

REFLEXIONES INTRODUCTORIAS¹

I

Este estudio tiene como finalidad analizar las relaciones entre dos derechos fundamentales que guardan una especial relevancia para las democracias constitucionales: la libertad de expresión y el derecho a no ser discriminado. En principio, intuitivamente, al ser dos columnas torales de ese modelo de organización política, ambos derechos deben tener una relación de compatibilidad armónica. Esto, en circunstancias normales y en la mayoría de los casos, es cierto. Las democracias constitucionales presuponen y buscan garantizar que la libertad de expresión y el derecho a no ser discriminado se encuentren simultáneamente garantizados a todas las personas. De hecho, ambos derechos, como se verá a lo largo de este estudio, tienen una relación estrecha con un principio teórico —que tiene una fuerte carga axiológica— y que podemos llamar el “principio de la igual dignidad de las personas”; es más, en varios sentidos, los dos derechos que nos ocupan constituyen mecanismos idóneos para hacer efectiva dicha dignidad.

La libertad de expresión, por un lado, es un instrumento idóneo para que todas las personas —por ser individuos igualmente “dignos”— puedan manifestar sus ideas, emociones, sentimientos, in-

¹ A lo largo de este estudio, en algunos de sus apartados, se reproducen textos o reflexiones que los autores hemos desarrollado en otros trabajos.

tereses, etcétera. Desde esta perspectiva, la libertad de expresión supone el reconocimiento de la igual dignidad de los seres humanos y, simultáneamente, se ofrece como un medio para que dicho reconocimiento se haga patente. El derecho a no ser discriminado, por su parte, representa una garantía de que todas las personas —precisamente por tener la misma “dignidad”— recibirán un trato igual en circunstancias similares. En este sentido, la prohibición de toda discriminación injustificada es reflejo del reconocimiento de la dignidad personal y, al mismo tiempo, constituye una garantía para la afirmación efectiva de la misma.

II

Así las cosas, los dos derechos que ocuparán nuestra atención a lo largo de este trabajo comparten una vinculación profunda y constituyen una parte importante del núcleo, primero, axiológico y, después, de derecho positivo del constitucionalismo democrático contemporáneo. En efecto, ambos derechos forman parte medular de lo que Ernesto Garzón Valdés llama el “coto vedado” y Luigi Ferrajoli “la esfera de lo indecible” en las democracias constitucionales, es decir, son derechos indisponibles a las mayorías políticas que imponen límites y vínculos al poder político —y también privado— en general. Dada la importancia de ambos derechos, el Estado debe, por un lado, abstenerse de llevar a cabo acciones que los vulneren pero, por el otro, implementar otras acciones necesarias para garantizarlos y, de paso, para impedir que poderes de otra índole —legales o ilegales— terminen por arrasarlos.

En la primera parte de este estudio, para evidenciar la relevancia y características particulares de estos derechos, se ofrece al lector una reconstrucción analítico-normativa de cada uno de ellos. Primero, se desarrollan los elementos conceptuales y teóricos que dan forma a la libertad de expresión: se delinea su contenido, su importancia en sí y para el constitucionalismo democrático y, a partir de algunas referencias a casos emblemáticos,

se muestran los problemas que supone imponer ciertos límites al ejercicio de esta libertad fundamental. En segundo lugar, teniendo en cuenta el desarrollo conceptual y normativo del derecho a la no discriminación, se reconstruyen los elementos que dan forma a este importante derecho fundamental. En efecto, después de evidenciar lo que es la discriminación y los daños que provoca, se explica la génesis teórica —a partir del principio de igualdad— e histórica —en algunos documentos jurídicos emblemáticos— del derecho a no ser discriminado.

Se trata de dos capítulos independientes pero en los que hemos intentado evidenciar algunos puntos de contacto —y también de posible tensión— entre ambos derechos fundamentales.

