



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**



FACULTAD DE DERECHO

**“ANÁLISIS DEL MÉTODO DE PONDERACIÓN PARA LOS CASOS
DE COLISIÓN ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL
DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN EN CONTRA DE LAS
MUJERES”**

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE
LICENCIADA EN DERECHO

QUE PRESENTA:

MAYRA ALEXANDRA ORTIZ OCAÑA

DIRECTOR DE TESIS:

DR. PEDRO SALAZAR UGARTE

Ciudad Universitaria, 2017.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

UNIDAD DE SEMINARIOS "JOSÉ VASCONCELOS"
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y
DE AMPARO

Cd. Universitaria, Cd. Mx; a 12 de septiembre de 2017.

**DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.**

Por este conducto, me permito comunicar a usted, que la pasante **ORTIZ OCAÑA MAYRA ALEXANDRA**, con número de cuenta 41202675-9 bajo la supervisión de este Seminario, elaboró la tesis intitulada **"ANÁLISIS DEL METODO DE PONDERACIÓN PARA LOS CASOS DE COLISIÓN ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN EN CONTRA DE LAS MUJERES"**, realizada con la asesoría del profesor **Dr. Pedro Salazar Ugarte**.

Con fundamento en los artículos 8° fracción V del Reglamento de Seminarios, 19 y 20 del Reglamento General de Exámenes de la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberse realizado conforme a las exigencias correspondientes, se aprueba la nombrada tesis, que además de las opiniones que cita, contiene las que son de exclusiva responsabilidad de su autor. En consecuencia, se autoriza su presentación al Jurado respectivo.

"La interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, sabe caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

**ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABERÁ EL ESPÍRITU"
EL DIRECTOR DEL SEMINARIO**

LIC. SEMUNDO ELIAS MUSI

EEM*mpm.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades,
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510, México, D.F.

Lic. Edmundo Elías Musi

Director del Seminario de Derecho Constitucional
y Amparo de la Facultad de Derecho de la UNAM
P r e s e n t e

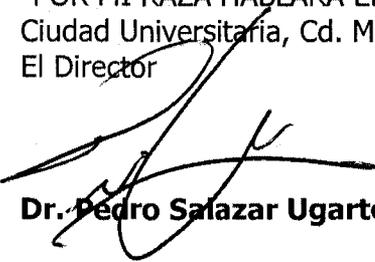
Estimado licenciado Elías Musi:

Como asesor de la tesis de la alumna **Mayra Alexandra Ortiz Ocaña**, con número de cuenta 412026759, quien pretende obtener el grado de Licenciada en Derecho mediante la modalidad *Tesis y Examen Profesional*, someto a su consideración lo siguiente:

La alumna a mi cargo ha terminado satisfactoriamente con el trabajo de tesis intitulado **"Análisis del método de ponderación para los casos de colisión entre la libertad de expresión y el derecho a la no discriminación en contra de las mujeres"**, aprobado por el seminario que usted tiene a bien dirigir. Sobre la tesis en cuestión me permito comentarle que se ha dado un seguimiento puntual durante su desarrollo. Por lo anterior, de no haber inconveniente alguno, someto a su consideración la posibilidad de dar por concluido el proceso de elaboración y revisión para someterlo a examen profesional para su discusión.

Sin más por el momento, le agradezco de antemano las atenciones brindadas y le envío un respetuoso saludo.

Atentamente,
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, Cd. Mx., 07 de agosto de 2017
El Director



Dr. Pedro Salazar Ugarte

"I am a revolutionary. I am a feminist. I don't know if I am a revolutionary feminist or a feminist revolutionary. I think I am a female revolutionary, and a feminist. The fact is that I am a woman, greatly limited by that fact and conscious of my position as woman, committed to the liberation of all women. There is no possibility for me to be liberated except that all women be liberated[...]"

Roxane Dunbar

*A Claudia, Esmeralda y Berenice, quienes me mostraron la razón de que el
feminismo exista*

AGRADECIMIENTOS

A Andrea, David, Julio y Xavier, mis hermanos y hermana por accidente y elección. Estoy tan agradecida de haberles encontrado. Ahora son mi familia.

A Chava, el ejemplo perfecto de como un profesor, incluso sin querer, puede influir en una vida y quien me aconsejó e hizo que todo fluyera.

A Jesús, el asesor sombra de esta tesis.

A Nabila, quien me hizo aprender lo que es un trabajo.

A Ricardo y Paulina, esos coaches, otro tipo de profesores, que en el proceso se convirtieron en amigos.

A las y los amigos con quienes compartí las cosas importantes de la vida. Héctor, un movimiento. Zuri, un hogar. César, comilonas. Carlos, ideas. Daniel, sinceridad. Itzel y Jonathan, un nuevo equipo.

A las y los profesores que influyeron en quien soy, Mariana Vázquez-Bracho, Guillermo Estrada, Ricardo Ortega, Germán Sandoval, Víctor Ortega, Carlos Rodríguez Manzanera y Consuelo Sirvent.

A Daniel Vázquez, de quien son un tercio de citas de esta tesis y que siempre tiene un minuto para platicar.

A Pedro Salazar, mi mentor de quien aprendí la rigurosidad académica, una impresionante ética tanto pública como profesional, el compromiso con el país y la calidez de una amistad.

A mi madre y padre por su ejemplo. A mi madre por su congruencia y a mi padre por su responsabilidad. Me dieron las raíces para poder decidir quien quería ser y siempre apoyaron mis decisiones.

A Juan Carlos, mi hermano pequeño por el que todo vale la pena.

A Balam, mi acompañante de muchos viajes, días y momentos. El compañero y confidente del gran viaje, quien me anima y cuestiona en momentos de incertidumbre.

Al Instituto de Investigaciones Jurídicas, donde he aprendido el compromiso y responsabilidad de tener un trabajo; espacio donde es posible sentirse segura siendo quien eres y donde las ideas serán escuchadas sin falla.

