

Los límites de la libertad de expresión frente a la no-discriminación: una revisión de los criterios de la Suprema Corte en el caso de conceptos peyorativos

Juan Antonio Cruz Parceró

Introducción

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn) ha tenido ya varios casos importantes donde ha abordado el tema de los límites entre la libertad de expresión frente al derecho al honor y la intimidad,¹ pero, si no me equivoco, ha tenido sólo una oportunidad para abordar el tema de la libertad de expresión frente al derecho a la no-discriminación. En el amparo directo en revisión 2806/2012 referido por la misma Corte como el caso de

¹ La judicatura mexicana ha conocido de varios asuntos sobre la libertad de expresión y sobre su colisión con el honor y la intimidad, entre los que destacan: el amparo en revisión 1595/2006 conocido como el caso *Repartidor de octavillas*; el caso *Esquelas*, amparo directo en revisión 1302/2009; el caso de *Olga Wornat vs. Martha Sahagún*, amparo directo 6/2009; el caso *Lydia Cacho y "Los demonios del Edén"*, amparo directo 3/2011; el caso *Manuel Bartlett vs. Germán Martínez*, amparo directo en revisión 284/2011; el caso muy relevante de *La Jornada vs. Letras Libres*, amparo directo 28/2010; el caso *Revista Contralínea*, amparo directo 8/2012; el caso *Milenio y Carlos Marín vs. MVS y Lorenzo Meyer*, amparo directo en revisión 2411/2012.

Los límites de la libertad de expresión frente a la no-discriminación

Conceptos peyorativos y decidido el 6 de marzo de 2013,² la Primera Sala de la Suprema Corte entró a analizar y a desarrollar una doctrina sobre los límites de la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación.

El caso se originó por las ofensas que un periodista, el Sr. Enrique Núñez, director del diario *Intolerancia* (ni duda que hacía gala del nombre del medio de comunicación), dirigió al Sr. Armando Prida, director de otro diario,³ *Síntesis*, y a uno de sus columnistas, quienes habían reproducido en su medio algunas acusaciones en contra del directivo de *Intolerancia*. Habrá que decir que quienes protagonizaron este pleito e intercambio de acusaciones no mostraban un alto nivel periodístico. El Sr. Núñez refirió que en el diario *Síntesis* había escritores pagados y *columnistas maricones*, después calificó a uno de sus columnistas como *lambiscón, inútil y puñal*.

El director del diario *Síntesis* promovió un juicio civil contra el Sr. Núñez por la afectación de su honor y reputación y solicitó una indemnización para resarcir el daño. En los juicios de primera y segunda instancia se condenó al Sr. Núñez a una indemnización pecuniaria y a la publicación de un extracto de la sentencia por considerar que se había afectado la reputación del Sr. Prida y que se había acreditado un daño moral. El sentenciamiento

² La sentencia se puede consultar en <http://www2.scjn.gob.mx/Consulta-Tematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=143425>

³ El artículo se titulaba “El ridículo periodístico del siglo”. El contexto de la disputa era que el director del periódico *Síntesis* había reproducido durante varios días una vieja columna de otra periodista donde se hacían acusaciones en contra del Sr. Núñez, director del diario *Intolerancia*. En el artículo que comentó se refutaban las acusaciones y se reviraba con otras, como la siguiente: “Columnas viejas, libros pagados, escritores pagados y columnistas maricones son los que *Síntesis* utilizó para una guerra que de antemano estaba perdida”. Y más adelante se decía: “Pobre Alejandro, en su ocaso como columnista, tuvo que salir a una guerra donde su única arma es el hambre que lo lleva a arrastrarse a los pies de su patrón. No se atrevió a dar nombres, ni citó las calumnias y mucho menos presentó pruebas contra nadie. Sin duda, Manjarrez definió los atributos que no debe tener un columnista: ser lambiscón, inútil y puñal”. La nota en extenso se puede consultar en la sentencia del caso que comentamos — me referiré en adelante a ella como ADR 2806/2012—, véase las páginas 5 a 7.

Juan Antonio Cruz Parceró

do se amparó y en el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito se le concedió el amparo bajo la consideración de que: a) los dos periodistas que disputaban eran figuras públicas y, por ende, deben tolerar un mayor grado de intromisión en su esfera personal, b) la nota periodística en cuestión era de relevancia pública, c) que si bien se realizaron en un tono mordaz y ofensivo, pudiendo incluso resultar hirientes, no rebasaron los límites de la libertad de expresión, pues no fueron lo suficientemente insultantes o desproporcionados al encontrarse justificados por su propósito de causar un impacto entre lectoras y lectores, en especial al analizar el contexto en que se realizaron las expresiones usadas, ya que no eran suficientemente ofensivas o desproporcionadas.

El Tribunal Colegiado utilizó los criterios que la Primera Sala de la scjn había empleado en el caso *La Jornada vs Letras Libres* (amparo directo en revisión 28/2010), donde ya se condensaba toda una doctrina de la Corte sobre la libertad de expresión frente al derecho al honor.

En este caso, denominado *Conceptos peyorativos*, la Primera Sala, partiendo de su propia doctrina en relación con la libertad de expresión y el derecho al honor, introduce nuevos criterios para contemplar una situación diferente donde la libertad de expresión colisiona con el derecho a no ser discriminado por razones que tienen que ver con las preferencias sexuales de las personas. El caso resultó además oportuno para abordar el tema de los *discursos de odio*, categoría que agrupa toda una serie de supuestos como apología del terrorismo, negación del holocausto del pueblo judío, mensajes racistas y xenófobos, manifestaciones de sexismo y homofobia (*cfr.* Mijangos y González, 2015: 81-93).

La Primera Sala de la scjn no estuvo de acuerdo con los argumentos del Tribunal Colegiado por considerar que los criterios aplicados no se utilizaron de manera correcta. Aprovechó entonces la ocasión para abordar el tema de las *expresiones absolutamente vejatorias* y el lenguaje discriminatorio. Decidió que el uso de expresiones como *maricón* y *puñal*, empleados como

Los límites de la libertad de expresión frente a la no-discriminación

una ofensa en una disputa entre periodistas “en tono denigrante, burlesco o jocoso, conlleva un fomento de rechazo social hacia las personas homosexuales, situación que implica en última instancia una postura discriminatoria” (ADR 2806/2012: 51). Esta decisión es importante por los criterios que establece sobre la libertad de expresión, las expresiones ofensivas, las impertinentes, las absolutamente vejatorias, el lenguaje discriminatorio, el discurso homófobo, el discurso de odio, etc., que dieron lugar a diez tesis aisladas que revisaremos más adelante.

El caso, desde que fue decidido, despertó el interés de los medios y de algunos especialistas que se posicionaron en favor y en contra. Estamos ante una de las pocas decisiones de la Suprema Corte que reciben atención de los medios de comunicación y de la academia —véase, por ejemplo, Artículo 19 (2013), Vela (2013), Vela y Niembro (2013), Pou (2014), Mijangos y González (2015), Orozco y Villa (2018), y Narváez (2016).

El trabajo lo dividiré en cuatro apartados. En el primero expondré algunos aspectos relevantes de la doctrina de la SCJN sobre la libertad de expresión y el derecho al honor a partir de la misma sentencia que nos ocupa. En el segundo revisaremos los argumentos que usó la Primera Sala para justificar que en el caso concreto se dio una discriminación al hacer uso de las expresiones *maricón* y *puñal*. En el tercer apartado presentaré las diez tesis o criterios que derivaron de esta resolución y analizaré críticamente algunos de ellos. Por último, veremos otras críticas a los argumentos que utilizó la Primera Sala para resolver el caso en cuestión.