Más adelante, en la segunda parte del estudio, antes de revisar el estado del arte de ambos derechos en el ordenamiento jurídico mexicano, centraremos nuestra atención precisamente en las relaciones que existen entre ambos derechos. En este sentido, nos ocuparemos tanto de las posibles tensiones entre la libertad de expresión y el derecho a no ser discriminado, como de las circunstancias venturosas en las que puede generarse una sinergia positiva de reforzamiento y de recíproca garantía entre ambos derechos.

Este segundo apartado del trabajo constituye su aportación más original porque se aleja de los lugares comunes y echando mano de algunos casos emblemáticos evidencia que, en ciertas circunstancias, los dos derechos que nos incumben pueden entrar en conflicto por lo que es importante realizar ejercicios de ponderación que nos permitan ofrecer una respuesta a cada caso de conflicto en lo particular. Pero, además, se ofrece una visión complementaria en la que se evidencia que los dos derechos que nos interesan, así como pueden entrar en conflicto, en ciertos contextos, pueden reforzarse mutuamente.

Finalmente, en un tercer apartado, se ofrece una revisión general y amplia de la regulación vigente en México de ambos derechos y se ofrecen algunas reflexiones conclusivas sobre los problemas en este tema que debemos enfrentar en el mediano plazo si queremos consolidar nuestra democracia constitucional.

III

Desde ahora, en estas reflexiones introductorias, nos parece importante ofrecer algunas coordenadas conceptuales para entender por qué entre la libertad de expresión y el derecho a no ser discriminado pueden presentarse tensiones e, incluso, atropellamientos y, al mismo tiempo, cómo es que cada uno de estos derechos pueden convertirse en un excelente aliado del otro. Esto con la única finalidad de ofrecer al lector una especie de brújula conceptual que le permita orientarse en la lectura del estudio y, sobre todo, encontrar por cuenta propia algunos nudos y puntos de contacto que explican la relación compleja —por un lado, de posible tensión y, por el otro, de mutuo reforzamiento— entre los derechos que nos interesan.

Para explicar el problema de las posibles tensiones entre la libertad de expresión y el derecho a no ser discriminado puede ser útil echar mano de la siguiente idea de Isaiah Berlin: aunque nos cueste reconocerlo “todas las cosas buenas no son compatibles, y menos aún todos los ideales de la humanidad”.²

Este dato de hecho, arraigado en la realidad, es cierto en múltiples circunstancias. Más allá de nuestros buenos deseos y de la vocación de los optimistas, en el mundo real, muchas cosas valiosas entran en conflicto. Por ejemplo, con más frecuencia de la que quisiéramos es común que dos derechos fundamentales se enfrenten recíprocamente. Los ejemplos siempre suelen ser los mismos pero no por ello dejan de ser atinados: la libertad de expresión contra el derecho a la intimidad; la libertad económica contra la igualdad material; el presunto derecho a la vida del naciente contra la libertad de elección de las mujeres, etcétera. Todos estos conflictos, que en la realidad se presentan en situaciones concretas y específicas, nos orillan a la necesidad de decidir y de tener que optar entre fines y bienes que consideramos simultáneamente valiosos. Si bien es cierto que en ocasiones es posible llegar a

² Berlin, I., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1998, p. 275.

una especie de “compromiso” entre los bienes en conflicto que nos permite encontrar una armonía parcial entre ellos, en otras, es inevitable descartar un bien —un valor, un derecho, un principio, etcétera— en favor del otro.

Aunque esos casos “difíciles” no sean los más comunes lo cierto es que son el reflejo de una realidad inevitable. Para decirlo, de nuevo, con las palabras de Berlin:

... si no estamos armados con una garantía a priori para la proposición de que en alguna parte ha de encontrarse una total armonía de los verdaderos valores —quizá en algún ámbito ideal, cuyas características no podemos más que concebir en nuestra condición de finitud—, tenemos que volver a los resortes ordinarios de la observación empírica y del conocimiento ordinario humano. Y éstos, desde luego, no nos dan ninguna garantía para suponer que todas las cosas buenas —o, en este aspecto, también todas las malas— son reconciliables entre sí, ni siquiera para entender qué quiere decirse cuando se dice esto. El mundo con el que nos encontramos en nuestra experiencia ordinaria es un mundo en el que nos enfrentamos con que tenemos que elegir entre fines igualmente últimos y pretensiones igualmente absolutas, la realización de algunos de los cuales tiene que implicar inevitablemente el sacrificio de otros.³