A la Universidad, mi lugar favorito en el mundo, por el cual elegí cambiar de hogar para entrar a sus aulas. La mejor institución del país a quien le debo todo y a quien espero poder regresar algo de lo que me dio a mi.

Contenido

Introducción.....	1
Primer capítulo. Los derechos humanos como principios.....	5
1.1 Principios y reglas	6
1.1.1 Los derechos humanos como principios	11
1.1.2 Características de los derechos humanos.....	15
1.2 Ponderación	31
1.2.1 La metodología de la ponderación de Alexy.....	32
1.2.2 El método de ponderación de Vázquez.....	41
1.2.3 Diferencia entre la metodología de ponderación de Robert Alexy y la de Daniel Vázquez.....	47
Segundo capítulo. Libertad de expresión	52
2.1 Apuntes teóricos sobre la libertad de expresión	53
2.2 Modelos de protección de la libertad de expresión	61
2.2.1 Modelo estadounidense	62
2.2.2 Modelo mexicano.....	73
2.2.3 Distinción entre modelos.....	86
Tercer capítulo. La discriminación en contra de las mujeres	90
3.1 Apuntes teóricos sobre la igualdad de las mujeres.....	91
3.1.1 Estereotipos de género.....	95
3.2 Discriminación en contra de las mujeres	100
3.2.1 Tipos de discriminación.....	103
3.3 Normatividad sobre la discriminación estructural.....	110
3.3.1 Jurisprudencia sobre la discriminación estructural	112
Cuarto capítulo. Estudio de caso de colisión entre la libertad de expresión y la no discriminación en contra de las mujeres	120
4.1 Hechos del caso de Marcelino Perelló.....	120
4.2 Elementos del test de ponderación.....	122
4.3 Aplicación del test de ponderación	123
4.4 Resultado de la ponderación	136
4.5 Apuntes sobre la ponderación en los casos de libertad de expresión y discriminación estructural en contra de las mujeres	137
Conclusiones.....	141
Bibliografía.....	149

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo principal analizar si el test de ponderación desarrollado por Daniel Vázquez es la herramienta adecuada para aquellos casos en los que exista conflicto entre la libertad de expresión y la discriminación estructural en contra de las mujeres. La tesis se dividirá en cuatro capítulos y un apartado de conclusiones para un análisis detallado de todas las problemáticas que convergen.

En el primer capítulo se estudiarán principalmente dos cuestiones, los derechos humanos como principios y la ponderación como mecanismo para la resolución de casos de conflicto entre principios.

En este sentido, lo primero será diferenciar entre dos tipos de normas, las reglas y los principios. Lo anterior para saber si el ejercicio de ponderación que pretende la tesis es el método más adecuado para los derechos que se encuentran en conflicto.

Una vez identificadas las características de cada tipo de normas, se dedicará un apartado a argumentar porqué los derechos humanos deben ser entendidos como principios cuando las autoridades, en particular los jueces, los interpreten. Los dos apartados anteriores se basarán en la literatura escrita por distintos teóricos del derecho como Robert Alexy y Gustavo Zagrebelsky, entre otros, quienes han sido algunos de los autores más importantes para entender los tópicos de la diferencia entre tipo de normas.

Después de abordar el tema sobre los derechos humanos como principios, se procederá a describir las características de los derechos humanos: su carácter absoluto, la universalidad, interdependencia e indivisibilidad. Esto con el objetivo de entender cómo deben ser interpretados los derechos cuando entran en acción.

Posteriormente, se realizará una amplia descripción de la ponderación ideada por Robert Alexy. Se expondrá a detalle cada uno de los pasos para realizar el examen de acuerdo con la metodología de este autor. Una vez realizado, se describirá el método desarrollado por Daniel Vázquez punto por punto. Por

último se harán notar las diferencias entre el examen de Alexy y el de Vázquez para sostener las razones por las cuales se eligió el examen de Vázquez sobre el de Alexy.

Este capítulo permitirá contar con las bases necesarias para comprender el empleo generalizado de la ponderación para resolver los conflictos de derechos. Además de explicar porqué la ponderación es el método más adecuado para el conflicto sobre el que basa su estudio esta tesis.

En el segundo capítulo se realizará un estudio sobre uno de los derechos que se encuentran en colisión, la libertad de expresión. Se iniciará con un pequeño estudio teórico sobre este derecho. La exposición teórica será útil para entender la connotaciones teóricas e históricas que tiene el derecho que se ha titulado como el pilar fundamental de una democracia. Además, el estudio permitirá abordar brevemente el tema de los límites a la libertad de expresión, cuestión fundamental para la ponderación entre derechos.

Posteriormente, se realizará un análisis comparativo de los modelos estadounidense y mexicano de protección a la libertad de expresión. Únicamente se estudiarán los dos modelos por dos razones concretas que serán explicadas a continuación.

Se elige al modelo mexicano sobre el europeo porque el primero está principalmente basado en su homólogo europeo por lo cual sería repetitivo abordar ambos sistemas. Aunado a lo anterior, la pertenencia de México al sistema interamericano hace que exista una jurisprudencia muy amplia de la cual sostenerse. Asimismo, parece la decisión adecuada para conocer las características del funcionamiento de la libertad de expresión en el país.

Por otro lado, la elección del modelo estadounidense se sustenta en que éste es un hito en la protección de la libertad de expresión a nivel internacional por lo cual es imposible dejar fuera a un punto de comparación tradicional. Además es único ya que ningún otro país cuenta con una defensa tan firme a la libertad de expresión como la Corte estadounidense.

La comparación tendrá tres puntos a ser analizados en cada uno de los modelos: la definición de la libertad de expresión, el contenido no protegido para cada sistema y por último, el contenido protegido. La diferencia entre contenido protegido y no protegido es muy importante pues de ella se parte para la inclusión de un discurso en la protección del derecho humano a la libertad de expresión. Asimismo, a partir de la misma se podrá determinar qué tipo de reglas aplican dependiendo del discurso que se presente. Dentro del contenido protegido se expondrán las reglas particulares que cada sistema ha creado para proteger el derecho a la libertad de expresión.

