

Ni censura, ni derecho al insulto: a propósito del conflicto (aparente) entre libertad de expresión y no discriminación

Luis González Placencia

¿Puede un derecho argumentarse para limitar o menoscabar otro derecho? Desde algunas perspectivas, la respuesta ha sido sí.¹ De hecho, es ésta una tensión que cruza la historia misma de los derechos humanos y que la noción de *integralidad*, como principio en la materia, no ha logrado zanjar. Esa misma tensión ha obstaculizado el reconocimiento de los derechos sociales como equivalentes a las llamadas libertades fundamentales y, más o menos recientemente, también parece oponer a los derechos basados en la no discriminación, nuevamente el peso histórico de las libertades fundamentales, en especial, el de la libertad de expresión.

Para algunos, el reconocimiento de los derechos de las mujeres, de las personas indígenas, de los miembros de la comunidad SOGI (siglas en inglés de orientación sexual e identidad de género), forma parte de una “tendencia” que habría incluso rebasado los límites de los “derechos” de los hombres, de los blancos o de los heterosexuales y que, escudada en lo políticamente correcto, termina por limitar, digámoslo así, una especie de “derecho a no

¹ Véase por ejemplo Altero y Niembro (2013); también Pino (2009), o bien Moreso (2010). Asimismo es ésta la posición de Vázquez (2016).

Ni censura, ni derecho al insulto

ser políticamente correcto” y a expresar libremente lo que de estas identidades se opina.

El interés de este texto es el de poner esta cuestión a discusión y problematizar la idea de que los derechos entran en conflicto y que, por tanto, debe necesariamente elegirse al que tenga más peso moral, histórico o jurídico. Es mi interés demostrar que, cuando se plantea un aparente conflicto de derechos, en realidad lo que hay son situaciones mal problematizadas en las que se pretende invocar de modo ilegítimo un derecho para menoscabar otro que posee legitimidad. Para ello, recorro a un conjunto de ejemplos que han alimentado polémicas recientes en las que, aparentemente, derechos relacionados con la libertad de expresión entran en conflicto con derechos relacionados con la no discriminación.

Para encuadrar la discusión, planteo a modo de contexto las tensiones que en la actual sociedad neoliberal aparecen entre libertad e igualdad y que denotan las que presumiblemente existirían entre libertad de expresión y no discriminación.² Planteo este contexto como un problema que requiere de Estado; pero de uno centrado en una idea tal de los derechos que éstos sirvan en efecto para armonizar las expectativas de protección de la dignidad humana. Por ello, presento enseguida un conjunto de premisas que extraigo del constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli y que son, en mi opinión, una guía metodológica para disolver aparentes conflictos de derechos. No pretendo abordar una discusión que tanto en la filosofía del derecho como en la teoría jurídica está abierta entre principialismo y garantismo, que requiere sin duda de mayores credenciales (*cf.* Ferrajoli, 2012; Ferrajoli y Ruiz Manero, 2014; Mora Sifuentes, 2016); mi interés se agota en presentar argumentos que funcionan para develar inequidades y abusos, donde se pretende el ejercicio legítimo de un derecho. Planteo entonces los casos, y de su análisis voy extrayendo elementos que, al reposicionar los derechos en aparente

² Un antecedente puede hallarse en Bobbio (1993). Véase también Fontaine (1986). Más recientemente este tema se ha recuperado de Foucault (2016).

Luis González Placencia

contradicción al interior de los conflictos, develan qué derechos son los que en realidad están en juego y cómo es que no sólo no hay conflicto entre ellos, sino más bien límites que dibujen claramente su ámbito de aplicación, en una lógica de complementariedad. Finalmente, a manera de conclusión, ofrezco una reflexión del espectro de protección de varios derechos y libertades, de cara al derecho a la no discriminación, sobre los casos anteriormente planteados.

Contexto: la tensión neoliberal entre libertad e igualdad

Muy a pesar de las invocaciones que en las declaraciones francesa y norteamericana del siglo XVIII se hace de ella, lo cierto es que la igualdad no ha sido cómoda para el liberalismo. Aceptar la igualdad ante la ley es una cosa, pero plantear algo así como una igualdad sustantiva resulta una cuestión muy otra. De ello se percataron desde el segundo cuarto del siglo XX liberales como Von Hayek y Von Mises, para quienes el liberalismo igualitario y la socialdemocracia debían ser considerados dentro del mismo saco en el que se coloca el totalitarismo, el socialismo y el comunismo (*cf.* Foucault, 2016). Para ellos, la igualdad es un obstáculo para la libertad, por la simple razón de que un mercado libre no sólo se basa en la diferencia, sino que la produce (véase De Lagasnerie, 2015; Brown, 2016; Foucault, 2016).

En la primera década del siglo XXI, el paulatino establecimiento de una gubernamentalidad neoliberal ha marcado cambios muy importantes que han provocado desequilibrios en las relaciones que los discursos y prácticas emancipatorias del último cuarto de siglo pasado parecían haber equilibrado. A la sociedad de perspectivas, que comenzó a instalarse e incluso a formalizarse más o menos recientemente, comienza a oponérsele un mercado de personas que gravita en torno al valor de cada una de ellas como producto, lo que implica de algún modo que el componente colectivo que ha dado fuerza política a las identidades

Ni censura, ni derecho al insulto

emancipadas sea rebasado por un nuevo individualismo en el que la identidad es sólo un ingrediente del producto, un componente que, junto a otros atributos, lo encarece o lo abarata.

Hoy, el mercado parece beneficiarse de una suerte de conservadurismo que rechaza la inclusión de identidades históricamente vulneradas porque ello implica impuestos, intervencionismo del Estado, en suma, costos sociales que la lógica del libre mercado se niega a asumir. De modo especialmente notorio, arropados detrás de movimientos que reclaman recuperar un espacio supuestamente perdido para *la familia* —que así, en singular, debe entenderse como la familia burguesa convencional formada por padre, madre y progenie— estos clamores buscan el retorno de las mujeres a sus hogares, donde, lejos de la mal llamada ideología de género, puedan volver a ocuparse de la atención debida a los ancianos y los enfermos —incluidas las personas con discapacidad— así como del cuidado y la educación de hijas e hijos; lo que por otro lado es sospechosamente paralelo a las intenciones de demonizar las escuelas públicas, los servicios públicos dedicados al cuidado y a reducir o evitar los costos que suponen los ajustes razonables o el acceso universal para quienes viven cualquier tipo de discapacidad. Bajo este discurso se argumenta que algunos colectivos y su “ideología” han arrancado a los y las hijas de sus familias, las han vuelto en su contra y de sus valores. El retorno al individualismo es parte de esa mirada neoliberal que busca desestructurar los colectivos para contribuir mejor a la conformación de un nuevo sujeto que, responsable de sus éxitos o víctima de sus fracasos, debe aprender a arreglárselas en un mundo que no va a invertir ni para construirlo, ni para rescatarlo. Tiene sentido; después de todo, socializar costos y particularizar beneficios es la máxima que esta gubernamentalidad neoliberal está imponiendo a las sociedades actuales.

En este contexto, los derechos humanos sólo admiten ser reconocidos cuando no afectan esta máxima; los demás se irán transformando de acuerdo con otra máxima del orden neoliberal: lo que se puede vender, se puede comprar y, por tanto, no hay que otorgarlo, hay que venderlo. Así creo que se explica la degrada-

Luis González Placencia

ción que actualmente presenciamos de los derechos sociales a su dimensión de servicios, cuya calidad depende de su asequibilidad, la que depende a su vez de su precio. Y así también, peligrosamente nos aproximamos a un momento en el que el valor de las personas depende no de su identidad o dignidad, sino de sus credenciales, de las etiquetas que puedan ostentar dentro de un mercado de competencias que terminará configurándonos a todas y todos, asimismo como mercancías.

Desde finales del siglo XIX y durante buena parte del XX, el problema de la igualdad se resolvió de un modo tan creativo como eficiente, mediante la construcción de un parámetro de normalidad que, basado en el conocimiento científico, volvió a las personas desiguales, mediante la construcción de conceptos como el de *anormalidad*, *desviación* o *vulnerabilidad*; ello hizo de la desigualdad un dato científico sobre el que se construyó toda una gramática que normalizó la discriminación y vulneró a quienes poseían identidades o vivían en situaciones apartadas de la media. El último cuarto del siglo pasado vio emerger estas identidades, las vio emanciparse y reivindicar su dignidad, desde la exigencia de cuotas y acciones afirmativas hasta la positivación de sus luchas en derechos.