La doctrina de la SCJN sobre la libertad de expresión y el derecho al honor según la misma SCJN

La SCJN parte de reconocer que el *derecho al honor* se deriva de la dignidad humana, protegida por el artículo 1° constitucional, que dicho derecho se encuentra reconocido de manera implí-

Juan Antonio Cruz Parcero

cita como un límite a las libertades de expresión, información e imprenta en los artículos 6 y 7 constitucionales, e igualmente se encuentra reconocido en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ADR 2806/2012: 23-24).

Por su parte, el *derecho a la libre expresión de las ideas* se encuentra protegido en los artículos 6 y 7 constitucionales, así como en los artículos 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Según estas disposiciones todas las personas gozan del derecho a la libre expresión de ideas, cuyo ejercicio sólo podrá ser restringido mediante la exigencia de responsabilidades ulteriores en aquellos casos en que se afecten los derechos o reputación de terceros (ADR 2806/2012: 27-28).

Para la SCJN tanto la libertad de expresión como el derecho a la información son dos derechos funcionalmente esenciales en la estructura del Estado constitucional de derecho que tienen una doble faceta: por un lado, en su dimensión individual aseguran a las personas espacios fundamentales para desplegar su autonomía individual, espacios que deben ser respetados y protegidos por el Estado; y por otro, en cuanto a su dimensión social, gozan de una vertiente pública, colectiva o institucional que los convierte en piezas centrales para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa (ADR 2806/2012: 28).

La Primera Sala considera que en las sociedades democráticas es más tolerable el riesgo derivado de los eventuales daños generados por la libertad de expresión que el riesgo de una restricción general de la libertad correspondiente. Sostiene “que no existe un conflicto interno o en abstracto entre los derechos a la libertad de expresión y al honor” (ADR 2806/2012: 29-30), pero afirma de modo contradictorio que “el derecho fundamental al honor viene limitado por los derechos fundamentales a opinar e informar libremente” (ADR 2806/2012: 30). Más allá de esta contradicción, parece adoptar una concepción bastante común entre teóricos y tribunales de que los derechos se restringen o

Los límites de la libertad de expresión frente a la no-discriminación

limitan recíprocamente, en otros términos, que no hay derechos absolutos.⁴

Parte también de otro acuerdo teórico y jurisprudencial generalizado en los sistemas democráticos: que la libertad de expresión tiene primacía sobre el derecho al honor u otros derechos como el de intimidad (ADR 2806/2012: 30). La primacía se refleja a nivel legislativo al establecerse la prohibición constitucional de actos de censura previos, y determinar que los límites se fijarán *ex post* a través de atribuciones de responsabilidad civil, administrativa o penal.

Las libertades de expresión y de información reconocidas en los artículos 6 y 7 de la Constitución tienen entonces límites, que el texto constitucional enuncia de modo general haciendo referencia al orden público, la vida privada, los derechos de los demás y la moral (ADR 2806/2012: 29). La SCJN adoptó el estándar que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) denominó como el “sistema dual de protección”.⁵ Este estándar establece que

⁴ La Corte parte de una noción de derechos fundamentales semejante a la de Robert Alexy, pues sostiene que los derechos fundamentales tienen “una estructura de principios: contienen un mandato de optimización con la instrucción de que algo sea realizado en la mayor medida posible. Pero la determinación de cuál sea la mayor medida posible dependerá de las otras normas jurídicas que también resulten aplicables en el caso concreto, pues los principios están indefectiblemente llamados a ser limitados por otros principios con los que interactúan. Así como las reglas que los desarrollen” (ADR 2806/2012: 29).

⁵ A partir del amparo directo en revisión 2044/2008, la Corte señaló que la libertad de expresión posee un carácter especial dual, en cuanto que comprende no sólo el derecho de un individuo a difundir sus ideas sino también el derecho de todos a recibir informaciones e ideas. En función de lo anterior, la violación a la libertad de expresión implica la violación de un derecho individual tanto como la de “un derecho colectivo a recibir cualquier información y conocer la expresión del pensamiento ajeno” (*Cfr. Opinión consultiva OC-05/8*, supra nota 36, en párrafo 30. Véase generalmente Corte IDH, caso *La última tentación de Cristo*). En el caso *Fischer Bronstein*, donde un ciudadano peruano nacido en Israel fue privado arbitrariamente de la nacionalidad peruana con el objeto de impedir el ejercicio del derecho de propiedad de un canal de televisión, la Comisión afirmó que resulta evidente el marcado carácter social que tiene este derecho. La libertad de expresión tiene una perspectiva individual y otra mucho

Juan Antonio Cruz Parceró

tratándose de personas que “por dedicarse a actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática” deberán estar más expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones, es decir, los límites a la libertad de expresión serán en estos casos menos amplios, mientras que los particulares sin proyección pública alguna tendrán mayor protección y los límites a la libertad de expresión podrán ser más amplios. En suma, el umbral de tolerancia deberá ser mayor solamente mientras las personas realicen funciones públicas o estén involucradas en temas de relevancia pública (ADR 2806/2012: 32).

El estándar dual supone la adopción de la doctrina de la “real malicia” o “malicia efectiva”, que exige que, tratándose de personajes públicos, en la imposición de sanciones civiles (daño moral) se constate que la información proporcionada sea falsa o se haya expresado con intención de dañar (ADR 2806/2012: 32).⁶

Por regla general, la scjn estima que “hay un ataque al honor cuando se ocasiona un desmerecimiento en la consideración ajena como consecuencia de expresiones difamantes o infamantes, emitidas en descrédito o menosprecio de alguien” (ADR 2806/2012: 31).⁷

más amplia, relacionada con el marco social que refleja la audiencia, es decir, todos aquellos que buscan y reciben la opinión o información emitida por el periodista. Así, toda la sociedad es víctima en caso de una violación a la libertad de expresión.

⁶ La resolución remite al amparo directo 28/2010, el caso *La Jornada vs. Letras Libres*, sin embargo, en éste no existe propiamente un desarrollo de esta doctrina, que en muchos aspectos queda muy confusa.

⁷ No obstante considerar que el honor es un concepto jurídicamente indeterminado, la scjn define el honor como “el concepto que la persona tiene de sí misma o que los demás se han formado de ella, en virtud de su proceder o de la expresión de su calidad ética y social, lo que jurídicamente se traduce en un derecho que involucra la facultad de cada individuo de pedir que se le trate en forma decorosa y la obligación de los demás de responder a este tratamiento” (ADR 2806/2012: 24-25). Existen, según la scjn, dos formas de entender el honor: a) En el aspecto subjetivo o ético, el honor se basa en un sentimiento íntimo que se exterioriza por la afirmación que la persona hace de su propia dignidad, siendo lesionado por todo aquello que lastima el sentimiento de la

Los límites de la libertad de expresión frente a la no-discriminación

El derecho al honor ampara la buena reputación de una persona en sus cualidades morales y profesionales, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena, al ir en su descrédito o menosprecio. La mera crítica a las cualidades personales o profesionales de una persona no constituye *per se* un ataque al honor (ADR 2806/2012: 27).⁸

La SCJN ha sostenido que existen expresiones protegidas por la libertad de expresión (o el derecho a la información) y expresiones que no están protegidas constitucionalmente, pero ha afirmado además que: “podrá darse el caso de que las críticas a la actividad profesional de una persona resulten molestas e hirientes o que las mismas carezcan de cobertura constitucional en los derechos a la información y la libre expresión e incluso que resulten ilícitas y, sin embargo, no menoscaben el honor de las personas” (ADR 2806/2012: 27). La SCJN no desarrolla esta afirmación y cuesta trabajo entenderla en relación con la distinción que hace entre expresiones protegidas y no-protegidas. Quizá la idea es

propia dignidad, y b) En el aspecto objetivo, externo o social, como la estimación interpersonal que la persona tiene por sus cualidades morales y profesionales dentro de la comunidad (comprendiendo en esta forma el prestigio y la credibilidad), siendo lesionado por todo aquello que afecta a la reputación que la persona merece. En este segundo sentido, el derecho al honor bien puede definirse como el derecho a que otros no condicionen negativamente la opinión que los demás hayan de formarse de nosotros (*Cfr.* Tesis aislada XX/2011 de esta Primera Sala, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IV, Tomo 3, enero de 2012, página 2906).

