraciones contenidas en la presente sentencia, y Juan Luis González Alcántara Carrancá, quien formuló voto concurrente.

De la sentencia indica se estableció el siguiente criterio orientador:

TATUAJES. SU USO ESTÁ PROTEGIDO, POR REGLA GENERAL, POR EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad deriva del principio de autonomía personal, y consiste en la capacidad de elegir y materializar libremente planes de vida e ideales de excelencia humana, sin la intervención injustificada de terceros. Este derecho incluye, entre otras cosas, la elección de la apariencia personal, pues se trata de un aspecto de la individualidad que se desea proyectar ante los demás. La libertad de expresión es el derecho a expresar, buscar, recibir, transmitir y difundir libremente, ideas, informaciones y opiniones. Este derecho está vinculado estrechamente con la autonomía personal, pues se trata de un bien necesario para ejercerla, pero tiene también una especial conexión con la realización de diversos bienes colectivos, como la democracia o la generación y transmisión del conocimiento, de aquí que se le reconozca un peso especial en las democracias constitucionales. Una forma de expresar la individualidad es mediante el uso de tatuajes, pues el uso de éstos en lugares visibles constituye un acto deliberado de expresión

de su significado, que puede consistir en ideas, opiniones, convicciones, informaciones, etc. En este sentido, el uso de tatuajes está protegido, por regla general, por los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de expresión, por lo que no debe ser motivo para discriminar a sus portadores.

Esta tesis se publicó el viernes 06 de diciembre de 2019 a las 10:18 horas en el Semanario Judicial de la Federación.¹

F) MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

Referente al apartado de los argumentos que constituyen la razonabilidad de la sentencia emitida la Primera Sala expuso en esencia lo siguiente:

(...)

204. En vista de las consideraciones expuestas, si bien esta Primera Sala reconoce que portar un tatuaje está permitido y no se debe discriminar en el ámbito laboral por ello, en este caso el símbolo que portaba el quejoso representa un *discurso de odio racista* (antisemita), que, ante las circunstancias específicas del caso, actualizó una restricción a la protección constitucional y convencional de los derechos de libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión por él ejercidos. Por lo que las medidas adoptadas por la empresa para salvaguardar la igualdad, dignidad humana y seguridad de sus empleados y directivos fueron válidas, razonables y proporcionales; de modo que no pueden ser constitutivas de un acto de discriminación contra el quejoso. De ahí que no se configura la acción de responsabilidad civil intentada para obtener una indemnización por daño moral.

205. En el entendido de que esta Sala subraya que no deben perderse de vista las circunstancias específicas de este caso, especialmente, que la expresión del discurso de odio se realizó en el ámbito privado de una empresa con finalidad comercial, en el que están ausentes

¹ Tesis: 1a. CXX/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 73, Tomo I, Diciembre de 2019, p. 331.

las razones de orden público que dotan de especial protección al derecho a la libertad de expresión, vinculadas con la deliberación pública necesaria para el funcionamiento de la democracia y otros bienes sociales, frente a personas determinadas pertenecientes a un grupo históricamente discriminado; por lo que es importante tener en consideración que el criterio adoptado en casos como éste no puede extrapolarse a casos en que imperen circunstancias *relevantes* distintas, como, por mencionar algunos ejemplos, aquellos en que la libertad de expresión se ejerza en un ámbito público o de relevancia pública, y/o en que existan conductas adicionales como la apología del odio, la incitación a la violencia o discriminación, o la inminencia o la perpetración efectiva de actos de violencia física o de ruptura del orden público.

206. Lo anterior, porque si bien en casos como el presente puede justificarse que la expresión de un mensaje de odio carece de protección constitucional frente a otros derechos lesionados, en casos en que estén presentes propiedades de relevancia pública como las mencionadas podría haber razones para, al menos, tolerar la expresión de dicho mensaje dentro de ciertos límites, entre otros fines, para conjurar peligros bien conocidos para el funcionamiento de bienes públicos de especial relevancia como la democracia. Por esta razón, los casos en que se presenten dichas propiedades deben ser analizados en sus propios méritos y teniendo en cuenta la relevancia de las mismas. [...]