Pero hoy, a la pretensión de las cuotas, las acciones afirmativas o los derechos, se les oponen criterios comerciales que segmentan a las personas en un mercado que las tiene disponibles casi para todo, en distintas calidades y precios. Michael Sandel (2013) ha documentado una importante lista de bienes que antes estaban sustraídos del mercado y que ahora se venden al mejor postor; entre ellos, un *stock* de personas que se ofrecen para hacer filas, donar tejidos u órganos, para probar tratamientos y, desde luego, también para el sexo. En la lógica neoliberal, si el único recurso que poseo es mi cuerpo, mi propiedad sobre él me autoriza usufructuarlo. Y aunque esto es mucho más notorio en el ámbito de la servidumbre que hoy da vida a la trata de personas con fines laborales y sexuales, también aplica a lo que, simbólicamente, el cuerpo representa como inversión: la cirugía estética o el culturismo físico, por un lado, y la educación formal, por el otro. Hoy

Ni censura, ni derecho al insulto

sabemos que la apariencia física, el fenotipo, es variable independiente en los procesos de contratación, y que la educación universitaria ha cedido el paso a otros criterios que son afines a la estratificación social pues en las escuelas de marca no se estudia, se socializa y se aprende a dirigir a los profesionales que, más que conocimientos, adquieren competencias en las universidades públicas. La libertad, entendida en términos llanos como libertad para vender y libertad para comprar, está sin duda en conflicto con la igualdad.

Por ello es que la discusión sobre un Estado que interviene a través de los derechos para evitar que la libre empresa produzca estas desigualdades no es cosa menor. Como es sabido, a diferencia del liberalismo del *laissez faire* que exigía un Estado retraído a su función de policía, el neoliberalismo reclama un Estado presente, mínimo pero presente y proactivo, que de policía ha pasado a gerente de las condiciones para el buen desarrollo del libre mercado. En sus expresiones más brutales, este Estado gerente se ha mantenido ahí para desplazar comunidades originarias a favor de megaproyectos industriales, comerciales y turísticos, así como para privatizar lo público. Y quizá en ese mismo sentido habría que leer su aquiescencia frente a la violencia comunitaria de género, la homofobia y el racismo.

De ahí que inclinarse por reconocer unos derechos y no otros, o aceptar que unos tienen más peso sobre otros, implica en los hechos colocarse en la línea de aceptar que hay diferencias sustantivas entre la libertad y la igualdad, lo que no solamente deja en indefensión a quienes son desiguales sino, de hecho, contribuye con la construcción de relaciones de dominio y de explotación de éstos últimos frente a quienes les han restado valor o de plano les han puesto precio.

Los casos que han alimentado las polémicas recientes a las que me refiero en este texto son sintomáticos de este contexto y, en sentido positivo, constituyen una oportunidad para profundizar la discusión y para establecer estándares en los que el discurso de los derechos se justifica como necesario porque funciona, no como censura, sino como límite a los poderes fácticos. Después

Luis González Placencia

de todo, las opiniones también juegan en el mercado simbólico de las ideas y tienen una función constitutiva, por lo que no se las puede considerar inocuas; no puede admitirse que se emitan sin que el emisor se haga cargo, para bien o para mal, de sus consecuencias.

Encuadre teórico: las condiciones de armonía formal entre libertad e igualdad en el Estado constitucional de derecho(s)

Es mi convicción que un modelo de Estado que rinde tributo a los derechos debe tener límites claros respecto de otros horizontes normativos —como el derecho mismo— y desde luego con la moral, la ciencia, la tradición, etc. Reconozco ese modelo en lo que Ferrajoli ha denominado *Estado constitucional garantista*, basado en un conjunto de premisas que el autor ha explicado de modo extenso desde *Derecho y razón* (1995), y luego reiterado y aclarado a lo largo de toda su obra (2004, 2006, 2008, 2011) hasta *Principia iuris* (2014). Como él mismo ha sostenido, la configuración de su modelo jurídico de Estado tiene correspondencia también con un programa político que el propio Ferrajoli endereza contra las tendencias que observa en lo que, frente al mercado, ha ocurrido con el Estado italiano y que reconoce más ampliamente en sus discusiones respecto a la globalización. Como anuncié, de Ferrajoli extraigo un conjunto de argumentos que considero necesarios para construir mi posición frente al problema que más arriba he planteado y que expongo brevemente enseguida, primero para mostrar que la legitimidad del Estado constitucional radica en el carácter de los derechos como límites y, después, que la legitimidad de los derechos deviene de sus propios límites.

Ni censura, ni derecho al insulto

Los derechos fundamentales como límites y la legitimidad del Estado de derechos

Donde hay un poder, constituido o fáctico, hay potenciales víctimas y potenciales victimarios. Ello es así, básicamente, por dos razones: o bien porque se abusa de ese poder o bien porque no se lo ejerce debida o legítimamente. Que el potencial de victimización se realice depende entonces del uso indebido o ilegítimo de ese poder —ya sea por acción abusiva o por omisión del ejercicio debido— lo que entonces genera violencia. Una organización social que se preocupa por reducir la violencia hace necesario que quienes son potenciales víctimas tengan la expectativa de no serlo y quienes son potenciales victimarios reconozcan y respeten límites.

Formalmente hablando, un Estado constitucional como al que aspiran las naciones contemporáneas debería preocuparse por reducir la violencia y, por tanto, por propiciar la existencia de aquellas expectativas, de los correspondientes límites y de su respeto. En tanto que históricamente el Estado mismo ha sido una concentración de poder —y además una concentración de concentraciones de poder—, un Estado constitucional no se agota en el sometimiento de los poderes bajo su jurisdicción, sino que se auto somete, disciplina su propio poder, porque es de ahí de donde extrae su legitimidad para el sometimiento de otros poderes. Ello ocurre mediante el establecimiento del orden jurídico constitucional que, en tanto impuesto por el Estado incluso para sí mismo, es el que mayor formalidad representa y, por tanto, el que implica una exigencia de obediencia y respeto mayor, cuya inobservancia supone incluso sanciones que el propio Estado está obligado a imponer e imponerse. Otros órdenes normativos, como el ético o el moral, el socio-cultural, el económico o los llamados sistemas normativos internos —o de usos y costumbres— que también son fuente de poderes, sólo pueden convivir *dentro* del régimen constitucional y siempre que se sujeten a sus límites. En otras palabras, no pueden estar por encima del régimen constitucional porque entonces este último quedaría sometido a aquel que lo supera, sin legitimidad.

Luis González Placencia

A las expectativas jurídicas de no ser víctima de un abuso de poderes positivadas en las constituciones las llamamos *derechos fundamentales*. Los límites jurídicos a esos poderes, cuando se trata de poderes establecidos se garantizan mediante el cumplimiento de obligaciones y, cuando se trata de poderes fácticos, sólo pueden ser establecidos mediante compromisos de no vulneración, que serán éticos, morales o sociales, según el tipo de orden normativo del que se trate.

En una formulación sencilla, este cuadro —derechos fundamentales, garantías, obligaciones y compromisos de no vulneración— da forma, en efecto, a un modelo de organización jurídica y política —el Estado constitucional de derecho(s)— que funciona como un sistema de pesos y contrapesos en el que se reconoce que las relaciones humanas son asimétricas y que están atravesadas por el ejercicio de poderes; pero reconoce además que, en nombre del valor que, al menos desde 1948 la comunidad internacional ha dado a la dignidad humana, esas asimetrías merecen ser compensadas y, desde luego, no incrementadas.

Una mirada a vuelo de pájaro a los derechos que hoy reconocemos como fundamentales en las constituciones contemporáneas deja ver con claridad su origen en relaciones asimétricas y su culminación como normas positivas de reivindicación. Así, las llamadas *libertades fundamentales* se construyeron como inmunidades de los ciudadanos burgueses frente al poder que para esta naciente clase social representaban los Estados absolutistas. Más tarde, los llamados *derechos sociales* se hicieron valer de cara al poder predatorio del capitalismo y del mercado, como garantía de inclusión social para el proletariado y las clases socialmente desplazadas a través del acceso a la educación, la salud y el trabajo decente. Hacia finales de siglo, vimos emerger otro conjunto de derechos nacidos del reconocimiento de identidades históricamente vulneradas, debido a su sexo, su edad, a su orientación sexual, su raza o su funcionalidad corporal, por otras identidades siempre consideradas biológica, psicológica o moralmente superiores. En todo caso, en esta historia es posible identificar denominadores comunes: 1) entidades que detentan poder (el

Ni censura, ni derecho al insulto

Estado, las clases dirigentes, las identidades que se consideran superiores); 2) relaciones asimétricas de dominio con 3) sujetos sometidos a esos poderes (la ciudadanía, las clases subalternas, las identidades vulneradas) y 4) bloques o conjuntos de derechos humanos asociados a esas relaciones entre quienes detentan poder y quienes están sujetos al mismo (libertades fundamentales, derechos sociales, derechos de solidaridad) que sirven a los fines de la deconstrucción de esas asimetrías y a la emancipación de los sujetos a ellas sometidos.