⁸ El daño al honor es una cuestión compleja lo mismo que calificar una expresión o comunicación de difamatoria o calumniosa. Muchas de las cosas que se le pueden decir a alguien pueden dañar su reputación y afectar su honor, pero muchas de esas cosas que se pueden decir de alguien pueden ser falsas o verdaderas. Respecto a expresiones falsas que causan daño a la reputación de una persona, se podría decir que no pueden estar amparadas por el derecho a la libertad de expresión y que —hasta cierto punto y con ciertas cualificaciones— son situaciones sencillas de determinar. Y digo hasta cierto punto, pues sabemos que una expresión o información falsa sobre alguien podría quedar amparada por la libertad de expresión cuando él o la afectado/a sea un personaje público y quien haya proporcionado la información —un/a periodista por ejemplo— se hubiera conducido de manera profesionalmente correcta y diligente, aunque al final la información que publique termine reconociéndose como falsa.

Juan Antonio Cruz Parceró

que incluso cuando una expresión sea ofensiva o vejatoria de la persona, la afectación del honor de tal persona podría no ocurrir, esto es, la afectación al honor no es algo que resulte en automático del uso de expresiones no protegidas constitucionalmente o incluso ilícitas. Se me ocurre que hay personas cuya reputación u honor están ya muy afectadas —por la razón que sea— y que esta situación puede ser, por tanto, un hecho previo a la situación donde alguien profiere una crítica injustificada o ilícita. Pero entonces sería necesario que se nos explicara qué otras condiciones se requieren para que se lesione el honor. El desarrollo que hace la SCJN no es suficiente para determinar cuándo se vulnera el honor de una persona y cuándo la expresión o comunicación que genera esa vulneración no está protegida.

Las expresiones absolutamente vejatorias y el lenguaje discriminatorio

Existen dos requisitos para que las expresiones resulten absolutamente vejatorias y, por ende, no protegidas por la Constitución:

- a) Las expresiones deben ser ofensivas u oprobiosas, según el contexto. Estas expresiones no deben confundirse con críticas que se realicen con calificativos o afirmaciones fuertes, sino que se pueden calificar como ofensivas u oprobiosas por conllevar un menosprecio personal o una vejación injustificada, que contengan un desprecio personal.
- b) Las expresiones deben ser impertinentes para expresar opiniones e informaciones. Que sean impertinentes implica que sean innecesarias para transmitir el mensaje. La falta de pertinencia reflejaría su carácter injustificado. Las expresiones para ser constitucionales, aunque sean fuertes y desagradables, deberán tener una *utilidad funcional*, es decir, ser necesarias para reforzar el mensaje.

Los límites de la libertad de expresión frente a la no-discriminación

Además de estos dos requisitos, la Corte considera que:

- a) Las expresiones vejatorias pueden dirigirse a una persona o a un colectivo.
- b) Si el grupo o colectivo determinado al que se refiere la expresión vejatoria es un grupo que por rasgos históricos, sociológicos, étnicos o religiosos, ha sido ofendido a título colectivo por el resto de la comunidad, el estándar de protección se eleva.
- c) En estos casos se considera que el lenguaje usado para ofender a estos grupos es un lenguaje discriminatorio. “El lenguaje discriminatorio se caracteriza por destacar categorías de las señaladas en el artículo 1º constitucional para clasificar a determinadas personas, tales como el origen étnico o nacional, el género, las discapacidades, la condición social, la religión y las preferencias sexuales, ello mediante elecciones lingüísticas que denotan un rechazo social” (ADR 2806/2012: 41).

La SCJN concluye que: “el lenguaje discriminatorio constituye una categoría de expresiones ofensivas u oprobiosas, las cuales al ser impertinentes en un mensaje determinado, actualizan la presencia de expresiones absolutamente vejatorias, mismas que se encuentran excluidas de la protección que la Constitución brinda al ejercicio de la libertad de expresión” (ADR 2806/2012: 42).

Las expresiones homófobas

Para la SCJN

la homofobia es el rechazo de la homosexualidad, teniendo como componente primordial la repulsa irracional hacia la misma, o la manifestación arbitraria en su contra, por ende, implica un desdén, rechazo o agresión, a cualquier variación en la apariencia, acti-

Juan Antonio Cruz Parceró

tudes, roles o prácticas sexuales, mediante el empleo de los estereotipos de la masculinidad y la feminidad [...] La homofobia constituye un tratamiento discriminatorio, toda vez que implica una forma de inferiorización, mediante una asignación de jerarquía a las preferencias sexuales, confiriendo a la heterosexualidad un rango superior (ADR 2806/2012: 43).

Y continúa:

El discurso homóforo consiste en la emisión de una serie de calificativos y valoraciones críticas relativas a la condición homosexual y a su conducta sexual. Tal discurso suele actualizarse en los espacios de la cotidianidad, por lo tanto, generalmente se caracteriza por insinuaciones de homosexualidad en un sentido denigrante, burlesco y ofensivo, ello mediante el empleo de un lenguaje que se encuentra fuertemente arraigado en la sociedad (ADR 2806/2012: 43).

La SCJN concluye que aquellas expresiones en las cuales exista una referencia a la homosexualidad (no como una opción sexual personal, sino como una condición de inferioridad o de exclusión) constituyen manifestaciones discriminatorias, toda vez que una categoría como la preferencia sexual, respecto a la cual la Constitución expresamente veda cualquier discriminación, no puede ser válidamente empleada como un aspecto de diferenciación peyorativa. Pero añade un punto importante: que las expresiones homóforas que impliquen una incitación, promoción o justificación de la intolerancia hacia la homosexualidad, ya sea mediante términos abiertamente hostiles o de rechazo, o bien, a través de palabras burlescas, deben considerarse como una categoría de las manifestaciones discriminatorias (ADR 2806/2012: 44).

La SCJN introduce el tema de los *discursos de odio*, que desde luego constituyen un límite claro y radical a la libertad de expresión y que han sido considerados así a nivel internacional. Y

Los límites de la libertad de expresión frente a la no-discriminación

sostiene en seguida que las manifestaciones homófobas pueden llegar a ser una categoría de discursos de odio. La Corte reconoce que los discursos de odio son aquellos que se encuentran encaminados a un fin práctico, consistente en generar un clima de hostilidad y violencia contra determinados grupos (ADR 2806/2012: 46).

La SCJN concluye que las expresiones homófobas constituyen manifestaciones discriminatorias y, en ocasiones, discursos de odio, y se encuentran excluidas de la protección constitucional (ADR 2806/2012: 47).

La decisión del caso

Habiendo pues asentado que el uso de expresiones homófobas constituyen expresiones discriminatorias, la Primera Sala de la Corte pasó a analizar si en el caso específico se estaba ante expresiones absolutamente vejatorias, para lo cual deben ser ofensivas u oprobiosas, impertinentes para expresar las opiniones o informaciones.