El tercer capítulo se enfocará en la discriminación en contra de las mujeres, el otro derecho parte de la colisión objeto de la tesis. Al igual que con la libertad de expresión se hará un breve análisis teórico sobre la igualdad con especial enfoque en el tema de la discriminación en contra de la mujer.

Inevitablemente, el hablar de la discriminación en contra de las mujeres lleva hacia el feminismo y la diferencia entre las categorías género y sexo. El desarrollo de los conceptos sexo y género han sido una de sus principales aportaciones para pensar los problemas que se enfrentan las mujeres para el combate de la desigualdad. Una vez tratada esta distinción esencial se procederá a exponer qué son y como funcionan los estereotipos para posteriormente aterrizar en la problemática de los estereotipos de género y cómo éstos son el camino que conduce a la discriminación.

Agotado el tema anterior, el capítulo se enfocará en la problemática de la discriminación en contra de la mujer y cómo ha sido regulada para ser combatida. La aparición del concepto discriminación hace indispensable que se elija una tipología para diferenciar las diversas clases de discriminación que existen. Para la investigación, la tipología elegida es la que distingue la discriminación en tres, discriminación directa, indirecta y estructural.

Debido a que el trabajo de investigación tiene como parte de la ponderación a la discriminación estructural en contra de las mujeres, se dedicará un apartado dentro del capítulo para la revisión de la legislación nacional e internacional relacionada con este tipo de discriminación. Además, se exponen tres casos en

los que recientemente se ha tratado este tema. Algo que debe ser notado es que el tema es muy novedoso por lo cual aun no existe un gran número de casos que traten la problemática.

Cada uno de los puntos que aborda este capítulo permitirá entender mejor lo complejo de la problemática de la discriminación y los retos para el logro de la igualdad material para las mujeres. Asimismo, la presentación de la legislación y casos judiciales ayudará a encontrar herramientas para navegar el conflicto en los casos donde se presente la discriminación estructural.

Por último, el cuarto capítulo será un espacio de aplicación de todos los temas abordados a lo largo del trabajo de investigación. Se analizará el caso de Marcelino Perelló y se realizará una aplicación hipotética de la ponderación para este caso de colisión entre la libertad de expresión y el derecho a la no discriminación.

Para ello, se emplearán todas las herramientas teóricas expuestas, incluyendo la noción de los derechos humanos como principios, la ponderación como método para resolverlos, las características de los derechos humanos. Además, se trasladarán las nociones y reglas aplicables a cada uno de los derechos que se encuentran en conflicto.

La base para realizar el examen, como se señaló al principio, será el test de ponderación de Daniel Vázquez. A partir del test se analizará si existe un conflicto real de derechos. Posteriormente se empleará lo expuesto sobre los derechos para argumentar, en armonía con las coordenadas teóricas, como sería solucionado el conflicto entre derechos.

Al final se cuenta con un apartado de puntos conclusivos que pretenden resumir las consideraciones a las que llegó el trabajo de investigación y a partir de éstos incluir algunas propuestas sobre el tema que se trabajó.

Primer capítulo. Los derechos humanos como principios

En la actualidad los derechos humanos han adquirido un papel central en el actuar de los Estados, entre ellos el mexicano. La firma de tratados internacionales y la inclusión de normas de derechos humanos en las constituciones han dado un giro en el modo de entender el Estado. A la par de esta inclusión se ha generado un desarrollo teórico para resolver las problemáticas que pueden surgir de la aplicación de los derechos humanos en la realidad jurídica, estas soluciones deben tener como eje la importancia de los mismos.

A partir de este cambio, todas las autoridades del Estado se encuentran obligadas a respetar y garantizar los derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. No obstante lo anterior, se ha puesto a las y los jueces en el reflector debido a que, en numerosas ocasiones, las garantías primarias de los derechos humanos fallan por lo cual es necesario acudir a la garantía jurisdiccional para lograr el cumplimiento de los mismos. Del trabajo de las y los jueces ha surgido una diferenciación indispensable para comprender el tema de la aplicación e interpretación de los derechos humanos, esto es la distinción de las normas entre reglas y principios.

En el primer apartado de este capítulo se expondrá minuciosamente la diferencia entre reglas y principios para evidenciar porqué los derechos humanos encajan dentro de la categoría de principios. A partir de lo anterior, se dedicará un apartado a argumentar porqué los derechos humanos deben ser entendidos como principios cuando las autoridades, en particular los jueces, los interpreten. Estas dos secciones se apoyarán en lo escrito por distintos teóricos del derecho como Robert Alexy¹ y Gustavo Zagrebelsky², entre otros, quienes han sido algunos de los autores más importantes para entender los tópicos de la diferencia entre tipo de normas. Una vez agotado el tema sobre los derechos

¹ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2a Edición, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, El Derecho y la Justicia

² Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 9na Edición, trad. de Marina Gascón, Madrid, Editorial Trotta, 2009

humanos como principios, se procederá a presentar las características de los derechos humanos de universalidad, interdependencia e indivisibilidad con el objeto de comprender cuál es la forma óptima en la que los derechos deben ser entendidos y aplicados.

Este capítulo además se hará una exposición de la ponderación, la herramienta indispensable para resolver los conflictos de derechos. En primer lugar se abordará la ponderación planteada por Robert Alexy y posteriormente el ejercicio construido por Daniel Vázquez, la que será empleada en el último capítulo del trabajo. En el último capítulo y a partir de la exposición de la ponderación, se evaluará si este método es el más adecuado para el conflicto de derechos sobre el que versa el presente trabajo de investigación, la colisión que puede existir entre la libertad de expresión y la no discriminación en contra de las mujeres.