III. APARTADO CRÍTICO

A) CONTEXTO JURÍDICO DEL CASO

El recurso de revisión en amparo directo comentado se sitúa en un contexto de división social en México, mismo que se ha potencializado por cuestiones político- gubernamentales, en la cual el

discurso divisivo es frecuente y fomentado desde todas las tribunas del sistema político mexicano.

Me parece que en la fecha en que fue emitida la sentencia analizada, era frecuente el ataque a la libertad de expresión en contra de los medios de comunicación masivo por parte del Gobierno, que de manera sistemática descalifica y tacha de sus adversarios a todo aquel que se atreva a opinar algo distinto de lo que el “líder supremo” indique.

Este ataque sistemático a la libertad de expresión se ha trasladado a la sociedad civil, en donde cada vez es más visible el discurso intolerante y censorador entre todos los miembros de la sociedad hoy en día las buenas conciencias son cada vez más activas, cualquier opinión las puede ofender, por ello se solicita que se acallen, se censuren o se autocensuren quienes piensan distinto.

Ahora bien, el recurso de revisión en amparo directo es una figura procesal que funge como un medio de impugnación, en el proceso de amparo, en virtud del cual se pretende que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, analice en concreto si una sentencia emitida en la instancia de control realiza una interpretación directa de un precepto constitucional o de un tratado internacional, por lo tanto debe ser el Tribunal de cierre, en su calidad de máximo intérprete de la Constitución Federal quien determine en ultima instancia si la interpretación realizada por los Tribunales Colegiados es adecuada o no; el fundamento de este recurso lo encontramos en los siguientes artículos:

De la Constitución Federal:

Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

(...) IX.- En materia de amparo directo procede el recurso de revisión en contra de las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales, establezcan la interpretación directa de un precepto de esta Constitución u omitan decidir sobre

tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas, siempre que fijen un criterio de importancia y trascendencia, según lo disponga la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento de los acuerdos generales del Pleno. La materia del recurso se limitará a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras.

De la Ley de Amparo:

Artículo 81. Procede el recurso de revisión:

(...) II. En amparo directo, en contra de las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales que establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, u omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas, siempre que fijen un criterio de importancia y trascendencia, según lo disponga la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento de acuerdos generales del pleno.

Este tipo de procesos solo puede ser promovidos por la parte que se considera agraviada por la sentencia emitida.

B) RELEVANCIA JURÍDICA DE LA RESOLUCIÓN

La resolución estudiada es importante para el desarrollo de la democracia asociativa en el Estado constitucional mexicano, ya que establece argumentos referentes a los límites de la libertad de expresión de los miembros de la sociedad mexicana respecto de los discursos que pueden realizar en el plano privado, sin lugar a dudas cada vez que se establecen límites a los derechos humanos, distintos a los expresamente señalados por la Constitución Federal o los tratados internacionales, se está en presencia de una resolución de trascendencia en el plexo jurídico en su plano de bloque de convencionalidad interno y externo.

Esta sentencia establece que es válido discriminar a una persona en el ámbito individual, censurar su libertad de expresión e intervenir en el derecho que tiene de autodeterminar su apariencia, siempre que la empresa en la que trabaje considere que el mensaje que emite ese trabajador es un discurso de odio² y con ello se sienta ofendido alguno de los miembros de la persona moral.

Es cierto que la Primera Sala es muy puntual en señalar que dicha resolución aplica únicamente para resolver el caso puesto en conocimiento. No debe pasar inadvertido que los criterios establecidos por la Corte son frecuentemente usados como orientadores por los tribunales que tienen encomendado el control concentrado de la constitucionalidad en México, en la controversia que resuelve esta sentencia dio origen a una tesis aislada de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de ahí la relevancia de la resolución comentada.

² Se debe establecer claramente la diferencia entre discurso discriminatorio y discurso de odio.