Dos expresiones, *columnistas maricones* y *puñal*, obviamente usadas en el contexto de la nota periodística se consideraron constituían un discurso homóforo:

Tanto el término “maricones” así como el diverso de “puñal”, desgraciadamente son utilizados en nuestro país como referencias burlescas hacia la homosexualidad generalmente en relación a los hombres, por medio de los cuales, mediante la construcción de estereotipos se hace referencia a la falta de virilidad por una parte, y a una acentuación de actitudes y rasgos femeninos por la otra (ADR 2806/2012: 49).

Para la Primera Sala las expresiones que el director del diario *Intolerancia* hacía en su crítica al director del diario *Síntesis* se

Juan Antonio Cruz Parceró

usaban con un sentido peyorativo; a la idea de la falta de pericia y profesionalismo de los periodistas se añadía el calificativo de *maricones*. Y a una lista de defectos que atribuía a uno de los columnistas del diario *Síntesis* —ser inútil y lambiscón— se añadía el de ser *puñal*. Para la Primera Sala ésta es una referencia a su carácter de homosexual. Afirmó entonces que la preferencia sexual no puede ser un elemento válido para la crítica de la labor periodística, por ende, es impertinente (ADR 2806/2012: 51). De no resultar prohibidas, “se vincularía la preferencia sexual a la falta de pericia profesional, generándose así una clara referencia a las personas homosexuales como integrantes de un plano de inferioridad, no sólo personal, sino incluso profesional” (ADR 2806/2012: 51). Y añade:

Así, a pesar de que las expresiones antes indicadas no son, en abstracto, abiertamente hostiles o agresivas, lo cierto es que su formulación en tono denigrante, burlesco o jocoso, conlleva un fomento de rechazo social hacia las personas homosexuales, situación que implica en última instancia una postura discriminatoria (ADR 2806/2012: 52).

Para la Primera Sala no puede aceptarse que el carácter general o cotidiano de una conducta, como en este caso el uso de expresiones homófobas, convalide a la misma y la extraiga del control de constitucionalidad. Los derechos humanos y fundamentales son el criterio bajo el cual se tendrán que evaluar tales prácticas (ADR 2806/2012: 52-53).

Continuando con el análisis de dichas expresiones, la Primera Sala las encuentra también impertinentes pues afirma:

resulta claro que las expresiones homófobas previamente referidas, carecían de cualquier utilidad funcional dentro de la nota periodística cuestionada, pues como ya se indicó, en la misma se pretendía plasmar una serie de cuestionamientos en torno al ejercicio

Los límites de la libertad de expresión frente a la no-discriminación

profesional del señor Prida Huerta, por lo que no se puede considerar que la inferencia de que sus colaboradores sean homosexuales, implique un reforzamiento de la tesis crítica contenida en la nota, ante lo cual, las expresiones homófobas fueron impertinentes para expresar las opiniones del autor (ADR 2806/2012: 57).

Una vez mostrado que las expresiones son homófobas, ofensivas, oprobiosas e impertinentes, se llega a la conclusión de que son expresiones absolutamente vejatorias y, por ende, expresiones que no pueden tener protección constitucional bajo el derecho a la libertad de expresión. La Primera Sala revocó entonces la decisión del Tribunal Colegiado y le ordenó dictar una nueva sentencia y emprender el estudio del concepto de violación para determinar si ha dado lugar o no a una condena por daño moral.

Observaciones críticas sobre la resolución

Como hemos dicho antes, esta resolución ha sido objeto de polémicas y discusiones. Las críticas que se han realizado podríamos enfocarlas en tres temas principales.⁹

- a) El tipo de función que llevó a cabo la Suprema Corte, donde la discusión se centra en si la Corte rebasó o no sus funciones constitucionales tratándose de un caso de amparo directo.
- b) Si la sentencia establece de manera correcta los criterios que usará para tomar la decisión, es decir, si logra una caracterización adecuada del lenguaje discriminatorio y determina reglas y criterios adecuados.

⁹ Baso esta distinción en la hecha por Francisca Pou (2014: 588-589). Quizá la forma en que la presento aquí no coincida del todo con la que ella hace pero me parece que, en general, es muy similar.

Juan Antonio Cruz Parceró

- c) Si el caso fue correctamente subsumido bajo las reglas y criterios que se establecieron como relevantes.

La función que llevó a cabo la Suprema Corte

Respecto del primer tema Francisca Pou afirma que muchas de las críticas que se han hecho a esta resolución dependen de la idea acerca del ejercicio que la Corte debe desplegar cuando revisa la constitucionalidad de las sentencias. Esto a su juicio tiene que ver con las funciones del amparo directo y de la revisión del amparo directo. Luego de recordarnos algunos datos sobre la historia del amparo en México —que aquí no referiré—, Pou sostiene que este recurso legal ha dado un giro decisivo en tiempos recientes a partir de que se acepta que puede servir para que los tribunales federales revisen si los juzgados ordinarios (locales) han resuelto las controversias entre particulares respetando la Constitución y si han hecho valer exigencias derivadas de los derechos fundamentales (y humanos) involucrados (Pou, 2014: 597).

Esta “función renovada” del amparo directo, nos dice Pou, puede ser entendida de dos formas: una robusta o maximizadora y otra acotada. Según la función robusta, la tarea de la Corte “consiste en revisar si la lectura constitucional que los tribunales anteriores han hecho del caso concreto es adecuada y, sobre todo, completa. Y si no lo es, debe identificar y desarrollar del modo más exhaustivo posible todas sus potenciales aristas constitucionales” (Pou, 2014: 598).

En contraste, desde la concepción de la función acotada, “la Corte no debe entrar en cuestiones que no estaban claramente planteadas en la demanda o en cuestiones que, siendo relevantes *ex ante*, no van a tener —a juicio de la Corte— peso suficiente para determinar la dirección fundamental de la decisión final. La Corte debe evitar referirse a principios que no crea que prevalecerán en la construcción de la regla de decisión final” (Pou, 2014: 598-599).

Para Pou es claro que los ministros que votaron el caso en mayoría se adhirieron a la versión robusta, mientras que quienes

Los límites de la libertad de expresión frente a la no-discriminación

votaron en contra¹⁰ se adhirieron a la versión acotada. Esta autora piensa que la versión robusta es la correcta porque, en primer término, en un país con problemas de acceso a la justicia se justifica que la Corte maximice las oportunidades de desarrollar el contenido de los derechos, lo cual resulta una guía muy importante hacia los jueces y tribunales inferiores que ahora están llamados a abordar temas de constitucionalidad por medio del control difuso. En segundo término, la versión robusta es congruente con las obligaciones de respetar, proteger, promover y garantizar los derechos humanos que se derivan del artículo 1º constitucional. Y finalmente, las sentencias de la Corte tienen efectos más allá de los casos que resuelven, colocan temas y problemas en la agenda pública, obligan a las autoridades competentes a crear políticas públicas que no existen o a transformar las que ya existen (Pou, 2014: 599-600).

En este caso, considera Pou, la sentencia de la Corte ha cumplido con el objetivo de visibilizar un problema y propiciar un debate vigoroso sobre un tema hasta ahora intocado por el derecho constitucional. Pone el tema de la homofobia en discusión y aporta elementos sociales, políticos y jurídicos para evaluarla (Pou, 2014: 600-601).

Comparto con Pou la idea de que la Corte está ahora exigida por la misma Constitución para llevar a cabo funciones que antes no tenía o para realizarlas de una forma diferente a como las había entendido. El cambio conceptual y normativo que implicó la reforma constitucional de 2011, donde se contempló en el artículo primero un compromiso de defensa y reconocimiento de los derechos humanos, es un cambio que ha requerido de los juzgadores, comenzando por la misma Corte, replantearse sus funciones a fin de lograr una genuina garantía de los derechos humanos. No obstante esto, aun para quienes compartimos una visión robusta de la función de la Corte, el caso que estamos discutiendo todavía podría plantear el problema de si daba o no

¹⁰ Votaron en contra los ministros José Ramón Cossío y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quienes presentaron votos particulares.