De ahí que se pueda afirmar, con fundamento en la historia misma de estas asimetrías, que donde hay un poder, constituido o fáctico, se necesita un derecho fundamental como límite y, en consecuencia, para que la expectativa que ese derecho representa tenga sentido, se requiere también del establecimiento de obligaciones y compromisos de no vulneración que puedan ser exigidos mediante garantías jurídicas. Es así que los derechos legitiman al Estado, al constituir los límites a los poderes, no para exterminarlos, sino para contenerlos, de un modo tal que todos tengan espacios de expresión de acuerdo con las reglas que estos mismos derechos son y, al mismo tiempo, para que ninguno prevalezca sobre los demás. Por ello la importancia de una esfera pública que, siendo de todas y de todos es al mismo tiempo de nadie, garantiza el espacio real y simbólico en el que, a través de los derechos, armonizan la multiplicidad de intereses, expresiones, creencias, identidades, posiciones morales y estilos de vida que dan forma a las sociedades contemporáneas.

Los límites de los derechos fundamentales y su propia legitimidad

Coincido con la definición de los derechos fundamentales como normas, universales, indisponibles, téticas y verticales que positivan expectativas de prestación o de no lesión adscritas a las personas por la Constitución. Asumo, por tanto, que de estas características se derivan, respectivamente, su jerarquía jurídica

Luis González Placencia

frente a otras normas, su potencial de inclusión, la sustracción de sí mismas de los intereses privados o particularistas (la política, el mercado o las identidades vulnerantes) su incondicionalidad y su carácter obligatorio. De igual forma, creo que de esta estructura jurídica de los derechos es posible derivar una definición política de los mismos, que les otorga sentido como herramientas *políticas* de emancipación e igualdad. Así, es posible derivar su potencial de emancipación en la medida en la que, al estar sustraídas de los intereses privados o particularistas, lo están también de los poderes que éstos representan, lo que de algún modo les otorga una posición de contra-poderes, que es correlativa de la libertad y que se afirma por su verticalidad. Enseguida, su potencial de inclusión y su condición de normas téticas permiten derivar asimismo su rasgo defensivo. Por una parte, su potencial de inclusión, que es correlativo de la igualdad, revela el compromiso con la identificación de las asimetrías de poder presentes en las relaciones sociales y, por otra parte, su incondicionalidad como normas téticas transforma ese compromiso en obligaciones de reducción o eliminación de esas asimetrías. En este sentido es que se puede afirmar que los derechos fundamentales poseen en su estructura un gen de libertad que se expresa en su potencial de emancipación y un gen de igualdad que lo hace en su potencial de inclusión. Así, derechos fundamentales sólo pueden serlo si, además de su estructura jurídica, son políticamente necesarios para liberar e igualar. En condiciones de normalidad democrática este proceso es infinito en la medida en la que los poderes fácticos producen desigualdad y los poderes constituidos les imponen derechos. Es en este punto donde libertad e igualdad armonizan: los derechos como libertades para producir igualdad: igualdad de agencia y representación como la conseguida por los derechos políticos y las libertades fundamentales, igualdad material como a la que aspiran los derechos sociales e igualdad de valor identitario como la que buscan los derechos de solidaridad o no discriminación. Desde esta perspectiva la libertad no es un derecho si se la invoca para producir desigualdad, como de facto ocurre con la libertad de mercado que está destinada a producir des-

Ni censura, ni derecho al insulto

igualdad; como tampoco la igualdad es un derecho si se la invoca para cancelar la libertad, como se ha pretendido en los regímenes totalitarios que, en el ideal de ser todas y todos iguales, deja sin sentido a los derechos.

En mi opinión, es de esta condición necesaria de donde extraen los derechos su legitimidad, de ahí es que pueden ser considerados como normas sustantivas a las que deben subordinarse otros órdenes normativos —como la moral, la religión o la cultura—, las políticas institucionales y las públicas, así como las prácticas sociales. Es por ello también que su aplicación debe ser obligatoria y no puede estar sujeta a condiciones o a interpretaciones que las vinculen con intereses privados o particularistas. Los derechos fundamentales son condición de equilibrio, si lo que se busca es, en efecto, la reducción de la violencia. Con esto queda claro que los derechos fundamentales siempre son para las víctimas, reales o potenciales, y nunca pueden ser invocados por quienes son sus victimarios, reales o potenciales. Es necesario invocarlos sólo cuando se requiere reducir o eliminar una asimetría y nunca para perpetuarla o incrementarla. Son legítimos sólo cuando se los utiliza como límite al poder, nunca para justificar el uso ilegítimo o indebido de este último.

Pero es también de esa necesidad de la que se deriva el límite de los derechos fundamentales, pues éstos dejan de serlo cuando no son necesarios: si el resultado del ejercicio de un derecho constituye un acto vulnerante de otros derechos, si implica la perpetuación o el incremento de la asimetría —o la producción de desigualdad—, si genera exclusión, en suma, si produce violencia, ello quiere decir que, en el momento mismo en el que comenzó a producirse ese resultado, se cruzó el límite del derecho. Se dejó de ejercer un derecho para entonces cometer, dependiendo del acto, una falta —cívica, moral, ética o social— una infracción o incluso un delito.

Luis González Placencia

Análisis de casos: ¿existe el conflicto de derechos?

Llegados a este punto es necesario dilucidar si existe conflicto entre los derechos relacionados con la libertad de expresión y con la no discriminación. De entrada, diré que, invocando esta genética de los derechos, si se reconoce que, en su estructura, su potencial de emancipación y su potencial de inclusión son correlativos —de modo que uno pierde sentido sin el otro— y que esa correlación es condición necesaria, constitutiva del componente político de un derecho fundamental, no hay manera de establecer una jerarquía sustantiva entre los derechos: al mismo tiempo que expectativas jurídicas de no lesión o de prestación, los derechos fundamentales son también expectativas políticas de emancipación y de igualación, que responden a todas las situaciones en las que un poder, constituido o fáctico, es ejercido en exceso o indebida o ilegítimamente. Para decirlo de otro modo, todos los derechos fundamentales poseen el mismo valor de cambio, aunque su valor de uso depende de las circunstancias.

Por tanto, los derechos fundamentales no se invaden, no se estorban y no se oponen entre sí. En el momento en que invaden el ámbito de otro derecho dejan de serlo para convertirse en transgresiones que constituyen faltas de respeto, faltas administrativas e incluso delitos. De ahí que, si es válido decir que los derechos se limitan frente a otros derechos, no puede aceptarse que se afirme que un derecho vence a otro, en una situación de conflicto o de competencia. Más bien, es posible que quien juzga una determinada situación confunda los derechos que aparentemente entran en conflicto y equivoque, por tanto, su apreciación.

Un primer ejemplo de esta situación lo constituye el caso del presidente de una institución pública de quien se filtró a los medios de comunicación una conversación telefónica privada en la que se mofó de uno de los interlocutores con quienes había tenido una reunión previa, aludiendo a su forma de hablar. La conversación la estaba teniendo con el Secretario Ejecutivo de ese órgano —lo que significa que ambos eran servidores públi-

Ni censura, ni derecho al insulto

cos— y el medio utilizado era asimismo un teléfono celular con cargo al erario público. Burlarse de otra persona por una característica constitutiva de su ser es una forma de discriminación; de eso no queda duda. La pregunta es si la prohibición de expresar comentarios discriminatorios alcanza a una conversación privada y, en su caso, si el carácter de servidor público que habla con otro servidor público a través de un medio público, torna la conversación privada en un asunto de interés público.

Sin duda, este caso no puede ser representativo de un conflicto de derechos porque el funcionario público en cuestión no estaba ejerciendo un derecho; desde luego no los derechos a la libertad de opinión o de expresión. No estaba opinando, se expresó de forma discriminatoria de una persona y eso está prohibido por la Constitución, que en el último párrafo del artículo primero se dirige a todas y todos los habitantes y transeúntes del país para proscribir la discriminación. Más aún, para el susodicho, en tanto que servidor público, esa prohibición es reforzada porque además está obligado por la misma Constitución a respetar, proteger, promover y garantizar los derechos humanos. Aunque él pudiera alegar el ejercicio de su derecho a opinar, en el momento en el que su opinión adquirió un contenido discriminatorio dejó de estar protegida por un derecho para convertirse en una falta.