Por discurso discriminatorio se entiende: Todo mensaje emitido para un auditorio que implica una forma de inferiorización, mediante una asignación de jerarquía a las preferencias del emisor del mensaje, confiriendo a sus preferencias un rango superior. Este tipo de mensajes suelen caracterizarse por el señalamiento del grupo discriminado como inferiores o anormales, por ello el discurso contiene una serie de calificativos y valoraciones críticas relativas a la condición del grupo considerado inferior, aunado a ello suele realizarse en los espacios de la cotidianidad; por lo tanto, generalmente se caracteriza por insinuaciones en un sentido burlesco y ofensivo, mediante el empleo de un lenguaje que se encuentra fuertemente arraigado en la sociedad.

Por otro lado, *el discurso de odio se define* como: aquellos que incitan a la violencia -física, verbal, psicológica, entre otras- contra los ciudadanos en general, o contra determinados grupos caracterizados por rasgos dominantes históricos, sociológicos, étnicos o religiosos. Tales discursos se caracterizan por expresar una concepción mediante la cual se tiene el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social.

C) ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIAS CONSTITUCIONAL

La sentencia reseñada tiene múltiples desatinos, puedo recalcar algunos de forma, como que en el apartado de cuestiones previas la Sala pretende limitar los puntos del debate entre las partes y, por lo tanto, establecer en qué consiste el objeto del recurso de revisión interpuesto por la sociedad civil demandada, pero dicha presión es realizada de forma errónea pues totalmente señala que los hechos del caso estudiado sucedieron en un ámbito privado como lo es un centro de trabajo con una finalidad comercial carente de interés público directo.

Los derechos fundamentales que tenemos como miembros de la sociedad y que son reconocidos por la Constitución deben ser respetados en todos los ámbitos: público o privado.

Toda restricción a la libertad de expresión es de trascendencia pública, ya que dicho derecho es la base de una democracia, por lo cual el argumento consistente en que la libertad de expresión del actor no goza de protección constitucional por ser emitida en un ámbito privado y ser un mensaje de odio, a diferencia cuando esa libertad se ejerce en un debate político, artístico, o académico, en esos ámbitos el mismo mensaje merece protección, por ello debe ser tolerado, me parece que dicho argumento no es acorde a los principios de interpretación establecidos por el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Otro error de forma es que en los párrafos 134, 135 y 136, en los que la resolución trata de fundar el significado de la suástica o de la cruz esvástica, los argumentos son tomados de la página web Wikipedia.org y en la propia página se establece que la información referida requiere cita, lo mismo pasa con las notas a pie de página 31, 32, 33, el uso de información sin fuente confiable parafraseada de una página que no es aceptada ni en una tarea de un adolescente de tercero de secundaria, en mi opinión se resta fuerza, seriedad y técnica argumentativa a lo vertido por el Órgano Jurisdiccional, ya que pretende establecer el significado de dicho

símbolo sin proporcionar bases históricas derivadas de fuentes de información fiables, con ello no quiero decir que algunos de los datos indicados no sean ciertos, pero muchos de los indicados ahí son inexactos, incluso de la lectura integral del documento web se desprende que se confunde en muchas ocasiones el sistema político del fascismo con el nacional- socialismo, dicha imprecisión conlleva a establecer únicamente opiniones sin sustento en la teoría política, lo cual es un grave error para motivar una resolución del Máximo Tribunal de México.

Esto se puede notar en la nota a pie de página 31 cuando la resolución afirma que Hitler se refirió a la esvástica como el símbolo de la lucha por la victoria del hombre ario y afirma que dicha información fue tomada del libro *Mi lucha*, escrito por el mismo personaje, pero si leemos dicha obra en su traducción al español encontramos la siguiente información:

La cuestión de nuestra bandera, es decir, lo relacionado con su aspecto, nos preocupó por entonces muy intensamente. De todos lados recibíamos sugerencias bien intencionadas, pero carentes de valor práctico. Por mi parte me pronuncié por la conservación de los antiguos colores, no sólo porque, como soldado, son para mí lo más sagrado de la vida, sino también por su efecto estético ya que mejor que cualquier otra combinación armonizan con mi propio modo de sentir.