Juan Antonio Cruz Parceró

para el desarrollo que se hizo. Una concepción robusta no puede ser sinónimo de una concepción voluntarista o arbitraria de la función judicial, hay una diferencia entre una Corte *activa* y una *activista*. Tratándose de cuestiones judiciales, la competencia y/o la decisión de un caso particular no puede justificarse sólo por las consecuencias de visibilizar un problema importante.

La crítica muy extendida de que “el caso no daba” para que la Corte se metiera a desarrollar una doctrina sobre los discursos discriminatorios no es una crítica que se haga necesariamente, como parece suponer Pou, desde una concepción *acotada* de la función de la Corte. Uno podría sentirse contento porque el tema alcanzó resonancia y se está discutiendo —porque la Corte hizo suyo este caso—, y a su vez sostener sin contradicción que no está justificada la forma en que lo resolvió. Este punto de cómo entender la función de la Corte, como bien dice Pou, está relacionado con los otros dos, pero no sólo porque suponga que una visión acotada condicionará las respuestas a las otras cuestiones, sino porque también una falta de justificación adecuada en las otras cuestiones, particularmente en la cuestión tercera (si se actualizan los criterios detectados como relevantes en el caso), determinará no si la visión robusta es correcta o no, sino si el caso era relevante. Si, como algunos sospechamos, el caso se forzó para poder desarrollar la doctrina sobre los discursos homófobos, esto no tiene que ver con sostener una visión robusta o acotada. Mi crítica en este punto sería entonces que el caso no justificaba el que la Primera Sala se hubiera metido a analizar los temas relacionados con los discursos discriminatorios, y que para justificar el haber desarrollado una serie de criterios sobre este tema se hubiera forzado a decidir el caso como una cuestión de discriminación.

Los criterios desarrollados en la sentencia

Este punto es muy importante. Más allá de si fue correcto o no que la Corte conociera del caso y desarrollara una doctrina sobre

Los límites de la libertad de expresión frente a la no-discriminación

los discursos discriminatorios, lo importante ahora es analizar esta doctrina. Más allá de la discusión sobre si la decisión del caso concreto fue correcta o no, misma que abordaremos en el siguiente apartado, la función robusta o maximizadora llevó a la adopción de diez tesis aisladas que eventualmente podrían convertirse —si llegan a reiterarse— en tesis jurisprudenciales. Por lo pronto estas tesis serán orientadoras.

Las tesis¹¹ consisten en sostener lo siguiente:

- i. Las expresiones ofensivas u oprobiosas son aquellas que conllevan un menosprecio personal o una vejación injustificada (Tesis aislada CXLIV/2013 (10^a)).
- ii. Las expresiones impertinentes son aquellas que carecen de utilidad funcional en la emisión de un mensaje (Tesis aislada CXLV/2013 (10^a)).
- iii. Las expresiones absolutamente vejatorias se actualizan no sólo mediante referencias a personas en concreto, sino incluso al hacer inferencias sobre colectividades o grupos reconocibles (Tesis aislada CXLVI/2013 (10^a)).
- iv. El lenguaje discriminatorio se caracteriza por destacar categorías de las señaladas en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante elecciones lingüísticas que denotan un rechazo social (Tesis aislada CXLVII/2013 (10^a)).
- v. El discurso homóforo constituye una categoría de lenguaje discriminatorio y, en ocasiones, de discursos del odio (Tesis aislada CXLVIII/2013 (10^a)).
- vi. El discurso homóforo no se actualiza cuando las expresiones se utilizan para fines científicos, literarios o artísticos (Tesis aislada CXLIX/2013 (10^a)).
- vii. Actualización, características y alcances de los discursos del odio (Tesis aislada CL/2013 (10^a)).

¹¹ Todas estas tesis pueden consultarse en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/tesis/documento/201610/TESES%20AISLADAS%202013_PRIMERA%20SALA.pdf (Consulta: 28 de febrero, 2018).

Juan Antonio Cruz Parceró

- viii. Preferencia sexual. No es un aspecto pertinente para la calificación de la pericia profesional (Tesis aislada CLX-II/2013 (10^a)).
- ix. Los medios de comunicación juegan un papel fundamental para la disminución y erradicación del lenguaje discriminatorio (Tesis aislada CLXIII/2013 (10^a)).
- x. El uso difundido de expresiones habituales de una sociedad no las excluye del control de constitucionalidad (Tesis aislada CLXXXVIII/2013 (10^a)).

No pretendo hacer una revisión crítica de todos estos criterios, esa tarea si bien es importante no la podemos hacer aquí. Me referiré solamente de manera selectiva a algunos problemas referidos a las tesis presentadas en i, ii, iv, v y vi.

El derecho al insulto, las expresiones ofensivas u oprobiosas y las expresiones impertinentes

Las tesis i y ii hacen referencia a otra tesis que había aparecido en 2011¹² que sostenía que si bien la Constitución no reconoce un derecho al insulto, lo cierto es que no prohíbe tampoco expresiones que pueden resultar fuertes, desmedidas, provocativas, indecentes, etc., en cuyo caso prevalecerá la libertad de expresión. Pero cuando se utilicen *expresiones absolutamente vejatorias* prevalecerá el derecho al honor. La Corte entiende por expresiones absolutamente vejatorias aquellas que sean: a) *ofensivas u oprobiosas*, según el contexto; b) *impertinentes* para expresar opiniones o informaciones, según tengan o no relación con lo manifestado. Sin embargo, en esta tesis de 2011 se dejaba sin precisar lo que se entiende por expresiones “ofensivas u oprobiosas”, y parecía entonces que cualquier expresión provocativa, fuerte, indecente, si resulta impertinente constituirá una expresión absolutamente vejatoria prohibida por la Constitución.

¹² Tesis aislada XXV/2011 (10^a).

Los límites de la libertad de expresión frente a la no-discriminación

Con las tesis referidas en i y ii se precisan los dos componentes de las expresiones absolutamente vejatorias. De este modo se dirá que una expresión es ofensiva u oprobiosa cuando conlleve “un menosprecio personal o una vejación injustificada, en virtud de realizar inferencias crueles que inciten una respuesta en el mismo sentido, al contener un desprecio personal”. Y serán impertinentes cuando en el mensaje que se emite las mismas no se encuentran vinculadas al mensaje, lo que pone en evidencia su uso injustificado y, por tanto, su impertinencia en el mensaje cuestionado. En la tesis ii se afirma que para arribar a la anterior conclusión, en cada caso en concreto deben analizarse las manifestaciones de forma integral, así como el contexto en el cual las mismas fueron emitidas, a efecto de determinar si las expresiones tenían alguna *utilidad funcional*, esto es, si su inclusión en el mensaje era necesaria para reforzar la tesis crítica sostenida por las ideas y opiniones correspondientes, pues, en caso contrario, las mismas resultarían impertinentes.

Respecto a estos criterios, las críticas se enfocan en que las precisiones siguen siendo vagas y permiten, como dijera José Ramón Cossío en su voto particular,¹³ una intromisión fuerte en los contenidos de los discursos. Cossío se aparta de la decisión mayoritaria porque no comparte la afirmación de que la Constitución no protege el derecho al insulto, para él la misma Corte ha reconocido en algunos casos que algunas expresiones terriblemente descalificadoras y ofensivas encuentran amparo constitucional bajo la libertad de expresión cuando tienen relevancia pública. Lo relevante a su juicio no es que la expresión sea injuriosa u ofensiva, sino que, por una parte, no se viole un derecho humano y, por la otra, que exista un interés público en la expresión particular. Mientras que la difamación es un límite claro y objetivo que impone el derecho al honor, sostiene Cossío, la ofensa y la vejación parecieran depender del sentimiento del

¹³ El voto se puede consultar en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=143425> (Consulta: 28 de febrero, 2018).