IV

Dos principios que suelen entrar en conflicto en muchas circunstancias son la libertad y la igualdad. Son muchas las situaciones y contextos —teóricos y prácticos— en los que se presenta una tensión aparentemente “insuperable” entre el principio de la libertad y el valor de la igualdad. La existencia de esta tensión —que en muchas ocasiones es más aparente que real— ha sido un lugar común en la historia de las ideas y de las instituciones políticas. Así como también es larga la lista de autores y teorías que

³ *Ibidem*, pp. 275 y 276.

se han esforzado por encontrar los puntos de contacto —que son muchos— entre ambos principios fundamentales. En los párrafos que siguen nos limitaremos, únicamente, a repasar algunos puntos típicos de la discusión con la única finalidad de mostrar su actualidad y su (im)pertinencia.

1. Un terreno en el que son evidentes las tensiones y los contactos entre los dos principios puede ser el modelo democrático constitucional. En términos muy generales suele identificarse al constitucionalismo con las tesis liberales que se inspiran, precisamente, en el principio de la libertad. Desde este punto de vista, por ejemplo, el Estado constitucional debe ser un Estado limitado en sus poderes como condición necesaria para que las libertades individuales —personal, de pensamiento, de expresión, de reunión, de asociación, etcétera— florezcan. En cambio, la democracia como forma de gobierno suele identificarse con el principio de igualdad que, sobre la base de la autonomía política de las personas, se traduce en el derecho-poder de cada individuo para participar en la adopción de las decisiones colectivas de su comunidad. La igualdad democrática, entonces, supone que los individuos puedan decir siempre y sin limitación alguna cuáles son las decisiones —reglas, acciones, etcétera— que regirán la vida de su comunidad.

Así las cosas, como han señalado muchos autores contemporáneos, el constitucionalismo liberal puede convertirse en una “camisa de fuerza para la democracia” y ésta en un peligro para los diques constitucionales.⁴ Libertad que contiene las manifestaciones de la igualdad política; igualdad democrática que acecha a las libertades modernas, Constant vs. Rousseau; la tensión, en efecto, existe y, sin embargo, como bien sabemos la democracia constitucional es una forma de organización política vigente en

⁴ Sobre el tema nos permitimos reenviar a Salazar, P., *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, porque en ese libro se da cuenta de las tesis de algunos de los autores más reconocidos en este debate: S. Holmes, J. Elster, L. Ferrajoli, R. Dworkin, V. Ferreres, J. C. Bayón, entre otros.

muchos países en nuestros días. Ese solo hecho nos permite llegar a la conclusión que, por ahora, nos interesa: en este caso es verdad que el principio de libertad y el principio de igualdad pueden entrar en conflicto pero también lo es que ambos principios pueden encontrar un equilibrio y, de hecho, complementarse. Es así como decimos que en la democracia constitucional, los individuos, somos “igualmente libres” para ejercer nuestros derechos fundamentales.

2. Pensemos en otro terreno de conflicto: el choque ideológico entre la izquierda y la derecha. En clave moderna y contemporánea es un hecho que, según algunos teóricos connotados, la equidistancia que existe entre los valores de la igualdad y los de la libertad es la que determina y encauza la diferenciación entre las ideologías de izquierda y las de derecha. Norberto Bobbio en su famoso ensayo sobre el tema advertía que la diferencia de fondo entre ambas coordenadas ideológicas era, precisamente, la inclinación de la izquierda hacia el valor de la igualdad sobre el valor de la libertad y, en cambio, la predisposición de la derecha a colocar la libertad por encima de la igualdad.⁵ Esta sola indicación parece confirmar que la tensión entre ambos principios también en este terreno es real.