Sin embargo, resulta que aquí entra en juego un tercer derecho: el derecho a la privacidad, que además se expresa en la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.³ ¿Hay un conflicto entre este derecho y el derecho a no ser discriminado? Tampoco lo hay. El derecho a la privacidad es, por así decirlo, un derecho que en sentido positivo funciona como una libertad y en sentido negativo, como una inmunidad. Del sentido negativo me ocuparé más adelante, de modo que, por ahora, diré que el sentido positivo del derecho a la privacidad, como libertad, tiene razón de ser sólo si aceptamos que, salvo en el caso de la comisión de un delito o el daño objetivo a terceros, las y los ciudadanos estamos

³ Sobre el derecho a la privacidad, puede verse García Ricci (2013); sobre la inviolabilidad de comunicaciones privadas, véase la tesis 161334 (scjN, 2011: 221)

Luis González Placencia

autorizados a expresar pensamientos e incluso realizar acciones que en lo público podrían estarnos proscritas, si lo hacemos en privado; y ello alcanza también a las y los servidores públicos.

El potencial emancipatorio de este derecho protege a las personas de formas de censura que pretendan eliminar o sancionar expresiones o actos que, aunque otros consideran inaceptables —e incluso uno mismo puede considerar inadmisibles cuando son realizados por otros o nosotros mismos en el ámbito público— pueden aceptarse mientras no causen una afectación a terceros. Gracias a este derecho a la privacidad podemos tener vida privada y, en su seno, expresar lo que visceralmente pensamos de las y los demás, proferir malas palabras e insultos, drogarnos, tener prácticas sexuales de todo tipo, entre muchos otros comportamientos que no tendríamos en público o que no aceptaríamos fácilmente que otros tuvieran públicamente. En buena medida se trata de actos que no son racionales, sino que responden a emociones, lo que significa que no necesariamente o sólo en menor medida son filtrados por la razón. El derecho a la privacidad implica un espacio de inmunidad en el que podemos ser quienes somos, sin estar obligados a pensar antes de hablar o de hacer.

Es claro que este derecho aplica también a situaciones, expresiones y comportamientos colectivos, siempre que ocurran en el círculo de lo que es privado. Una conversación telefónica es un buen ejemplo, así como una charla con amigos o familiares; hoy podríamos incluir ahí también prácticas como el *sexting*, los clubes de *swingers* y en general todos aquellos casos que, como dije, no constituyen delitos o afectaciones a terceros.

Por otra parte, su potencial de inclusión implica que nadie puede ser objeto de excepciones, razón por la cual, a menos que haya elementos fundados para que un juez autorice la intervención de una comunicación, nadie —y eso incluye a las y los servidores públicos— puede ser molestado en su vida privada, o ser intervenido en sus comunicaciones personales. Hacerlo, de hecho, constituye un delito. La vida de las y los servidores públicos está plagada de límites en la esfera pública, por lo que este

Ni censura, ni derecho al insulto

derecho a la privacidad es el que les permite ser iguales a las y los demás en el ámbito íntimo.

Finalmente, podría haber quien argumente que el uso de un teléfono que se paga con recursos públicos vuelve público un asunto privado y que entonces el derecho a la privacidad no puede ser invocado. En mi opinión, no puede perderse de vista que la publicidad de la conversación en cuestión es producto de un delito, lo que anula este argumento; pero suponiendo sin conceder que alguien considerara que el uso de ese teléfono, pagado con recursos públicos, constituye una falta sancionable, entonces habría que justificar la sanción por el mal uso de un recurso público, sin considerar los contenidos de la conversación, pues el hecho de sancionar lo primero no autoriza de ningún modo lo segundo.

En suma, no hay conflicto de derechos porque el único derecho en juego en este caso es el derecho a la privacidad y, de forma más precisa, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, garantizados ambos por el artículo 16 constitucional. Como he dicho, el servidor público invocado en esta situación no estaba ejerciendo un derecho, ciertamente estaba discriminando a alguien, pero no hacerlo públicamente le exime de la prohibición, no porque tenga derecho a discriminar, sino porque su derecho a la privacidad le permite, si ello no produce perjuicios a terceros ni constituye un delito, ser emocional. El límite al derecho a no ser discriminado lo pone el derecho a la privacidad. No es que este último pese más que el primero, sino que, en una situación que no es pública, el derecho a no ser discriminado simplemente no tiene valor de uso, porque, a menos que se viole el derecho a la privacidad, el agravio a un tercero nunca ocurrirá.

Un segundo caso tiene que ver con la renuncia obligada del director de la televisión pública de la Universidad Nacional Autónoma de México (TV UNAM), quien expresó en un periódico comercial para el que escribe, como periodista y comunicador que es, comentarios clasistas sobre una figura de culto popular, fallecida el día anterior a la publicación de su nota. Como era de esperarse, su posición generó una gran cantidad de críticas de los *fans* de la desaparecida estrella, aludiendo a que su rol como

Luis González Placencia

director de la emisora de la principal universidad pública del país le exigía guardarse su opinión. El asunto llegó a tal grado que, en un hecho sin precedente, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) dictó medidas cautelares al periodista. La presión pública exigió su destitución y, frente a ella, él mismo decidió renunciar.

Éste es un caso en el que la censura social motivó una injustificada censura institucional y una innecesaria renuncia. En él, el periodista estaba ejerciendo el derecho a la libertad de expresión, como libertad de prensa. Aun cuando se trataba de un funcionario público, al divulgar su nota en un medio privado, estaba ejerciendo su profesión como periodista y no su función como director de TV UNAM. De hecho, hizo una narración de sí mismo, describió cómo se sentía frente al fenómeno que representaba aquel cantante popular y, aunque ciertamente sus comentarios eran clasistas, representan el tipo de opiniones que un periodista puede expresar, protegido por la libertad de prensa, sobre un personaje público. Lo más importante en este asunto es que en la misma nota estaba anunciando un homenaje que la televisión a su cargo haría, lo que muestra que sus propias opiniones no estaban interfiriendo con su función pública.

Esta última cuestión me parece muy importante porque puede aplicarse en este punto el equivalente que en el derecho penal se hace entre el derecho penal de acto y el derecho penal de autor, que significa que a las personas hay que juzgarlas por lo que hacen y no por lo que son. Ello nos permite distinguir entre la persona y la función; y avanzar con ello en una dirección que permite, a su vez, poner distancia entre la vida personal, el carácter o la moral de una persona en lo privado, y su desempeño como servidora pública. No es incongruente, como podría pensarse, en primer lugar, porque ello ha sido una consecuencia de la separación ilustrada entre derecho y moral, que en este caso implica que, si bien es cierto que a un servidor/a público/a debemos exigirle que sea una persona proba, también lo es que no hay base alguna para obligarle a ser una persona “decente”, “una buena persona” o nada que se le parezca en lo privado, siempre que esos

Ni censura, ni derecho al insulto

rasgos no influyan en su función pública. Así que, si como periodista podría cuestionársele haber sido clasista, como servidor público actuó correctamente.

En segundo lugar, si bien es cierto que el párrafo último del artículo primero de la Constitución, que es el que prohíbe la discriminación, se refiere a todas las personas, habitantes y transeúntes del país, también lo es que, aunque siempre será deseable que el ciento por ciento de ellas y ellos sean respetuosos de la diversidad y no discriminen, este ideal no puede ser más que una directriz de comportamiento que opera como una suerte de advertencia que, en función de otros derechos, admite grados de permisión. En línea de principio, lo cierto es que el último párrafo del artículo primero constitucional sólo puede aspirar a motivar compromisos de no vulneración que inhiban que una persona que habitualmente es clasista, racista o discrimina, lleve a cabo actos de esta naturaleza; pero, so pena de ser ella misma una forma de censura, la Constitución no puede prohibir un pensamiento clasista, racista o discriminatorio. Ello opera como un primer círculo de permisión que, por mor de la libertad de pensamiento, protege cualquier figuración, incluso si ésta implica, por ejemplo, pensar en cometer un delito. Enseguida, como lo demuestra el primero de los casos aquí presentados, el derecho a la privacidad permite incluso que algunos de esos pensamientos puedan ser expresados o ejecutados en lo privado, siempre que no impliquen un daño a terceros, lo que constituye un segundo círculo de permisión. Un tercer círculo de permisión se genera desde el derecho a la información, cuando el sujeto sobre quien se expresa una opinión es una persona pública, como es el caso de un político o un ídolo popular, cuya exposición al público, por efecto de la fama, la propaganda o la obligación de rendir cuentas, laxa el estándar de privacidad, en la medida en que es posible probar que sus vidas, sus propiedades y sus acciones son asuntos de interés público. Pues bien, sobre la libertad de pensamiento, el derecho a la privacidad y el derecho a la información, la libertad de prensa constituye un cuarto círculo permisivo, que autoriza la publicación libre de opiniones, en tanto no produzcan o repro-

Luis González Placencia

duzcan discursos de odio, inciten a la violencia o constituyan un delito. Como puede verse, esta libertad se refuerza entonces si, además de tratarse de una opinión protegida por la libertad de prensa, ésta versa sobre un personaje público.