Juan Antonio Cruz Parceró

sujeto referido en la expresión o —peor aún— del propio juzgador, lo cual no puede constituir un criterio aceptable.

Hay algo de razón a mi parecer en la crítica de Cossío. Coincido con él en que es inexacto que se diga que el (derecho al) insulto no esté protegido en la Constitución. Evidentemente, la Constitución no dice explícitamente que lo esté, pero, como nos muestra Cossío, el insulto puede estar protegido cuando forma parte de un discurso o manifestación de ideas que pueden tener interés público, por ejemplo, por referirse a un personaje público en algún tema de relevancia. En ciertas circunstancias tenemos derecho a insultar a otros, y ese derecho tendría que estar protegido y garantizado.¹⁴

El problema con la crítica de Cossío lo encuentro cuando nos dice que lo relevante no es la ofensa sino que se viole un derecho humano. Este criterio no nos ayuda a resolver la cuestión, pues precisamente lo que queremos hacer es determinar si el derecho (humano) al honor —o el derecho a no ser discriminado o algún otro— resultó violado. Se incurre, pues, en una especie de petición de principio donde para determinar si una expresión se excede y afecta de modo injustificado el derecho al honor de otra persona (o algún otro derecho) debemos probar que viola un derecho humano.

La idea de que una expresión absolutamente vejatoria es el límite a la libertad de expresión parece quedar todavía sin aclarar aun cuando se haya tratado de precisar que éstas han de implicar un menosprecio personal o una vejación injustificada. Menospreciar a alguien puede ser algo que quizá no debemos hacer con nuestros semejantes, es decir, no tendríamos que considerar a alguien menos a lo que se merece,¹⁵ tampoco deberíamos vejarnos (maltratarlos, hacerles padecer, molestarlos¹⁶), pero parece que

¹⁴ En el amparo 4436/2015 la Suprema Corte resolvió, respecto del artículo 287 del Código Penal del Distrito Federal, que el delito de injurias contra la autoridad no era constitucional y que debido a la vaguedad de la formulación de ese artículo se podría vulnerar la libertad de expresión.

¹⁵ Véase el significado de *menospreciar* en el *Diccionario de la Lengua Española*.

¹⁶ Igualmente véase el significado de *vejar* en el *Diccionario de la Lengua Española*.

Los límites de la libertad de expresión frente a la no-discriminación

estas ideas son poco claras para determinar cuándo el considerar a alguien menos o molestarlo y maltratarlo (de palabra claro) implicaría que usamos expresiones absolutamente vejatorias (suponiendo que además son impertinentes) y que deberían estar prohibidas (y en ciertos casos, incluso, merecer alguna sanción).

La idea de la utilidad funcional es también complicada, parecería que si las expresiones oprobiosas (que menosprecian o vejan a la persona) se inscriben en un discurso donde no son gratuitas, las mismas estarían protegidas, mientras que si fuesen innecesarias estarían protegidas. La cuestión aquí sería preguntarse ¿necesarias para qué? Si el discurso pretende, por ejemplo, el menosprecio de la persona, tratar de mostrar que alguien vale menos o merece ser molestado por alguna razón, entonces ese discurso no podría ser considerado absolutamente vejatorio, pues los insultos tendrían obviamente una utilidad funcional, lo cual parece absurdo. Parecería entonces que sólo cuando las expresiones oprobiosas se inserten en discursos que pretendan otra cosa (otro tipo de crítica que no fuera contra la persona, aunque sí podría ser contra sus actos o sus creencias) y no el menosprecio de la persona o su descalificación, serían consideradas como prohibidas. Lo que es extraño es que si el discurso fuese en sí mismo contra la persona, la expresión oprobiosa no puede carecer de funcionalidad y esto haría, paradójicamente, que no fuese una expresión absolutamente vejatoria.

En ocasiones determinar con precisión algún criterio es bastante complicado, nuestro lenguaje es esencialmente vago y nuestras precisiones introducen a menudo más confusión a la que había. Lo importante en todo caso es entender que muchas veces nos las vemos con conceptos que no podemos definir con precisión, en estos casos habría que tratar al menos de entender que estos criterios por su vaguedad son sólo orientadores y no deberíamos tomarlos como criterios precisos. Lo que acabo de hacer justo en líneas anteriores es mostrar que tomárselos literalmente nos lleva a resultados absurdos.

Juan Antonio Cruz Parceró

El lenguaje discriminatorio se caracteriza por destacar categorías de las señaladas en el artículo 1º de la Constitución, mediante elecciones lingüísticas que denotan un rechazo social

En esta tesis iv se sostiene lo siguiente:

El respeto al honor de las personas, como límite al ejercicio de la libertad de expresión cuando las manifestaciones se refieran a grupos sociales determinados, alcanza un mayor estándar de protección cuando las mismas se refieran a colectividades que por rasgos dominantes históricos, sociológicos, étnicos o religiosos, han sido ofendidos a título colectivo por el resto de la comunidad. En efecto, esta protección al honor de los grupos sociales se intensifica cuando en una sociedad determinada ha existido un constante rechazo a las personas que los integran, ante lo cual, el lenguaje que se utilice para ofender o descalificar a las mismas adquiere la calificativa de discriminatorio. En consecuencia, el lenguaje discriminatorio se caracteriza por destacar categorías de las señaladas en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante elecciones lingüísticas que denotan un rechazo social, en torno a aspectos tales como el origen étnico o nacional, el género, las discapacidades, la condición social, la religión y las preferencias sexuales. Debido a lo anterior, el lenguaje discriminatorio constituye una categoría de expresiones ofensivas u oprobiosas, las cuales al ser impertinentes en un mensaje determinado, actualizan la presencia de expresiones absolutamente vejatorias (véase Tesis aislada CXLVII/2013 (10ª)).

Aquí se define lo que sería el lenguaje discriminatorio como aquel que refiere a grupos sociales o colectividades que forman

Los límites de la libertad de expresión frente a la no-discriminación

parte de las llamadas categorías prohibidas por la Constitución a efectos de diferenciar a las personas o discriminarlas injustificadamente. En este caso el lenguaje discriminatorio consiste en utilizar expresiones que denotan un rechazo social. Decirle a alguien en ciertos contextos, por ejemplo, *naco*, *joto*, *maricón*, *retrasado mental*, *imbécil*, *tullido*, *jobado* o tantas otras expresiones que se nos pueden ocurrir y que a diario las escuchamos, por tratarse de expresiones oprobiosas podrían (de ser también impertinentes) convertirse en expresiones prohibidas (absolutamente vejatorias).

Pero, nuevamente, tomarnos al pie de la letra lo que nos dice este criterio vago nos conduciría a resultados absurdos. Si yo al manifestarme en contra de alguien y de sus opiniones le digo que parece —él o sus opiniones— un retrasado mental. ¿Estoy o no usando (eligiendo) un lenguaje discriminatorio?, ¿mi expresión discrimina a quienes padecen un retraso mental? Tomarse al pie de la letra el criterio llevaría a sostener que lo que diga debería prohibirse y/o sancionarse. Pero, como vimos antes, si nuestra expresión resulta con cierta pertinencia, entonces sí estaría permitida.