Yo mismo, después de innumerables ensayos, logré precisar una forma definitiva: sobre un fondo rojo, un disco blanco y en el centro de éste, la cruz gamada en negro. Igualmente, después de largas experiencias, pude encontrar una relación apropiada entre la dimensión de la bandera y la del disco y entre la forma y tamaño de la svástica.

Y así quedó. Inmediatamente se mandaron confeccionar brazaletes de la misma combinación para nuestras tropas de orden, esto es, un brazalete rojo sobre el cual aparece el disco blanco y la svástica negra. También la insignia del partido fue creada siguiendo las mismas directrices.

En el verano de 1920 lucimos por primera vez nuestra bandera. Correspondía admirablemente a la índole de nuestro naciente movimiento: jóvenes y nuevos eran ambos.

¡Y es realmente un símbolo! No sólo porque mediante esos colores, ardientemente amados por nosotros y que tantas glorias conquistaron para el pueblo alemán, testimoniamos nuestro respeto al pasado, sino porque eran también la mejor encarnación de los propósitos del movimiento. Como socialistas nacionales, vemos en nuestra bandera nuestro programa. En el rojo, la idea social del movimiento; en el blanco la idea nacionalista y en la svástica la misión de luchar por la victoria del hombre ario y al mismo tiempo, por el triunfo de la idea del trabajo productivo, idea que es y será siempre antisemita.³

De la transcripción hecha podemos interpretar con claridad el significado de la bandera del movimiento nacional- socialista, lo cual permite realizar un estudio adecuado de la cruz gamada es decir según el autor citado dicha cruz también simboliza la idea del trabajo productivo, mismo que será siempre antisemita, por lo cual acudir al libro y no únicamente a lo establecido en Wikipedia permite tener los elementos adecuados para precisar el elemento estudiado por la sentencia, al no realizar esta actividad se incurre en impresiones.

Pasando al análisis de fondo respecto de los derechos fundamentales en juego realizo las siguientes críticas:

Al analizar el derecho de la libertad de expresión nos indica que, al igual que cualquier otro derecho humano, no es absoluto, lo cual se significa que puede ser limitado, restringido o privado justificadamente, al respecto debo indicar que los derechos humanos se dividen en dos: relativos y absolutos, serán absolutos aquellos que no pueden ser limitados, contrario a lo que indica la sentencia criticada, en nuestro sistema jurídico existen muchos ejemplos de de-

³ HITLER, Adolf, *Mi lucha*, México, Época, 2016, p. 231. El subrayado es mío.

rechos humanos absolutos: la vida, la salud, el medioambiente sano, interés superior del menor, debido proceso, tutela jurídica efectiva, prohibición de esclavitud, etcétera.

Pero estoy de acuerdo en el sentido que la libertad de expresión no es un derecho absoluto por lo que admite restricciones, sin embargo dichas limitantes se encuentran debidamente establecidas por la propia Constitución y los tratados internacionales, en las cláusulas restrictivas que regulan el derecho a la libertad de expresión, por lo cual no es dable que los tribunales establezcan restricciones no contempladas en dichas normas, ya que de lo contrario se incumple con los principios de aplicación de los derechos humanos de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Ahora bien, como he establecido la libertad de expresión es un derecho que tienen incluso los intolerantes, es decir forma parte de la igualdad de la libertad que deben garantizar las instituciones jurídicas a todos los miembros de la sociedad, ya que la libertad de expresión es el sustento de una democracia asociativa por lo cual todos somos libres, en principio, de expresar nuestras opiniones en el ámbito público y privado, sin importar que estas opiniones sean rechazadas, odiadas, vilipendiadas por otros miembros de la sociedad, actualmente la presión a favor de la censura proviene mayoritariamente de grupos sociales que pretenden silenciar opiniones que detestan. Recordemos que en México las buenas conciencias, más de una vez, han decidido cuáles mensajes pueden llegar a la sociedad, ya que si consideran que un mensaje es contrario a su moral o puede alterar el orden público (¡Claro! Este desorden será vaticinado por la clarividencia que tienen, otorgada por sus oráculos y bolas de cristal que les permite anticipar los posibles conflictos sociales), ese mensaje debe de ser censurado e inmediatamente acallado.