De hecho, el potencial emancipatorio del derecho a la libertad de prensa protege a las personas que la ejercen contra toda posible censura, sin más límite que su propia prudencia o bien, el que impone la aceptación o tolerancia de quien lee, mira o escucha sus opiniones. En otras palabras, este derecho implica que es sólo quien ejerce esta libertad quien puede ponerle límites, en el entendido de que, si el contenido de lo expresado no es aceptado por los interlocutores, éstos tienen la libertad correlativa de replicar o, en último caso, de ignorarle. Siempre se podrá cambiar el canal, la estación de radio o evitar el diario en el que un periodista expresa opiniones que no compartimos, y hoy todos los medios cuentan con mecanismos más o menos efectivos para que el público manifieste sus desacuerdos.

El potencial de igualación de este derecho le garantiza a quien lo ejerce no ser excluido de la posibilidad de opinar en condiciones de acceso igualitario a los medios de comunicación masiva, tal como lo haría cualquier otro periodista. Así como he planteado que este potencial de igualación, en el caso anterior, da a las personas servidoras públicas el derecho a ser iguales a las demás personas en la privacidad, así también considero que, en este caso, en el que está en juego la libertad de ejercer la profesión cuando ello es compatible con el cargo público que se ejerce, da a un servidor público que funge en su tiempo libre como periodista, los mismos derechos que tiene cualquier otro periodista en ejercicio privado de esa función. En un caso como el presente, dado que el periodista dispone de tiempo libre —las horas previas y posteriores a su jornada laboral, los fines de semana y las vacaciones— para escribir y publicar como lo ha hecho antes, lo hizo mientras y sigue haciéndolo después de haber ejercido como funcionario universitario, y que las fuentes de ingreso que obtiene por ambas labores son totalmente independientes —una es pública, la otra privada— no hay incompatibilidad ninguna

Ni censura, ni derecho al insulto

entre ambas funciones y, por tanto, tampoco hay razón alguna para suponer que, mientras no se demuestre un conflicto de interés, una persona funcionaria pública como quien protagoniza este ejemplo, este inhabilitada para ejercer su profesión, con todos los derechos con los que lo haría cualquiera otra persona profesional de su ramo.

En suma, tampoco aquí hubo conflicto de derechos, sino más bien censura; y una más elusiva y difícil de probar, pero indudablemente cierta, interferencia en la libertad del periodista para desempeñar el cargo público que había aceptado. La supuesta protección contra la discriminación, al traspasar el límite del derecho a la libertad de prensa, deja nuevamente de representar el ejercicio de un derecho y se revela, al contrario, como un acto vulnerante.

El tercer caso que quiero colocar es muy similar al anterior, aunque tiene consecuencias distintas. Se trata de las expresiones misóginas proferidas por un líder del movimiento estudiantil de 1968 en torno a la violación de la que fue objeto una joven en el estado de Veracruz. Lo hizo en su propio programa, transmitido a través de Radio UNAM. El caso generó otra fuerte polémica, en el centro de la cual, el programa fue cancelado y, en consecuencia, su titular, el líder estudiantil, fue cesado en su función como locutor de esa emisora. De forma desafiante, y ante las imputaciones públicas que se le hicieron, este último no sólo no intentó justificar sus dichos —que por lo demás quedaron grabados— sino que además los ratificó públicamente en varias ocasiones. Quizá por ello se habló incluso de separarlo también de las funciones que como docente desempeñaba en la Facultad de Economía de esa casa de estudios. Cabe señalar que el personaje de esta historia falleció a los pocos meses de este incidente.

¿Estaba el líder estudiantil ejerciendo su derecho a la libre expresión? ¿Podría decirse, incluso, que como en el caso anterior, se trataba de expresiones protegidas por la libertad de prensa? En primeros pensamientos la respuesta podría ser sí; sin embargo, la naturaleza del medio en el que estas declaraciones fueron hechas, la investidura de quien las realizó y el carácter privado

Luis González Placencia

de la persona sobre la que se emite la opinión, condicionan la respuesta. Radio UNAM es un medio público que forma parte de una institución pública y, de hecho, la representa. Como tal, la UNAM y su emisora están sujetas al régimen constitucional que obliga a las y los servidores públicos a respetar, proteger, promover y garantizar los derechos humanos, lo que, en una interpretación armónica de los párrafos tercero y quinto del propio artículo primero constitucional, le prohíbe discriminar. Esta prohibición alcanza a quienes son responsables de las emisiones que se transmiten por la radio universitaria pues están ejerciendo un servicio público, y ello les convierte en sujetos de las obligaciones antedichas. En este caso, el líder universitario del que hablamos era el titular de la emisión y debió estar al tanto de estas restricciones. Aun si se pretendiera argumentar que no recibía un salario y que, por tanto, no era un servidor público, estaba ejerciendo una función pública y es eso lo que resulta relevante. Finalmente, a diferencia del caso anterior, en éste, la chica sobre la que se emitieron los comentarios misóginos no era una persona pública.

En sentido inverso al modo en que los derechos de las personas operan como círculos de permisión en el caso anterior, en el presente asunto son las obligaciones de las personas servidoras públicas las que constituyen círculos de restricción: en primer término, no puede haber censura cuando previamente el marco constitucional de derechos constituye una prohibición institucional de su violación y, en consecuencia, también de la discriminación. En otras palabras, las instituciones tienen constitucionalmente prohibido discriminar, lo que constituye un primer círculo de restricción. Enseguida, si bien es cierto que, quien siendo invitado y opina a través de un medio público está protegido por la libertad de expresión —lo que significa que callarle del modo que fuere, sí que constituiría un acto de censura, en la medida en la que la institución no puede hacerse cargo de las opiniones emitidas por quienes son invitados a sus eventos y emisiones— también lo es que, si como en el presente caso, quien opina representa a la institución, entonces la prohibición institucional se concreta, en un segundo círculo de restricción, en

Ni censura, ni derecho al insulto

quien ejerce una función pública. El titular de esa emisión, con sus declaraciones, transgredió ese marco constitucional y provocó que, institucionalmente, la UNAM lo hiciera. Cabe señalar que el mismo artículo primero constitucional exige a las autoridades que en el ámbito de sus competencias investiguen, sancionen y reparen los daños en casos de violaciones consumadas a los derechos humanos, por lo que esa institución universitaria hizo lo correcto al cancelar la emisión, como una forma de garantizar la no repetición de la violación y en separar de su planta de locutores a su titular, como una forma de sanción. Seguramente la evidencia pública de las expresiones y la ratificación que el propio autor hizo de las mismas fueron un factor para obviar la investigación. Lo anterior significa que estos actos institucionales de sanción y reparación no constituyen censura.

Finalmente, el carácter privado de la persona sobre la que se emitieron los comentarios misóginos implica un tercer círculo de restricción, pues al contrario de lo que sucede con los personajes públicos, meterse con la vida privada de las personas exige cuidados extremos para evitar incurrir en la vulneración de su dignidad o de su intimidad. Es en este punto donde emerge el sentido negativo del derecho a la privacidad, que funciona en este caso como una inmunidad que protege a las personas de los juicios de terceros sobre su forma de vida, su identidad, su sexualidad, su moralidad o religiosidad y, en general, sobre cualquier aspecto de su dignidad. En el caso de una institución pública, la obligación de no discriminar se refuerza, por lo que sus políticas institucionales y públicas, así como su trato a las personas, deben respetar, proteger, promover y garantizar su dignidad y nunca demeritarla; para una persona servidora pública esta obligación es entonces triple, pues la tiene como persona, como garante institucional y como funcionaria/o del Estado.