1.1 Principios y reglas

Uno de los problemas clásicos del derecho son las antinomias. Éstas son contradicciones en las que una situación jurídica es regulada por dos normas distintas y una de las normas permite cierta conducta cuando otra la prohíbe. Existe una forma clásica de resolver los problemas de antinomias, la subsunción o reglas de preferencia, sin embargo, a partir del paradigma del constitucionalismo moderno³ y la positivización de los derechos humanos se ha cambiado la forma en que el derecho es interpretado y esto ha influido en el modo en que los jueces resuelven las antinomias.

Diversos teóricos del derecho⁴, a través del estudio de sentencias de distintos tribunales constitucionales como el alemán o el español, han propuesto que las

³ Véase, Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2a Edición, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, *El Derecho y la Justicia*, Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, *El Derecho y la Justicia*,

⁴ Por ejemplo Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 9na Edición, trad. de Marina Gascón, Madrid, Editorial Trotta, 2009, Ferrajoli, Luigi.

antinomias deben ser resueltas de forma distinta dependiendo del tipo de norma sobre la que verse el conflicto. En razón de lo anterior, es necesario identificar las características de cada tipo de norma para mejorar la resolución de conflictos entre ellas. Los dos grandes rubros en los que se ha dividido a las normas son principios y reglas.

Lo primero que debe precisarse sobre los principios y las reglas es que ambas forman parte del mismo género, las normas jurídicas. Como señala Robert Alexy, los principios y las reglas son normas toda vez que establecen lo que es debido⁵. Ambas intentan prescribir la realidad aunque sus características sean distintas. Una vez explicada la base única de la cual provienen, es posible ahondar en las diferencias que existen entre las mismas.

Las reglas son aplicadas de una forma de todo o nada. La forma en que intentan prescribir la realidad es tajante, una conducta puede estar únicamente prohibida o permitida, no se puede variar la medida de su cumplimiento⁶. Un buen ejemplo es la norma constitucional que indica los plazos con los que debe ser procesada una persona en México.⁷ De este enunciado normativo se desprende que nadie, bajo ninguna circunstancia, puede ser retenido por el Ministerio Público más de 48 horas si no se ha decidido su situación jurídica. En la interpretación judicial, esta regla se aplica de tal forma que es imposible argumentar que el plazo será aplicado caso por caso o que se contemplarán más o menos horas a criterio del juez. Si esto ocurriera, la autoridad incurre en una violación a derechos humanos. En conclusión, como regla, no hay manera en que un plazo pueda ser interpretado de manera gradual. Lo desarrollado previamente es clave para entender la diferencia entre reglas y principios ya

Derechos y garantías. La ley del más débil. 6ta Edición, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Editorial Trotta, 2009.

⁵ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit. p. 83

⁶ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. "Sobre principios y reglas", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, núm. 10 de 1991, p. 102 Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-principios-y-reglas-0/>

⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 16 Párr. 10 "Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial."

que, debido a esa particularidad de las reglas, el resultado se encuentra predeterminado y permite preservar la seguridad jurídica.

Asimismo, las reglas se encuentran en los ordenamientos jurídicos estructuradas de forma jerárquica. La jerarquía permite que existan reglas de mayor o menor importancia que otras. Con base en lo anterior, es posible atender a las reglas de mayor jerarquía, inobservando ordenamientos inferiores.

Por otro lado, los principios son mandatos de optimización aplicables de forma graduada⁸, no de todo y nada. Planteado de otra forma, este tipo de normas mandatan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible. Por lo tanto, abren una posibilidad de distintos grados de cumplimiento dependiendo de las circunstancias del caso en concreto. La forma en la que se graduará un principio dependerá de los otros principios que se encuentren inmiscuidos en la problemática. Debido a lo anterior, se debe atender a la importancia de cada principio en relación con la situación planteada.

En segundo lugar, los principios en abstracto cuentan con el mismo peso, es decir, no existe una jerarquía entre ellos. En los principios contenidos en el texto constitucional, aquellos que tienen la máxima jerarquía, no es posible decir cuál supera a los otros. En el constitucionalismo actual, caracterizado por incluir una pluralidad de valores en las constituciones⁹, el texto constitucional se transformó en el instrumento para materializar las demandas de diversos sectores de la sociedad, por lo cual es posible que los distintos preceptos entren en conflicto. A pesar del posible conflicto entre los principios, la teoría de Alexy, base de esta tesis, impide negar la igual importancia de los derechos.

En las constituciones modernas, principios que históricamente han estado en tensión, como la libertad y la igualdad¹⁰, son consagrados bajo la misma

⁸ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit. p. 75

⁹ Ídem.

¹⁰ Salazar, Pedro y Gutiérrez, Rodrigo. El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación. Tensiones, relaciones e implicaciones. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, CONAPRED, 2008, pp. XIII

jerarquía lo cual vuelve inevitable que estos entren en tensión. Debido a que estos principios son de la mayor importancia, es imposible elegir uno sobre otro de forma tajante. Por esto, a pesar de que colisionen, ambos deben continuar en la órbita del orden constitucional. Así, al momento de resolver los conflictos entre principios, se debe someter a consideración de los jueces cual principio deberá prevalecer únicamente caso por caso ya que, en general, están al mismo nivel.

En abstracto, los principios tienen el mismo valor y solo cuando existe un conflicto entre ellos se determinará el peso que tienen para el caso en concreto. Cuando existe una colisión entre principios se deja de lado, momentáneamente, la igualdad de posición y surge la posibilidad de deliberar acerca de cuál de los principios es el más adecuado para el caso que el juez está tratando.

En relación con el punto anterior, no puede existir una regla fija respecto de la resolución de los conflictos de principios pues esto significaría que uno de ellos es más importante que el otro. Los principios en realidad tienen una relación de precedencia condicionada¹¹ y las condiciones dependen de la situación fáctica con la que se esté lidiando. En la resolución de los casos, los jueces no determinan qué principio vence a todos los demás, sino que se exponen razones por las cuales uno de los principios deberá prevalecer.