Veamos por ejemplo la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, interpretada del modo que hace la Primera Sala, puede llegar a prohibir las marchas de grupos neonazis, del KKK o cualquier otro grupo con mensajes de odio, pero esa actividad desfigura la democracia, porque una mayoría de ciudadanos tiene

el poder de negar a un conciudadano el derecho de hablar cuando considera que sus ideas resultan peligrosas u ofensivas.

Me parece relevante que la sentencia indica en varios apartados la necesidad de analizar el contexto en el que se produce el discurso de odio para poder asignar su debido contenido para ello recurre a los hechos acontecidos en Alemania a principios del siglo XX, en el sistema nacional- socialista alemán; pero nunca menciona nada sobre el contexto histórico de la comunidad judía en México, en donde los ejemplos de leyes que discriminaban a dicha comunidad se encuentran en las normas virreinales que estuvieron vigentes en nuestro país impuestas por la Corona Española, producto de las ideas de la Santa Inquisición, tribunal que sí persiguió y quemó judíos en México, pero no obstante ello no se puede utilizar dicho argumento como justificativo para prohibir el uso del símbolo de la cruz católica por tratarse de un mensaje de odio.

De igual modo, la semiótica de los mensajes visuales (en este caso el tatuaje de una cruz gama) es exacerbado y mal interpretado por la Primera Sala, ya que le otorga una fuerza desmedida a dicho mensaje, puesto interpreta que con un tatuaje de 5 centímetros se puede generar un ambiente de violencia, se violan los derechos dignidad e igualdad de los demás trabajadores e incluso los hace temer por su integridad personal, creo que estas afirmaciones son, por decir lo menos, ridículas; pretenden tratar a los adultos mexicanos plenos en sus capacidades como si fueran niños de tres años que pueden ser influenciados por una imagen (un tatuaje) atrás de la oreja de una persona, es decir "...quienes comienzan por eliminar por la fuerza la discrepancia terminan pronto por eliminar a los discrepantes. La unificación obligatoria del pensamiento y de la opinión sólo obtiene unanimidad en los cementerios".⁴

Sobre el hecho de que el Estado intervenga en cuál símbolo puede una persona tatuarse en su cuerpo, opino que es una in-

⁴ Sentencia West Virginia State Board of Education v.s. Barnette 1943.

jerencia que no puede ser permitida bajo ningún argumento; la libertad individual debe ser la estrella que guíe a un Estado Constitucional. Permitir que el Gobierno nos indique que un símbolo puede ofender a un grupo de personas o que este mensaje puede llevar a otros a realizar actos violentos es menospreciar la inteligencia humana, lo cual se traduce en salir del principio rector del sueño de igualdad que ha regido movimientos contra el racismo, es decir: “No permitas que ningún hombre te haga caer tan bajo para que lo odies”.⁵

Es por ello que prohibir la exhibición de la cruz en los términos descritos por la sentencia que se analiza es un ataque directo a la democracia asociativa, debemos señalar que la Convención Europea de Derechos Humanos ha establecido lineamientos para que se revoque de manera gradual en toda Europa las leyes que en su momento penalizaron la negación del Holocausto o el uso de símbolos nazis, en virtud que dichos cuerpos normativos fueron declarados violaciones a la libertad de expresión protegida por dicha Convención, partiendo de este hecho notorio no es comprensible que en nuestro país se siga prohibiendo e intolerando estos símbolos y mensajes, que por más detestables que me parezcan creo que deben poder expresarse en un plano de igualdad de derechos.