Como puede observarse, en este caso tampoco hay un conflicto de derechos pues los únicos derechos que había que proteger eran los correlativos a las obligaciones institucionales de Radio UNAM. Su locutor incumplió esas obligaciones y con sus expresiones simplemente no ejerció sus derechos, sino que violó

Luis González Placencia

los de otra persona. Radio UNAM, por tanto, no cometió censura; cumplió con sus deberes constitucionales.

Hasta este punto es posible sistematizar, a partir de figuras de círculos concéntricos, permisiones y restricciones alrededor de la prohibición constitucional a la discriminación: hacia arriba, las permisiones operan en beneficio de la libertad de pensamiento, el derecho a la privacidad en sentido positivo, el derecho a la información y la libertad de prensa; hacia abajo, las restricciones hacen más estricta la obligación de no discriminación, a través de la prohibición institucional de discriminar, de las obligaciones de las y los servidores públicos frente a los derechos y del derecho a la privacidad como inmunidad. Con este esquema a la vista, es posible observar que ninguno de estos derechos fundamentales entra en conflicto con otro; de hecho, armonizan y se potencian a través del reconocimiento mutuo de los confines que existen entre ellos. Aquí radica, me parece, la integralidad de los derechos. En otras palabras, no es que un derecho pese o valga más que otro derecho, sino que cada uno cobra sentido en función de la situación y desde la perspectiva en la que *son necesarios*.

El último caso es, me parece, el más polémico. Se trata de una situación en la que un taxista gritó “guapa”, desde la ventana de su vehículo, a una mujer, tuitera y periodista con fama en las redes sociales, que transitaba por la calle. Ella se sintió agredida y, sabiendo que en la Ciudad de México los insultos constituyen faltas administrativas que se sancionan con multas o arrestos, lo denunció ante un agente policial que les remitió con un juez cívico. Este último impuso una multa al taxista quien, falto de recursos económicos, debió someterse a un arresto administrativo que lo llevó a dormir en una celda al menos una noche. También fue éste un caso polémico, que no estuvo exento de violencia. En principio, es necesario hacer notar el contexto subyacente al suceso, que hace de la Ciudad de México el espacio de mayor violencia comunitaria de género en el país. Este dato no es menor, pues implica que un número importante de mujeres viven, varias veces durante cada día, distintos tipos de violencia que van desde los llamados *piropos* hasta los tocamientos forzados

Ni censura, ni derecho al insulto

y la violación, tanto en las calles como en el transporte público. Enseguida, porque la reacción ante la denuncia por ella realizada fue interpretada como el abuso de un derecho. Se dijo que, por tratarse de una mujer famosa y empoderada, ella había abusado de un hombre pobre que sólo quiso halagarla. La virulencia en las redes se mantuvo durante semanas y provocó que muchas personas, hombres y mujeres, se metieran con la apariencia física de la denunciante o simplemente la consideraran una abusadora.

Como en este asunto hay un alto grado de subjetividad, no es posible conocer las intenciones reales de sus protagonistas, sin embargo, el caso da para formular varias hipótesis. La primera plantea una situación en la que un varón, de condición socioeconómica desaventajada, teniendo la intención de halagar a una mujer socialmente más aventajada y, de hecho, una persona pública, provoca en ella la percepción de haber sido insultada. Él, en efecto, tenía buenas intenciones y encontró propicia la ocasión para hacerla sentir bien, pues la consideró tan hermosa como para ser digna de un piropo; ciertamente, no le dijo malas palabras, sino aquella que encontró más sutil, más afín a la expresión estética que esa mujer le provocó y que en el peor de los casos consideró inocua. Ella, por su parte, se adhiere al grupo de personas que considera que un piropo es una intromisión no autorizada de los hombres en la privacidad de las mujeres, sin importar si éste es “decente” o francamente vulgar, por lo que se sintió invadida. Sin reparar en la condición socioeconómica de aquel hombre y, más bien, sólo por el hecho de ser hombre, quiso defenderse y buscó la protección de la autoridad porque, en el peor de los casos, lo consideró un insulto. La segunda hipótesis permite imaginar que él actuó de buena fe, en los términos antedichos, y ella no; digamos que ella vio la oportunidad de obtener notoriedad y de ejercer su influencia para, utilizando a la autoridad, probar el sistema y dar una lección a los hombres, a través de la persona del señor taxista quien, siendo socioeconómicamente más débil que ella, no tendría forma de evadir la sanción. Esta hipótesis supone entonces un uso vindicativo del poder socioeconómico de alguien que se arroga la representación

Luis González Placencia

de las mujeres para someter a alguien menos aventajado, en el que vio la representación del conjunto de los varones; en el mejor de los casos, él y los demás hombres aprenderíamos la lección. La tercera plantearía que el taxista le dijo *guapa* porque quiso y pudo hacerlo; se sintió autorizado porque así se lo ha permitido siempre un contexto que, de algún modo, permite a los hombres abordar a las mujeres para someterlas al capricho de sus piropos, más aún si éstos no son vulgares. De hecho, probablemente ni siquiera es que lo hubiere considerado un abuso, sino un derecho, el derecho, digamos, que tienen los varones a expresar juicios sobre las mujeres sin su autorización, aunque ni siquiera las conozcan; en el mejor de los casos ellas, quieran o no, terminarán aceptándolo. Ella, como en la primera hipótesis, actúa porque, como antes se dijo, piensa exactamente lo opuesto. Una última hipótesis combinaría la actitud de él en la hipótesis tres —le dijo *guapa* porque quiso y pudo hacerlo— y la de ella en la hipótesis dos —ella hizo un uso vindicativo de su posición empoderada.

Estas hipótesis trazan dos continuos: uno en el que se mueve la actitud del varón, entre la inocuidad y la imposición; el otro en el que se mueve la actitud de ella, entre la defensa y la venganza. En el primer caso, el continuum representa un conjunto de posibilidades que caben entre “no pasa nada” y “te aguantas”. El segundo, representa un conjunto de respuestas que, frente a estos lances van desde: “sí pasa y no lo permito”, hasta “no sólo no me aguanto, sino que te lo revierto”. Desde luego, no puede perderse de vista que no es ella, sino él, quien, al producir el lance, inicia la interacción y queda expuesto a una respuesta por parte de ella, cuya naturaleza y magnitud sólo puede imaginar. Si, como he insistido, una premisa a considerar es que no es posible argumentar el ejercicio de un derecho para producir un daño, descarto la actitud que representa una acción de mala fe en el varón y me quedo sólo con la representada en la primera hipótesis. En el caso de ella, mantengo ambas actitudes bajo análisis y comienzo con la que supone una respuesta defensiva.

Supóngase entonces que él espera que, como se ha dicho, en el peor de los casos, no *deba* pasar nada. Esto implica que él ha-

Ni censura, ni derecho al insulto

bría presupuesto, que ella debió asumir, que el lance tuvo una buena intención y aceptar pasivamente que *guapa* es un halago. Pero al no haber certeza ninguna de que su presuposición sea cierta, él quedó a expensas de la forma en la que ella lo interpretó. Sin duda, él no podía, muy a pesar de sus buenas intenciones, imponerle a ella el significado de su lance, simple y llanamente porque eso no estaba, ni puede estarlo de ningún modo, empíricamente a su alcance. Por tanto, el asunto se tornó un juego intersubjetivo de probabilidades: o bien ella aceptaba el piropo, o bien lo rechazaba. Obvio es que, de haberlo aceptado, no habría habido problema ninguno; pero como lo rechazó, el tipo y la magnitud de su respuesta no podían haber sido anticipados por el señor taxista. Tal vez, a pesar de rechazar el piropo, en efecto no habría pasado nada, porque ella pudo haberse “aguantado”, pudo quedarse callada e irse con su molestia. O tal vez ella habría podido reaccionar insultándolo (una vez escuché a una mujer que frente a un piropo increpó al autor preguntándole sus razones para piropopearla, a lo que el individuo contestó algo así como: “te digo hermosa porque pienso que eres hermosa”; ella le reviró diciendo, “yo pienso que usted es un imbécil y no se lo digo públicamente”). Tal vez, de tenerlo a mano, lo habría abofeteado. En todos estos casos es posible asimismo que el taxista aceptara estas respuestas y hasta se vanagloriara de haberlas provocado —como los charros mexicanos de los filmes de mediados del siglo xx— o tal vez habría contra reaccionado y claramente agredido física o verbalmente a la joven tuitera. Lo que es obvio es que de todas esas posibilidades, y quizá otras que escapan a mi imaginación, lo que ella eligió fue recurrir a la autoridad para que, con base en la ley, ésta decidiera lo que correspondía hacer y él tuviera que someterse a una decisión que quedaba en manos de esta última, no de ella.