Y de nuevo aquí se nos aparece otro problema de vaguedad: ¿qué es la pertinencia (o la impertinencia)? Podemos ofrecer sinónimos (o antónimos) de la palabra pero ello no ayudaría mucho a resolver el problema de lo que ha de considerarse una expresión impertinente. La idea de “utilidad funcional” no puede ser sino un sinónimo de pertinencia, la cuestión es que quien aplica el criterio debe determinar cuál es la función principal o si hay alguna otra función que no sea principal, habría que distinguir y calificar la misma función como justificada o injustificada (legítima o ilegítima), pues ya vimos que de otro modo si la función misma del discurso fuese menospreciar o vejar esto nos llevaría al absurdo de decir que tales expresiones tienen utilidad funcional y, por ende, considerarlas permitidas.

Una vez más, el lenguaje discriminatorio no podría consistir única, ni necesariamente, en la utilización de expresiones que denoten un rechazo social por usar categorías prohibidas en la Constitución. El lenguaje discriminatorio suele usar expresiones

Juan Antonio Cruz Parceró

homóforas, sexistas, clasistas..., esto es, como dice el criterio que estamos comentando, destaca algunas de las categorías de las prohibidas en el artículo 1º de la Constitución. Pero hay que entender que *destacar* es algo más amplio que usar expresiones oprobiosas o injuriosas. Al igual que puede existir un discurso discriminatorio que no use expresiones injuriosas, puede haber un discurso que las use y no sea, ni pretenda ser, discriminatorio. En muchos contextos podemos y solemos usar expresiones homóforas, sexistas, clasistas, etc., sin estar haciendo un discurso discriminatorio. Habría que tener cuidado con este tipo de discursos, por más odiosos¹⁷ que resulten o de mal gusto no son ni pretenden discriminar a nadie.

El discurso homóforo constituye una categoría de lenguaje discriminatorio y, en ocasiones, de discursos del odio. El discurso homóforo no se actualiza cuando las expresiones se utilizan para fines científicos, literarios o artísticos

La Primera Sala aprovechó la ocasión para extender su doctrina sobre la libertad de expresión y sus límites, llegando a considerar el tema de los discursos de odio, tema que por supuesto ya tenía poco o nada que ver con el caso que se estaba decidiendo. Pero ya vimos que más allá de si pecó de activista o no, la forma en que delineó lo que son los discursos de odio se amolda muy bien a los criterios usados a nivel internacional.

La homofobia es el rechazo irracional a la homosexualidad que implica un desdén (menosprecio) o agresión y que conlleva el empleo de estereotipos de género. Implica una forma de

¹⁷ Retomo la idea de Luz Helena Orozco y Villa, quien ha distinguido entre discursos de odio y discursos odiosos. La finalidad de un discurso de odio que pretende generar condiciones para que un grupo pueda ser dañado. Los discursos odiosos no tienen esta finalidad (Orozco y Villa 2018).

Los límites de la libertad de expresión frente a la no-discriminación

“inferiorización” de la persona. La aversión usualmente recurre a expresiones en un sentido burlesco y ofensivo que están fuertemente arraigadas en la sociedad. Estas expresiones constituyen manifestaciones discriminatorias. Y continúa afirmando el criterio de esta tesis (v) lo siguiente:

Así, tomando en consideración la protección constitucional expresa a la preferencia sexual de los individuos, es que la misma no puede constituir un dato pertinente para la calificación social de una persona. Por tanto, al tratarse la homosexualidad de una forma de sexualidad tan legítima como la heterosexualidad, puede concluirse que aquellas expresiones homófobas, esto es, que impliquen una incitación, promoción o justificación de la intolerancia hacia la homosexualidad, ya sea mediante términos abiertamente hostiles o de rechazo, o bien, a través de palabras burlescas, deben considerarse como una categoría de lenguaje discriminatorio y, en ocasiones, de discursos del odio.

¿Cuándo se considera que el empleo de una expresión burlesca de éstas a que refiere la Corte se utiliza para incitar, promover o justificar la intolerancia hacia la homosexualidad? El argumento de la Corte parece circular, pues considera que el uso de los “términos hostiles o de rechazo” o bien “burlescos” son precisamente *el* indicio de que se está promoviendo la intolerancia hacia la homosexualidad.

En los debates sobre este punto no ha faltado traer a cuento los gritos que en el fútbol mexicano hace el público cuando un portero del equipo rival va a despejar. El grito de “¡eeeeeh, puuuto!” podría considerarse bajo este criterio como un lenguaje discriminatorio, por el uso de expresiones homófobas; podría considerarse, por su mero uso, como una promoción de la intolerancia hacia la homosexualidad. Más allá de que ciertas expresiones resulten odiosas y que quizá por ello deban ser desalentadas,

Juan Antonio Cruz Parceró

podría ser un exceso considerarlas como absolutamente vejatorias y, por ello, como prohibidas constitucionalmente.

En el criterio vi se sostiene que el discurso homófobo no se actualiza cuando las expresiones se utilizan para fines científicos, literarios o artísticos. Aquí se le da a estos tres tipos de discurso o formas de expresión una protección más amplia. Esto puede estar bien, pero nuevamente se nos presentan problemas de vaguedad. La tesis sostiene lo siguiente:

Si bien es cierto que a juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las expresiones homófobas son una categoría de lenguaje discriminatorio y, en ocasiones pueden actualizar discursos del odio, lo cierto es que resulta posible que se presenten escenarios en los cuales determinadas expresiones que en otro contexto podrían conformar un discurso homófobo, válidamente pueden ser empleadas, atendiendo a situaciones como estudios y análisis científicos, u obras literarias o de naturaleza artística, sin que por tal motivo impliquen la actualización de manifestaciones discriminatorias o de discursos del odio, gozando por tanto de protección constitucional (véase Tesis aislada CXLIX/2013 (10^a)).

La forma en que se presenta la justificación del criterio es muy problemática. Primero, la Primera Sala acepta que las expresiones homófobas podría ser válidamente empleadas en determinadas situaciones como en estudios o análisis científicos, obras literarias o artísticas, sin embargo pareciera que el rubro del criterio nos dice algo más fuerte: “Libertad de expresión. El discurso homófobo no se actualiza cuando las expresiones se utilizan para fines científicos, literarios o artísticos”. Se podría interpretar que el discurso homófobo cuando esté presente en discursos científicos, literarios o artísticos no constituye por ese hecho un discurso discriminatorio. Hay dos formas entonces de entender este criterio, una forma débil y una fuerte. La forma

Los límites de la libertad de expresión frente a la no-discriminación

débil sugiere que pueden existir contextos en que el uso de expresiones homófobas no implique un discurso discriminatorio y sólo como ejemplo se alude a los discursos científicos, literarios y artísticos. Por ende, no implica que en estos discursos un científico, un artista, un poeta o novelista, etc., no puedan incurrir en discursos discriminatorios homofóbicos, discursos que podrían llegar incluso a prohibirse.

Recientemente se ha puesto mucha atención sobre el rol que ciertos grupos académicos han jugado en universidades norteamericanas y de Europa para el resurgimiento del racismo, la xenofobia y la homofobia.¹⁸ Los discursos académicos en ocasiones —al igual que la literatura o el arte— podrían estar cargados ideológicamente y ser un vehículo bastante eficaz para promover la intolerancia e incluso la violencia contra ciertos grupos (es decir, ser discursos de odio). Una forma fuerte en que se podría interpretar el criterio de la Primera Sala implicaría que por el mero hecho de pretender ser discursos científicos o académicos, literarios o artísticos nunca se podría actualizar la hipótesis de ser un discurso discriminatorio y absolutamente vejatorio prohibido por la Constitución. Esta lectura fuerte, sugerida por el rubro de la tesis, me parece insostenible.

Termino esta sección advirtiendo sobre la forma en que hemos de utilizar estos diez criterios que establece la Suprema Corte y que podrían devenir en tesis jurisprudenciales obligatorias. He intentado presentar argumentos para sostener que permiten varias interpretaciones y que lo mejor sería rechazar algunas de ellas por conducirnos a resultados insostenibles o muy problemáticos.