Otra de las diferencias entre reglas y principios es la de su estructura. Las tres partes de un enunciado normativo, de acuerdo con Luis Prieto Sanchís, son el supuesto de hecho, el nexo deóntico o cópula de deber ser y la consecuencia jurídica.¹² Las reglas cuentan con cada uno de los elementos de un enunciado normativo tradicional, como es particularmente obvio con los delitos, en ellos se señala la conducta específica regulada y lo que su incumplimiento traerá consigo. Por ejemplo, el delito de homicidio, aquél que prive de la vida al otro,

¹¹ Prieto Sanchís, Luis. Justicia constitucional y derechos fundamentales, Madrid, Editorial Trotta, 2003, p. 180

¹² Prieto Sanchís, Luis. "Diez argumentos sobre los principios." *Ley, Principios, Derechos*. Madrid, S. L.- Dykinson, 2002, p. 43

se le impondrá de ocho a veinte años de prisión¹³. En la citada norma, podemos notar la consecuencia del despliegamiento de cierta conducta, dicho en otras palabras, el supuesto de hecho, privar de la vida, la cópula de deber ser, impondrá y la consecuencia jurídica, o sea, la penalización con cierta cantidad de años en prisión.

Los principios, a diferencia de las reglas, carecen de determinación fáctica o ésta se presenta de forma fragmentada, lo que en palabras sencillas significa que no existe una lista definitiva de las consecuencias que la aplicación de los principios traerá consigo¹⁴. Debido a la particularidad de los principios, referente a su aplicación gradual, el cumplimiento de los mismos puede ser a través de un sinnúmero de conductas distintas que no están reguladas de manera específica, sino que son determinadas por los jueces caso por caso.

Por último, la diferencia tal vez más importante es la forma en que se resuelven los conflictos de reglas o de principios. Cuando las reglas entran en conflicto, una de ellas inevitablemente perderá su validez a través de los criterios que serán expuestos a continuación y es muy probable que la regla que se declaró inválida deba ser expulsada del ordenamiento jurídico. Mientras que un principio nunca perderá su validez y mucho menos será descartado de la Constitución.

Las antinomias de reglas son resueltas a través de la inclusión de una cláusula de excepción en alguna de las reglas, de esta forma, una de ellas podrá ser declarada inválida¹⁵. Un ejemplo muy claro es el delito de aborto¹⁶, donde el ilícito es cometido si se interrumpe el embarazo después de la décima segunda

¹³ Código Penal para el Distrito Federal. Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002. Última reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de junio de 2016. Artículo 132. <http://www.aldf.gob.mx/archivo-d261f65641c3fc71b354aaf862b9953a.pdf>

¹⁴ Silva García, Fernando. Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial. México, Porrúa, 2012, p. 7

¹⁵ Huerta Ochoa, Carla. Conflictos normativos. 2a. ed. México, UNAM-IIJ, 2016, pp. 54-55

¹⁶ Código Penal para el Distrito Federal. Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002. Última reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de junio de 2016. <http://www.aldf.gob.mx/archivo-d261f65641c3fc71b354aaf862b9953a.pdf>

semana de gestación y cualquier mujer que caiga en este supuesto podría ser penalizada. No obstante lo anterior, si una mujer aborta debido a que su vida corre peligro en la semana quince de gestación, esta regla no aplica, toda vez que en el Distrito Federal existe una excepción para el delito de aborto si la vida de la madre corre peligro.

En caso de que no exista una excepción para la regla y se presente un conflicto de las mismas, éste, tradicionalmente, se resolverá de acuerdo con los criterios de especialidad, temporalidad o jerarquía. La especialidad se refiere a que una norma general debe ser derogada a favor de la norma especial, específica y más aplicable para el caso concreto. El criterio de temporalidad trata del conocido principio del derecho donde la norma posterior deroga a la ley anterior. Por último, la jerarquía se refiere a que la ley superior debe prevalecer sobre la ley inferior¹⁷.

Respecto de la resolución de conflicto principios, pieza fundamental para el desarrollo de esta tesis, se destinará un apartado íntegro para exponer la ponderación, método desarrollado por Robert Alexy para solucionar esta laguna del conocimiento jurídico.

Una vez identificados los criterios de diferencia entre reglas y principios, es necesario demostrar el porqué los criterios que aplican a los principios son los más aptos para tratar con los conflictos entre derechos humanos.

1.1.1 Los derechos humanos como principios

El tema de los derechos humanos como principios ponderables parece tan obvio que, cuando se habla de ponderación, se asume que los derechos humanos pueden ser objeto de un ejercicio como éste. Incluso, Carla Huerta, parafraseando a Alexy,¹⁸ señala que tratar a una norma sea como principio o regla es una cuestión de interpretación por lo que no es posible tener reglas completamente claras para todos los casos. Sin embargo, a continuación se

¹⁷ Prieto Sanchís, Luis. Justicia Constitucional y..., cit., pp. 176-177.

¹⁸ *Ibíd*em, p. 172

expondrán las razones por las cuales existe un consenso respecto del uso de la ponderación para resolver los casos de colisión entre derechos humanos.

Alexy, en uno de sus artículos, aporta una definición donde señala que “los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas.”¹⁹ Sin embargo, esta definición se limita a reiterar la definición de principio por lo cual es necesario comprobar si los derechos se amoldan a las características de los principios que fueron identificadas en el apartado anterior.

La forma en que los principios serán aplicados depende de cuáles están inmersos en la problemática, es decir, después de haber identificado qué derechos están en colisión es que se podrá analizar cómo será resuelto. En las sociedades complejas actuales, todas las personas son titulares de derechos²⁰, derechos que no pueden ser sustraídos de ellas y, en caso de que entren en conflicto, debe tratarse de armonizarlos por lo cual deben ser vistos a través del lente de la relatividad de su aplicación.

Es necesario que los derechos puedan ser armonizados con otros derechos para que ambos puedan ser garantizados, lo que será particular es la medida de su cumplimiento. Si existe una tensión entre derechos, uno cederá pero no será desaplicado en su totalidad, de esta forma se puede evaluar hasta qué grado cada derecho podrá garantizarse. A partir de esto puede seguirse que los derechos humanos entre sí no tienen jerarquía como los principios, pues el derecho humano de alguien no vale más que el de otra persona.