En todo caso, difícilmente me parece que pueda argumentarse, tampoco aquí, un conflicto de derechos. En esta ocasión no se trata de una opinión expresada en privado; tampoco es una expresión realizada sobre una persona pública, sino sobre una persona privada cuya identidad de género la ubica entre las his-

Luis González Placencia

tóricamente vulneradas, aunque su identidad de clase la ubicara como una persona empoderada. El medio que sirvió para expresarla no fue un teléfono, ni una emisión de radio, ni un periódico, sino el espacio público. Quien profirió la opinión no fue un servidor público, tampoco un periodista, sino una persona privada cuya identidad de género se corresponde con una entre las históricamente vulnerantes, aunque su identidad de clase lo colocase como una persona desaventajada. De hecho, la expresión no fue por sí misma discriminatoria, aunque en la consideración hecha en esta hipótesis, ella la percibió como un insulto.

Creo que es en un caso como éste en el que se puede desarrollar esa directriz de comportamiento general a la que me referí anteriormente y que pienso se sigue de la también general prohibición contenida en el último párrafo del artículo primero de la Constitución, en la medida en la que ordena a todas y todos, habitantes y transeúntes del país, no discriminar y no vulnerar la dignidad de las personas. De hecho, es aquí donde se aprecia el potencial de la Constitución para generar, más que prohibiciones, compromisos de no vulneración. Así las cosas, de no ser aplicable ese último párrafo del artículo primero a un caso como éste, entonces habría que reconocer otro círculo de permisión que indicaría que cuando alguien profiere un juicio sobre otra persona con buenas intenciones tiene derecho a hacerlo, a pesar de que la otra persona no lo autorice, aunque para esta situación no hay un derecho que la respalde. De hecho, de ser así, a pesar de la buena intención de quien emite el juicio, el resultado para quien lo recibe es simplemente “te aguantas”, lo que desdibujaría la buena intención y colocaría a ese varón, por el resultado de su acción, en la hipótesis de quien actúa de mala fe.

Me parece evidente que obligar a alguien a recibir un juicio sobre su persona que no ha pedido —no importa si éste es decente, agradable, saludable o cualquier otro calificativo que lo signifique como “positivo”— no califica en ningún caso como el ejercicio de un derecho. Dicho en otras palabras, como se ha argumentado más arriba, resulta difícil justificar que alguien tenga que “aguantar” que otra persona ejercite un derecho a su costa.

Ni censura, ni derecho al insulto

Esto no constituye, por tanto, el ejercicio de un derecho, sino la comisión de una acción vulnerante, de una falta de respeto y, en ese sentido, de una violación del compromiso de no vulneración que exige la Constitución.

Visto así, considerar válido que se emitan opiniones “positivas” sobre otras personas sin su consentimiento, supone poner la carga de la significación en quienes las reciben como negativas. Ello genera, de hecho, una sutil discriminación que se hace visible cuando vemos que, proteger sólo a quienes sí aceptan que otros emitan juicios “positivos” sobre su persona, excluye de la protección institucional a quienes no los ven así. Por el contrario, un razonamiento que interprete la prohibición constitucional de discriminar y de no vulnerar la dignidad como una obligación general de respeto por las y los demás, puede perfectamente inscribirse en la línea de la directriz de comportamiento, necesariamente también general que ésta significa, en un sentido inclusivo, pues proteger a quienes no aceptan que otros emitan juicios “positivos” sobre su persona sin su consentimiento no desprotege a quienes sí los aceptan. A mayor abundamiento, creo que hay dos corolarios que se siguen además de esta aproximación: 1) si la prohibición de discriminación y de no vulneración de la dignidad sirve para proteger a quienes no admiten que se emitan juicios “positivos” sobre su persona sin su autorización, servirá también, por mayoría de razón, para el caso de los juicios consensualmente considerados como negativos, y 2) la exigencia de respeto se refuerza si, además, la persona activa pertenece a una identidad históricamente vulnerante y la pasiva, a una identidad históricamente vulnerada. Todas estas consecuencias son oportunidades para derivar compromisos de no vulneración en la línea de un comportamiento conforme con los valores garantistas de la Constitución.

De este modo se hace evidente que, al no haber estado ejerciendo el señor taxista un derecho, sino incumpliendo un compromiso de no vulneración, el único que debe protegerse es el derecho a una vida libre de violencia de la joven tuitera. De nuevo, no hay conflicto de derechos, ni derechos que pesen más unos

Luis González Placencia

sobre otros, sino situaciones que exigen a la persona intérprete un esfuerzo por dilucidar qué es lo que está realmente en conflicto.

Discusión y reflexiones conclusivas

Los cuatro ejemplos presentados permiten dibujar el espectro de protección de varios derechos y libertades, de cara al derecho a la no discriminación. Hacia arriba, plantea situaciones a las que aplican los derechos a la privacidad en sentido positivo, a la libertad de prensa, el derecho a la información y el derecho a una vida libre de violencia, correlativo a la obligación de no discriminación y de no vulneración de la dignidad, en este caso, de las mujeres. Hacia abajo, situaciones en las que las obligaciones refuerzan la prohibición de no discriminar porque así se exige a las instituciones públicas, a las y los servidores públicos y por el derecho a la privacidad en sentido negativo o como inmunidad. Estos ejemplos, hipotéticos en su tratamiento en este texto, fueron reales y generaron consecuencias de distinta magnitud que vale la pena considerar. El Cuadro 1 (pág. 366) ofrece un resumen en el que esas consecuencias pueden ser observadas.

La primera cuestión que emerge se refiere al desdibujamiento del aparente conflicto entre los derechos asociados a la libertad de expresión y los asociados a lo no discriminación. Éste, me parece, no es un resultado menor, pues demuestra que un ejercicio de frónesis —que es lo que en este texto se ha intentado—, que sin mayor fundamento que la Constitución general de la república, ni mayor herramienta que la argumentación, funciona para problematizar estos casos como lo que en realidad son: situaciones en las que prevalece un derecho frente a acciones y agentes vulnerantes. Puede decirse que representan casos fáciles, pero tengo la impresión de que aun los casos difíciles son susceptibles de ser abordados como los que aquí he analizado, aunque ello no es materia de este texto. En suma, una primera conclusión importante arroja evidencia de que los problemas asociados con los presuntos conflictos de derechos son sólo aparentes y repre-

Ni censura, ni derecho al insulto

Cuadro 1. Resumen de casos

Caso	Persona activa	Persona pasiva	Tipo de comunicación	Medio de comunicación	Acción y agente vulnerantes	Derechos a proteger y titulares de los mismos	Consecuencias
1	Servidor/a público	Persona privada	Conversación telefónica privada	Teléfono público	Intervención de una comunicación privada filtrada anónimamente	Derecho a la privacidad, como libertad del servidor/a público	Ninguna, aunque con "costos políticos" para la persona activa
2	Servidor/a público ejerciendo funciones de periodista	Figura pública	Artículo de opinión	Periódico comercial	Censura social e institucional	Derecho a la libertad de prensa del periodista. Derecho a la información de las audiencias	Medidas cautelares y renuncia forzada de la persona activa
3	Docente universitario ejerciendo funciones públicas	Persona privada	Expresión en una emisión radiofónica	Radio pública	Comentarios misóginos a cargo del titular de la emisión	Derecho a la privacidad como inmundidad de una persona privada	Cancelación de la emisión a cargo de la persona activa y de su participación como locutor de la emisora
4	Varón taxista	Mujer tuitera	Grito	Inmediato en vía pública	Manifestación de un juicio sobre otra persona sin su autorización	Prohibición general de discriminación y no vulneración de la dignidad como directriz general de comportamiento debido	Arresto administrativo (conmutado)

Luis González Placencia

sentan, en todo caso, problemas de aproximación —de método, es decir— a la hora de analizarlos y resolverlos.