No estoy de acuerdo con los argumentos vertidos en el sentido que un trabajador que porta una cruz gamada en su ámbito laboral el primer día que se presentó a laborar, pueda afectar de modo preponderante los derechos fundamentales de los trabajadores de la Sociedad Civil, y con ello generar un ambiente de hostilidad en el centro de trabajo, para de este modo justificar el despido de dicho trabajador, ya que fue tan corto el periodo que esta persona estuvo en el centro laboral que es improbable que se haya dado algún conato de discrepancia con los compañeros de trabajo y/o el dueño de dicha empresa.

⁵ LUTER KING, Martin, *Un sueño de igualdad*, s/l, Diario Público, 2010, p.35.

En el caso concreto se debe tomar en cuenta el prejuicio con el que se conduce la autoridad resolutora del recurso analizado porque: en primer lugar, se infiere que las personas que tengan un tatuaje el cual pueda ser interpretado como un discurso de odio, por ese solo hecho pueden ser violentas física o psicológicamente, además de representar un riesgo para sus compañeros de trabajo, y porqué no también para toda la sociedad; en segundo lugar, para establecer si se encuentra acreditado que los miembros de la sociedad civil demandada pertenecen a la comunidad judía, señala que es clara esa circunstancia porque así lo afirma la propia demandada, además se desprende de los apellidos del representante legal de la misma que claramente son de origen hebreo (como lo argumenta la sentencia de la Sala Civil al resolver el recurso de apelación ya referido [vaya cuantos estereotipos en una sola sentencia] argumentos que son retomados en menor medida por la sentencia analizada), cabe mencionar que nuestros apellidos no son elementos suficientes para establecer nuestra ascendencia, por ejemplo mis apellidos son de origen vasco y no por eso hablo euskera, uso boina y como jamón serrano (estereotipos de la comunidad española), como lo podría interpretar la Primera Sala.

Por último, el argumento vertido en el sentido que la Sociedad Civil si cuenta con legitimación para fungir como protectora de los derechos humanos de sus trabajadores es completamente inatendible además de violatorio nuevamente del artículo 1 de la Constitución Federal, el cual establece como obligación del Estado, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, por lo que de una manera arbitraria se traspasa esas obligaciones Estatales a una Sociedad Civil, para justificar el fallo.

Debe recalcar que en esta sentencia no son respetadas las presunciones legales que tiene a su favor la persona física (la libertad de expresión se presume que todas sus formas se encuentran protegidas por la Constitución), además no se respetan las cargas probatorias (la carga de la prueba de la necesidad de la restricción del derecho constitucional le corresponde a quien pretende que se realice dicha restricción), así como tampoco realiza una interpre-

tación de la norma con el principio de máxima protección y no regresión, por todos estos vicios argumentativos el test proporcionalidad en estricto sentido realizado es incorrecto.

Por el contrario me parece que existió una discriminación para el trabajador por portar un tatuaje (que representó un movimiento racista), ya que al momento de contratarlo la Sociedad Civil, no le indicó que estaba prohibido el uso de ese tipo de tatuajes en lugares visibles como requisito de contratación (lo cual también sería un acto discriminatorio) y no me parece válido el argumento de la Primera Sala en el sentido que dicho tatuaje es un discurso de odio que no merece protección constitucional ante actos de particulares que vayan en contra de su derecho de libertad de expresión.

Además que la persona jurídica demandada no es titular por sí misma de derechos humanos y, al no tener como su objeto social la protección de los derechos humanos de sus trabajadores, la Sociedad Civil no tiene legitimidad en la causa y en el proceso para defender derechos de las personas físicas que la integran; de manera que no puede admitirse la existencia de una colisión de derechos que señala la Primera Sala al resolver el asunto analizado.

IV. CONCLUSIONES

La sentencia analizada marca un hito para establecer los límites a la libertad de expresión y el derecho a la autodeterminación.

El debate sobre el uso de tatuajes y cómo se les puede considerar mensajes de odio fue abierto a partir de este fallo.

El debate de las mismas figuras desde diversos ámbitos ocasiona pluralidad de justificaciones y diversidad de motivaciones.