Debido a que ningún derecho es más importante que otro, es imposible que exista una regla inamovible sobre cuál deberá prevalecer en los distintos casos posibles. Por ejemplo, cuando existe un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, no se puede decir que la libertad de expresión siempre

¹⁹ Alexy, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional núm. 11, enero-junio 2009 p. 8.

²⁰ ONU. Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

vencerá sino que es necesario revisarlo caso por caso²¹. Lo único posible es obtener una relación condicionada siempre y cuando existan las mismas condiciones en dos casos casi idénticos.

Asimismo, los derechos humanos usualmente se encuentran regulados de una forma en la que se señala la titularidad del derecho pero que no ahonda en las implicaciones que éste puede tener, sin consecuencia jurídica determinada para el momento de su aplicación. Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo trece regula el derecho a la libertad de expresión y reza “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.”²² El enunciado normativo no indica las implicaciones que tiene este derecho, ni las conductas específicas que deben realizarse, lo cual ejemplifica la estructura de principios que tiene éste y otros derechos humanos.

Con base en las particularidades que identifican a los derechos como mandatos de optimización, se hace necesario encontrar un método de armonización entre los derechos de dos personas. Lo anterior debido a que el esquema empleado para resolver los conflictos de reglas no era suficiente en las aporías entre derechos pues implicaría sustraer a alguien un derecho humano. Alexy y Vázquez insisten en que la forma adecuada de resolverlos es a través de la ley de la ponderación o ponderación que será explicada en breve.

Además, Vázquez ²³ también emplea las ideas del profesor Gustavo Zagrebelsky para reforzar la postura sobre los derechos humanos como principios. Estos argumentos son principalmente de tipo estructural, es decir, se basan en una visión abstracta y total de lo que es el ordenamiento jurídico.

²¹ Cfr. Corte IDH. Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

²² OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos

²³ Vázquez, Daniel. Test de razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo de recursos disponibles. México, UNAM-IIJ, 2016. pp. 3-4

Gustavo Zagrebelsky en *El Derecho dúctil*²⁴, afirma que las normas constitucionales sobre derechos y justicia son prevalentemente principios por lo cual, muchas veces, la distinción entre principios y reglas es la distinción entre Constitución y ley. Las constituciones actuales se caracterizan por incluir a los derechos dentro de sus textos normativos, no obstante, los derechos pueden encontrarse contruidos ya sea como reglas o principios.

Un ejemplo claro de esta práctica en la Constitución mexicana es la libertad de conciencia y religión consagrada en el artículo 24 que señala “toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión” y por otro lado está el artículo 16 que mandata “Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada”²⁵.

Por un lado, está el enunciado normativo en el cual, de forma muy abstracta, se señala que las personas tienen un derecho humano que podría ser interpretado de distintas formas. Por otro, existe una regla en la cual se regula de forma todo o nada que el plazo máximo para retener a una persona indiciada son cuarenta y ocho horas, lo cual tiene una consecuencia jurídica muy clara que no podría ser interpretada ampliamente. Debido a lo anterior, la explicación sobre la relación principios-Constitución y reglas-Leyes podría no resultar del todo satisfactoria, ya que, una característica de la regulación actual es que tanto reglas como principios pueden encontrarse en las constituciones.

Además de hacer la distinción previamente expuesta, el profesor Zagrebelsky señala de forma breve y puntual que los principios desempeñan un papel constitutivo del orden jurídico²⁶ y ésta es la principal razón, de tipo estructural, por la cual se puede identificar a los derechos humanos como principios. A partir de la evolución del modelo de ordenamiento jurídico, del paleopositivista

²⁴ Zagrebelsky, Gustavo, op. cit.

²⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Última reforma publicada DOF 27-01-2016

²⁶ Zagrebelsky, Gustavo, op. cit. p. 124

a uno constitucional de derechos²⁷, los gobernados se convirtieron en personas y el aparato estatal dejó de estar en el centro, pues su existencia y legitimidad se debía al respeto y garantía de los derechos²⁸. Aunado a lo anterior, bajo este modelo los derechos humanos no tienen papeles complementarios sino que su interpretación es un paso previo a la aplicación de cualquier regla en todo acto jurídico²⁹. El Estado constitucional donde los derechos humanos son lo que legitima y funda al poder hizo que éstos fueran colocados como pieza fundante de las constituciones modernas³⁰.

Por ello, insistiendo en las características formales de los principios, los derechos requieren de la indeterminación de resultado. Lo anterior ya que la posibilidad de que los principios pueden ser aplicados a un número inmenso de supuestos de hecho, hace que su enumeración limitativa se convierta en una restricción a la posible interpretación de todas las normas del ordenamiento jurídico.

Con base en las razones presentadas en este apartado, es posible afirmar que los derechos humanos operan como principios. Debido a lo anterior, es necesario aplicar el método de resolución de aporías de los principios, es decir, la ponderación. Sin embargo, es necesario enfatizar que, a pesar de que éste método sea conocido como el más adecuado para la resolución de estos conflictos, podría haber alguna falla cuando las y los jueces se enfrentan a casos de discriminación estructural, como se afirmará posteriormente en este trabajo.

1.1.2 Características de los derechos humanos

Desde la positivización moderna de los derechos humanos, sus principios y características han sido estudiados para describir y mejorar su aplicación.

²⁷ Cfr. Ferrajoli, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, Núm. 15 de 2006.

²⁸ Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. 6ta Edición, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 19

²⁹ Vázquez, Daniel. Test de razonabilidad y derechos humanos... cit. p. 5

³⁰ Cfr, Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. 6ta Edición, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Editorial Trotta, 2009

Asimismo, a través de este desarrollo teórico, ha sido posible comprender la forma en que los derechos pueden interactuar entre ellos. Dependiendo del foro al que se acuda, las características y principios varían, no obstante, en el presente trabajo se atenderá a las enunciadas en la Constitución mexicana, introducidas en la reforma constitucional de junio del 2011.