La segunda cuestión que se evidencia en el Cuadro 1 es que las consecuencias derivadas de estos casos muestran un problema de certeza jurídica, de proporcionalidad y hasta de trascendencia de esas mismas consecuencias, que debería al menos alertarnos, de cara al contexto en el que estas situaciones se han presentado y seguirán presentándose en el futuro. Por una parte, llama la atención el peso que la presión social, manifestada a través de distintos medios, jugó detrás de los desenlaces en todos estos casos. En ausencia de certeza jurídica en las instituciones ocurrieron cosas que resultan altamente cuestionables: la confusión entre las personas y la naturaleza de sus actos, implicó para ellas sanciones injustificadas o desproporcionadas. En los tres primeros casos, la pretensión de que las personas servidoras públicas deben ser ellas mismas moralmente intachables produjo:

- a) En el primer caso, impunidad y, paradójicamente, una afectación en la integridad de la persona misma, del puesto que desempeña y de la institución que preside; en primer lugar, porque debiendo ser investigado el espionaje del que el servidor público fue víctima, la atención se desvió a un comentario privado que, al no ser de interés público, los medios no debieron haber divulgado.⁴ Enseguida, porque el costo político que ha tenido que asumir este servidor público equivale a haberlo revelado tal como es y no como debe ser, lo que ha afectado sin duda la integridad del puesto que ocupa y de la institución que preside. Justo debido a la ausencia del procedimiento jurídico que debió seguirse —que en este caso debió consistir en una investigación penal del espionaje— la sanción, que es de natu-

⁴ Entiendo que esto abre otra discusión cuyo análisis, anticipo, conducirá a la misma conclusión: nadie puede argumentar que ejerce un derecho a partir de la comisión de un delito.

Ni censura, ni derecho al insulto

- raleza política, se tornó desproporcionada y trascendente.⁵
- b) En el segundo caso, el efecto de la censura, tanto de la institucional como de la social, también fue desproporcionado y trascendente en la medida en la que motivó injustificadamente la renuncia de un periodista ante una institución que, debiendo respaldarlo, aceptó sin más su dimisión, lo que probablemente muestra su conformidad con la censura, su temor a la presión popular o, más seguramente, la debilidad para enfrentar institucionalmente su caso. Vale decir que, aunque el Conapred levantó las medidas cautelares que le impuso al periodista y la solicitud de que se disculpara por sus dichos, ello no disminuyó la trascendencia de este asunto, que se ha convertido en un mal precedente en materia de censura institucional a la libertad de prensa escrita.
- c) El tercer caso, que tuvo como protagonista de nuevo a la UNAM, generó consecuencias institucionales más mesuradas y proporcionales, pero, nuevamente, la reacción social terminó representando una suerte de linchamiento simbólico que puso en riesgo la permanencia del líder estudiantil como catedrático en la universidad nacional, ya sea porque así lo hubiesen determinado las instancias universitarias o porque, dada la presión, él mismo se hubiese visto obligado a renunciar; e incluso estaba comprometida su libertad si, como es tendencia, esa misma presión social hubiese terminado por influir el ánimo de la Fiscalía en la

⁵ Me permito una metáfora que puede explicar este último punto: lo importante no es que una persona servidora pública tenga esqueletos en su clóset, sino que ello no afecte la legitimidad de sus actos, no motive conflictos de interés o no implique la comisión de delitos; pero, de realizar actos ilegítimos, tener conflictos de interés o cometer delitos, esa persona servidora pública debe ser juzgada por estos actos y de ningún modo por los esqueletos que tenga en su clóset. Si no se sabe de esos esqueletos, la presunción de legitimidad opera en su favor; pero si derivado de un acto de espionaje, la prensa revela la existencia de esos esqueletos, será la presunción de ilegitimidad la que prevalezca. En una condición así, se afecta no sólo a la persona, sino también al puesto que desempeña y a la institución que preside.

Luis González Placencia

admisión de la demanda alzada en su contra. La muerte reciente de este profesor, quien gozaba de reconocimiento por su rol como líder social del movimiento de estudiantes mexicanos de 1968, dio cuenta de que en su biografía pesa esa sanción social que al final le estigmatizó como misógino y discriminador. Y es que una consideración menos visceral sobre este caso debe reconocer que este hombre recibió su sanción, que es lo que públicamente interesa, por infringir las normas que estaba obligado a observar, y de ningún modo por ser misógino, egoísta, ignorante, necio o cualquiera otra característica que tuviera que ver con su persona.

Por su parte, el último de los casos, el del señor taxista, también muestra una confusión entre la persona y sus actos, aunque de otra manera. Su condición socioeconómica desaventajada y la aparente inocuidad de sus piropos terminaron por ocultar el hecho de que, nos guste o no, faltó al respeto a una mujer que tiene derecho a no ser molestada —ni con el pétalo de un rosa, como dice el razonamiento popular. Pero, de nuevo aquí, la impericia de un juzgador para lidiar con un caso que debió resolverse por conciliación, terminó con el señor taxista tras las rejas. Aunque en este caso el clamor social estuvo mayoritariamente con él, la virulencia de los ataques que recibió ella terminaron dándole la razón, porque son muestra de que la violencia comunitaria de género también se muestra en las redes sociales.

La tercera cuestión evidencia que ser objeto de censura no implica inmunidad frente a la posibilidad de ser discriminado, y viceversa, ser discriminado no evita que uno sea censurado. En sentido positivo, la lucha contra la censura no es incompatible con la lucha contra la discriminación como tampoco la lucha contra la discriminación lo es respecto de la lucha contra la censura. Los derechos asociados a la libertad y los relacionados con la igualdad no son oponibles, sino potenciales y complementarios, por lo que plantearlos en términos de conflicto terminan por vulnerarlos.

Ni censura, ni derecho al insulto

Para terminar, vale decir que estas conclusiones abren la discusión sobre qué tipo de garantías —de justicia penal, cotidiana o restaurativa— necesitamos instrumentar para lidiar con certeza, proporcionalidad e intrascendencia con situaciones como las que estos ejemplos representan; sobre si la institucionalidad con la que hoy contamos está preparada para instaurarlas y si las y los servidores públicos que laboran en esa institucionalidad están capacitados para operarlas. Pero, de modo más importante, dejan ver que es imperativo tomarse en serio la directriz de comportamiento que debemos derivar de la prohibición constitucional de discriminar, para la generación de compromisos de no vulneración que nos aproximen al respeto que deberíamos profesarnos unos a otros.

Si insistimos en banalizar el valor de la diversidad humana y en pensar que los derechos que la protegen, que no son otros que los que garantizan la igualdad, son de segunda clase frente al linaje de las libertades, más pronto que tarde la libertad de mercado terminará por hacer de nuestras diferencias un producto de anaquel, etiquetado según el mérito de nuestras calidades. Igualdad y libertad, por tanto, no son derechos que antagonicen; son, más bien, constitutivos de la genética de todos los derechos fundamentales.

Luis González Placencia

Bibliografía

- ALTERO, MICAELA Y NIEMBRO, ROBERTO (2013). La cuestión democrática de la jerarquía de los derechos humanos. *Nexos. El juego de la Suprema Corte*, agosto 30. Recuperado de <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3057> (Consulta: 11 de agosto, 2017).
- BOBBIO, NORBERTO (1993). *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós.
- BROWN, WENDY (2016). *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo*. Barcelona: Malpaso.
- DE LAGASNERIE, GEOFFROY (2015). *La última lección de Michel Foucault. Sobre el neoliberalismo, la teoría y la política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- FERRAJOLI, LUIGI (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, LUIGI (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, LUIGI (2006). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, LUIGI (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, LUIGI (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 2 vols. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, LUIGI (2012). Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 15–53.
- FERRAJOLI, LUIGI (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, LUIGI, Y RUIZ MANERO, JUAN (2014). *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*. Madrid: Trotta.
- FONTAINE, FRANCISCO JAVIER (1986). Libertad e igualdad. *Estudios Públicos*, 22, 219–229.
- FOUCAULT, MICHEL (2016). *El nacimiento de la biopolítica*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Ni censura, ni derecho al insulto

- GARCÍA RICCI, DIEGO (2013). Artículo 16 constitucional. Derecho a la privacidad. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, José Luis Caballero y Christian Steiner, *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana* (pp. 1045–1079). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación / Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM / Konrad Adenauer Stiftung.
- MORA SIFUENTES, FRANCISCO M. (2016). Contra el neoconstitucionalismo y otros demonios. Entrevista a Juan Antonio García Amado. *Ciencia Jurídica*, 5(2), 259–276.
- MORESO, JOSÉ JUAN (2010). Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos. *Arbor, Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXVI(745), 821–832.
- PINO, GIORGIO (2009). Conflictos entre derechos fundamentales. Una crítica a Luigi Ferrajoli. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32, 647–664.
- SANDEL, MICHAEL (2013). *Lo que el dinero no puede comprar*. Barcelona: Debate.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN) (2011). Tesis 161334. 1ª. CLIII/2011. Primera Sala. Novena Época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo xxxiv, agosto de 2011.
- VÁZQUEZ, RODOLFO (2016). *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*. México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto Tecnológico Autónomo de México / Centro de Estudios de Actualización en Derecho.