El caso de los insultos *maricón* y *puñal* y la decisión de la Primera Sala

Mucho de lo que se ha escrito críticamente en torno al caso que estamos discutiendo tiene que ver con que se considera que no

¹⁸ Remito al trabajo doctoral de Carlos Alberto Galindo López (2017).

Juan Antonio Cruz Parceró

encaja bien en el tema de ser un discurso discriminatorio y absolutamente vejatorio.

La Primera Sala terminó considerando que los términos *maricones* y *puñal*, aunque por sí mismos no son hostiles contra los homosexuales, en el contexto que se analizó (la nota periodística) sí conllevan la conformación de un discurso dominante, mediante el cual la heterosexualidad se identifica con un calificativo de “normalidad”, mientras que la homosexualidad, caracterizada por la referencia a la misma por medio de burlas y estereotipos, se constituye en una categoría de inferioridad, lo cual justificaría la existencia de una intolerancia hacia las personas homosexuales basada solamente en razón de su preferencia sexual, situación que resulta inadmisibles acorde al texto constitucional. Las consideró, pues, expresiones discriminatorias. Pero fue más allá al estimar que “su empleo genera una incitación o promoción de intolerancia hacia la homosexualidad”.

La ambigüedad y vaguedad de los criterios a los que arribó la Primera Sala permitieron que el caso se pudiera subsumir bajo tales criterios. Sin embargo, el caso presentaba algunos aspectos que no fueron debidamente considerados. Cossío señaló en su voto particular que la nota periodística tenía la intención de criticar de manera ofensiva el ejercicio profesional de los periodistas aludidos, la intención de ofenderlo era clara, pero no se pretendía discriminarlos. De hecho quien demandó lo hizo por sentirse ofendido y no por sentirse discriminado. Si esto es así, las expresiones sí tenían una utilidad funcional, la de ofender, pues la nota tenía tal función. Referir a uno de los periodistas como “lambiscón, inútil y puñal”, pudo haber implicado el uso del término *puñal* en el sentido de cobarde y no en el de homosexual, pues los otros términos refieren a características que aluden a su servilismo.¹⁹

Otro aspecto criticado fue que la decisión no tomó en consideración la intención del discurso. Podríamos distinguir entre a) las *actitudes o conductas* homófobas, b) los *discursos* homófobos

¹⁹ Véase el punto 29 del voto particular de José Ramón Cossío.

Los límites de la libertad de expresión frente a la no-discriminación

y c) las *expresiones* homófobas. Parece que para la Primera Sala estas tres cosas están necesariamente conectadas. Quien utiliza una expresión homófoba, lo hace dentro de un discurso homófobo y tiene por ende una actitud o conducta homófoba. Pero ciertamente eso no es necesariamente así. Si entendemos que una actitud o conducta homófoba es intencional (no sé si quepa considerar que alguien pueda tener una conducta homófoba no intencional, pero ahora no me ocuparé de esto), seguramente quien tiene tal conducta la reflejará no sólo en actos homófobos, sino también en discursos homófobos, incluso discursos de odio (aunque no necesariamente), y tenderá quizá a usar expresiones homófobas, aunque ello desde luego no es necesario.

Sin embargo, no siempre quienes utilizan expresiones o palabras homófobas, dada la polisemia del lenguaje, las usarán dentro de discursos homófobos, esto es, las usarán como expresiones cotidianas que pueden ser rudas o jocosas, pero quizá no peyorativas; podrán incluso en ocasiones perder su carga negativa y usarse en términos opuestos a los usos peyorativos comunes (como cuando entre homosexuales se llaman de broma o de cariño *maricas*).²⁰ Incluso no siempre quien puede manifestar discursos homófobos tendrá actitudes intencionales homófobas. La calificación de actitud intencional es importante, dado que en una sociedad donde existen estereotipos y discursos dominantes, donde éstos son por ejemplo machistas, sexistas, homófobos, etc., y donde los niños desde pequeños aprenden a usar ciertas expresiones y pueden reproducir actitudes, no necesariamente implicará que se tiene la intención de discriminar. Me parece que habrá que distinguir entre los discursos homófobos que agregan intencionalidad de discriminar y llevan aparejada la actitud correspondiente y los discursos homófobos que reflejan ciertos valores dominantes en una sociedad, pero donde quien los emite puede no ser consciente de lo que implican.

²⁰ Hay muchos ejemplos de cómo expresiones como *indio*, *queer* (en los Estados Unidos), *negro*, *puta*, etc., pueden llegar a tener un uso reivindicativo cuando han tenido o se han usado comúnmente como expresiones peyorativas.

Juan Antonio Cruz Parceró

Tendríamos que distinguir el tipo de reproche que hacemos al uso inconsciente, automático (aunque en cierto aspecto pueda ser intencional), de expresiones homófobas, propio de un tipo de cultura dominante, al reproche hacia un uso consciente e intencional que conlleve una actitud también homofóbica.

La discriminación implica no sólo considerar y tratar a otro como inferior, sino que además habría que incorporar las consecuencias que se producen, el tipo de daño que se genera. La libre expresión deja de serlo cuando incita, conduce o estimula acciones contra los derechos de otras personas (véase Rodríguez Zepeda, 2007). Esta vinculación con el daño es un elemento que en el análisis de la Suprema Corte se asume en automático por el mero uso de expresiones homófobas.

Bibliografía

- ARTÍCULO 19 (2013). Los puñales de la Suprema Corte. *Animal Político*, 24 de abril. Recuperado de <http://www.animalpolitico.com/blogueros-altoparlante/2013/04/24/los-punales-de-la-suprema-corte/> (Consulta: 20 de septiembre, 2017).
- GALINDO LÓPEZ, CARLOS ALBERTO (2017). *Divide et impera: la demografía racial de Estados Unidos*. México, UNAM, Doctorado en Filosofía de la Ciencia.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, JAVIER (2015). Discursos de odio, homofobia y libertad de expresión en la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la nación. En Valeria López Vela y Adán Baltazar García Fajardo (coords.), *El poder de la palabra: discursos de odio* (pp. 77-91). México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal / Universidad Anáhuac México Sur.
- NARVÁEZ, ALFREDO (2016). El honor colectivo como límite a la libertad de expresión en México: aproximación crítica al amparo directo en revisión 2806/2012 relacionado con el uso de expresiones homófobas en medios de comunicación impresa. *Revista Juez. Cuadernos de Investigación*, 5, 287-316.
- OROZCO Y VILLA, LUZ HELENA (2018). “¿Debe tolerarse la intolerancia? La diferencia entre discurso de odio y los discursos odiosos” en López Vela, Valeria (comp.), *Discursos de odio, los lenguajes del totalitarismo*, México, Copred, en prensa.
- POU GIMÉNEZ, FRANCISCA (2014). Libertad de expresión y discurso homofóbico en México: ¿Es correcta la teoría constitucional de la Suprema Corte? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 52(140), 585-616.
- RODRÍGUEZ ZEPEDA, JESÚS (2007). ¿Qué es la discriminación y cómo combatirla? México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.
- VELA, ESTEFANÍA (2013). La Corte y sus tropiezos ante las expresiones insultantes. *Nexos*, 22 de abril. Recuperado de

Juan Antonio Cruz Parceró

<http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=2591> (Consulta: 20 de septiembre, 2017).

VELA, ESTEFANÍA, Y NIEMBRO, ROBERTO (2013). La Corte ante las expresiones insultantes y discriminatorias. Un debate. *Nexos*, 30 de abril. Recuperado de <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=2624> (Consulta: 20 de septiembre, 2017).