De acuerdo con el artículo primero de la Constitución Mexicana, los derechos humanos cuentan con los siguientes principios: universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad³¹. Estos principios serán desarrollados por separado en las siguientes páginas, excepto el de progresividad ya que no tiene relación con la presente tesis³². Asimismo se estudiará su carácter de absolutos, vital para el desarrollo del presente trabajo.

a) Carácter de absoluto

Es un lugar común en la teoría de los derechos humanos hablar sobre la esfera de lo indecible de Ferrajoli³³ o el coto vedado de Garzón Valdés³⁴. Estos conceptos harían pensar que los derechos humanos son absolutos debido a su naturaleza de exigencias morales de la máxima jerarquía que no pueden ser sometidas al arbitrio de las mayorías. Sin embargo, ha sido reconocido por teóricos y jueces que los derechos fundamentales no son absolutos.

La categoría de absoluto se ha empleado para insistir en la relevancia de los derechos humanos. De seguirse esta idea, el resultado significaría que los derechos no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia o razón. De hecho, Francisco Laporta, retomando a B. A. Richards señala que: “lo que late

³¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Última reforma publicada DOF 27-01-2016

³² La progresividad, de acuerdo con Serrano y Vázquez, es un principio interpretativo que implica gradualidad, que los derechos no pueden ser cumplidos de forma inmediata sino que requieren un proceso, y progreso, por lo cual el disfrute de los derechos debe ir en aumento. A pesar de que se reconoce la importancia de este principio, el presente trabajo de tesis se enfocará en el conflicto de derechos, lo cual implica que se estudiarán medidas específicas y no se realizará un examen respecto de si las mismas implican un evolución en el desarrollo de un derecho.

³³ Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. La ley, cit. p. 2

³⁴ Cfr. Garzón Valdés, Ernesto. Algo más acerca del coto vedado. Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 6 de 1989.

bajo esa condición de «absoluto» o de «importante» de cualquier derecho humano es la idea de «fuerza», de exigencia moral fuerte o, como dice Richards: el carácter «urgente, exigente e intransigente de los derechos humanos».³⁵ Esta insistencia en su valor deriva de los bienes jurídicos que son protegidos por los derecho y en consecuencia, algunos autores consideran que no deberían ser limitados. Por ejemplo, Ronald Dworkin asegura que el derecho a la libertad de expresión no puede ser restringido inclusive si se está incumpliendo una ley al momento de ejercerlo y aun menos cuando se ejerce de forma contramayoritaria³⁶. De esta forma, se puede entender que la restricción de los derechos debe ser de la máxima excepción en un régimen liberal como el orden jurídico mexicano.

La presente tesis no pone en duda la importancia de los derechos humanos, sin embargo, tratarlos de absolutos bajo cualquier circunstancia haría inoperante su ejercicio. Por ejemplo, en los casos de colisiones de derechos, como el que trata esta tesis, sería imposible de resolver a partir de la idea que los derechos humanos son absolutos.

Una solución a la que llega Laporta, que se encuentra en sintonía con la teoría de los derechos humanos de Alexy, afirma que “un derecho humano «prima facie» es una exigencia moral que en términos generales es vinculante, desplaza a otras exigencias morales y sólo excepcionalmente tiene que plegarse ante demandas morales muy específicas y delimitadas.”³⁷ En este sentido, los derechos humanos son absolutos hasta que se enfrentan a otros derechos humanos, de acuerdo con Laporta. Este autor no acepta que haya otras razones válidas para restringir derechos humanos, incluso afirma que “en caso de conflicto con demandas morales colectivas o con demandas individuales no constitutivas de derechos, logran imponerse a ambas,

³⁵ Laporta, Francisco. Sobre el concepto de derechos humanos. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, España, núm. N. 04 de 1987 p. 36

³⁶ Dworkin, Ronald. Taking rights seriously. 5ta Edición, New Heaven, Harvard University Press, 2008, p. 87

³⁷ Laporta Francisco, op. cit., p. 40

desplazándolas.”³⁸ En conclusión, los derechos humanos tienen un carácter prioritario cuando no se enfrentan a otros derechos.

No obstante, diversos autores afirman que los derechos pueden ser limitados, no solo por otros derechos, sino también por bienes jurídicos de la máxima jerarquía como la salud pública, la seguridad nacional u otros que protejan el bien común. De hecho, diversos tratados internacionales de derechos humanos señalan en su articulado los casos en los que pueden ser limitados. Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos al regular la libertad de expresión señala que este derecho solo puede ser limitado de forma ulterior para asegurar el respeto de los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas³⁹.

El juez Eduardo Ferrer McGregor afirma que los derechos humanos pueden ser limitados siempre y cuando se tenga en cuenta la proporcionalidad de la medida, como puede inferirse en la siguiente cita. “[...] Ningún derecho fundamental es absoluto, todos admiten restricciones que de ninguna manera pueden ser arbitrarias. Para que las restricciones legislativas de los derechos fundamentales sean válidas, debe analizarse cada una de ellas en lo particular para ver si cumple con los siguientes requisitos: a) ser admisible dentro del ámbito constitucional; b) ser necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática e idónea (no solamente útil) para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional y solamente se da [en] casos en que sea imposible alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos

³⁸ Íbidem p. 41

³⁹ OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos

perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales [...].”⁴⁰

Por otro lado, diversos tribunales de derechos humanos ⁴¹ y tribunales constitucionales ⁴² han insistido en que los derechos humanos no son absolutos, por lo que pueden ser sujetos a limitaciones siempre y cuando estén justificadas. Un caso paradigmático que soporta esta premisa es *Artavia Murillo vs Costa Rica* resuelto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴³. En este caso se aborda la protección a la vida, un derecho que podría pensarse como absoluto.