La mejor manera de evidenciar la contraposición es ubicándonos en el campo de conflicto emblemático: la defensa de la libertad económica frente a la promoción de la igualdad material. Para los liberales económicos el Estado debe abstenerse de intervenir en los asuntos del mercado para que sean los agentes económicos los que —en ejercicio de su “libertad”— generen y distribuyan los bienes materiales; para las y los igualitaristas (podríamos decir socialistas), en cambio, el Estado debe intervenir para regular los intercambios económicos con la finalidad de garantizar ciertos niveles de “igualdad” en el reparto de los beneficios generados. Así las cosas, si se quieren aumentar las condiciones “igualitarias” es necesario imponer límites a la “libertad” y, en sentido contrario, si

⁵ Bobbio, N., *Derecha e izquierda*, Madrid, Taurus, 1995.

se quiere garantizar el máximo grado posible de “libertad” es necesario tolerar resultados “desiguales”.

La tensión es inevitable pero también es teórica y prácticamente superable como lo demuestran las versiones moderadas del liberalismo y del socialismo contemporáneos que han hecho posible, entre otras cosas, el desarrollo del llamado “Estado de bienestar”. Algunos incluso —echando mano de un extraño “osimorón” conceptual— hablan del “liberalismo social” o del “socialismo liberal”. De nuevo, lo que nos interesa advertir es que, si bien la tensión existe, también en este campo puede superarse.

V

Como muestran los campos de tensión que acabamos de delinear, la tensión entre los principios de libertad y de igualdad depende en gran medida de lo que se entienda por cada uno de estos conceptos complejos. Hablar sólo de “libertad” y de “igualdad” sin ulteriores precisiones se presta a múltiples confusiones: ¿de qué libertad estamos hablando?, ¿de la libertad negativa de Locke o de la libertad positiva de Rousseau?, ¿a cuáles de las libertades modernas nos referimos: personal, de pensamiento, de expresión, etcétera?, ¿a la libertad de todos los individuos o sólo a la libertad de los poderosos?⁶ y, pensando a la igualdad, como diría Bobbio, ¿a la igualdad entre quiénes? y ¿en qué cosa?

Este no es el espacio para dilucidar cuestiones tan complejas pero su mención es inevitable para orientar al lector hacia el objeto principal de este estudio: la relación entre la libertad que nos ocupa —la libertad de expresión— y el derecho a no ser discriminados —que es una expresión del principio de igualdad—. En la primera parte de este trabajo se ofrecerá una reconstrucción de ambos derechos con la finalidad, precisamente, de establecer de qué libertad

⁶ Michelangelo Bovero ha delineado esa diferencia de manera ilustrativa con la idea de la libertad del “lobo” y la libertad de las “ovejas”. Cfr: Bovero, M., *Quale libertà? Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

estamos hablando y cuál es el sentido de la igualdad que descansa detrás del derecho a no ser discriminados. Sobre esa base podremos enfrentar, en la segunda parte, las preguntas clave que busca enfrentar este estudio:

- ¿El ejercicio de la libertad de expresión —la manifestación de las ideas— puede provocar (directa o indirectamente) violaciones al derecho a no ser discriminado?
- ¿El derecho a no ser discriminado puede justificar la imposición de límites y restricciones a la libertad de expresión?
- ¿Qué hacer cuando, en circunstancias concretas, entran en conflicto la libertad de expresión y el principio de igualdad (el derecho a no ser discriminado)?
- ¿Es posible encontrar puntos de contacto entre la libertad de expresión y el derecho a no ser discriminado que permitan un reforzamiento recíproco de ambos derechos?
- ¿La libertad de expresión puede ser un vehículo para combatir y superar las discriminaciones?
- En caso de establecer límites a la libertad de expresión, ¿qué tipo de sanciones correspondería imponer?

Finalmente, como es debido, podremos echar un vistazo a nuestra realidad mexicana. Y hacer algunas propuestas.