En este caso existe una controversia que nace debido a que en Costa Rica se encuentra prohibida la fecundación in vitro, bajo el argumento de protección a la vida. Por lo anterior, varias parejas inconformes con la regulación activan los mecanismos judiciales internos pero las autoridades nacionales continúan negando el acceso a este método de reproducción asistida. Debido a la negativa nacional, acuden a la Corte Interamericana quien afirma que “En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los Estados, la Corte ha señalado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese

⁴⁰ Ferrer McGregor, Eduardo. *Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Fundación Konrad Adenauer, México, 2013, p.11

⁴¹ Véase Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, Corte IDH. *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177. Tribunal EDH. *Caso Sabri Günes v. Turkey*, Gran Cámara, (No. 27396/06) Sentencia de 29 de junio de 2012.

⁴² Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis: 1a. CCXV/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo 1, Libro XXII, Julio de 2013*, p. 557

⁴³ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257

derecho”.⁴⁴ Lo cual reconoce la importancia que tiene el derecho a la vida para la Corte.

Sin embargo, posteriormente, argumenta que el desarrollo realizado sobre el derecho a la vida permite inferir que el fin del artículo 4.1 de la Convención es salvaguardar este derecho sin que ello signifique la negación de otros derechos protegidos por la Convención. “Por lo anterior, la clausula "en general" tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos.”⁴⁵

De lo desarrollado en Artavia se puede afirmar que existen casos válidos en los cuales cualquier derecho puede ser limitado, incluso asegurando que no existen derechos absolutos. Existen casos en las constituciones, como los de estado de excepción⁴⁶, en los que ciertos derechos como a la circulación pueden ser limitados válidamente en aras del bien general⁴⁷. Esta posibilidad de límite no puede permitir actuaciones arbitrarias por parte de las autoridades así que, cuando se pretende limitar un derecho, es necesario realizar ciertos exámenes para justificar la limitación, como la ponderación que será tratada en el siguiente apartado.

b) Universalidad

De acuerdo con Gregorio Peces-Barba, existen tres dimensiones del principio de universalidad: el lógico, temporal y espacial. La dimensión lógica se refiere a la adscripción de los derechos para todos los seres humanos. Esto significa

⁴⁴ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro"). cit... , parr.172

⁴⁵ Íbidem, párr. 258

⁴⁶ El estado de excepción en palabras de Pedro Salazar es un instrumento excepcional para salvaguardar el Estado a pesar de la constitución. El a pesar de la constitución se refiere a que ciertos derechos humanos, constitucionalmente protegidos, pueden ser suspendidos en ciertos casos, contenidos en la misma constitución, para proteger al Estado en su conjunto.

⁴⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Última reforma publicada DOF 27-01-2016

que la universalidad como un principio abstracto implica que la titularidad de los derechos debe ser para todas y todos sin distinción.

La dimensión temporal tiene como centro la idea de la atemporalidad de los derechos, es decir, que la abstracción de los derechos permiten su exigibilidad y validez para cualquier momento histórico y se encuentran al margen del tiempo. Por último, el espacial trae a colación la aplicación de los derechos humanos para cualquier ubicación geográfica y sociedad actual, sin importar las diferencias culturales que existan entre diversas naciones⁴⁸.

Las tres dimensiones que aporta Peces-Barba clarifican el concepto de universalidad, sin embargo, la universalidad espacial ha traído problemas debido a que se acusa a la cultura occidental de imposición ideológica al argumentar que los derechos humanos son aplicables para cualquier sociedad⁴⁹. Una de las discusiones más representativas de la problemática de la universalidad espacial es la lucha constante de los pueblos indígenas en contra de la invisibilización que puede venir de cierta aplicación errónea de los derechos humanos⁵⁰. Con objeto de superar esta discusión, en este trabajo se sostendrá que si este principio se centra en la titularidad de los derechos, dimensión lógica, estos pueden ser interpretados con las diferencias necesarias para la garantía y respeto de la diversidad. En razón de lo anterior, se obviará la dimensión temporal y espacial de la universalidad.

Una vez zanjado el tema anterior, es necesario conceptualizar qué son los derechos humanos para definir cuáles son estos derechos que deben ser detentados por todas las personas. En primer lugar, es menester aclarar que los derechos humanos son derechos subjetivos, es decir, son expectativas jurídicas positivas (de prestación) o negativas (de no lesión) respecto de un

⁴⁸ Peces-Barba, Gregorio. La universalidad de los derechos humanos. Doxa. N. 15-16 (1994), pp. 613-633

⁴⁹ Aguiló Bonet, Antoni. Los Derechos Humanos como campo de luchas por la diversidad humana: Un análisis desde la sociología crítica de Bonaventura de Sousa Santos. *universitas humanística* no.68 julio-diciembre de 2009 p. 184

⁵⁰ Bello, Álvaro. "Los pueblos indígenas y las contradicciones de la globalización" en *Globalización, derechos humanos y pueblos indígenas*, Chile, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2008, p. 61

sujeto que deberá cumplirlas⁵¹. Por lo cual, los derechos humanos en particular, como bien señalan Daniel Vázquez y Sandra Serrano en su definición “son derechos subjetivos, son expectativas formadas en todas las personas con relación a la acción u omisión de los Estados, las empresas, los poderes fácticos y del resto de las personas respecto a ciertos bienes primarios.”⁵² Es decir, los derechos humanos se caracterizan por ser expectativas respecto de sujetos que detentan poder.

El siguiente punto por el cual los derechos humanos son derechos subjetivos especiales es debido a los bienes jurídicos que protegen. Estos bienes son de la máxima importancia pues se encuentran intrínsecamente relacionados con el libre desarrollo y la plena autonomía de las personas. Con base en lo anterior se explica la necesidad de garantizar el principio de universalidad, pues se tratan de derechos que protegen bienes primarios de la mayor importancia que deben ser garantizados a todas y todos. En este sentido, Luigi Ferrajoli señala que los derechos humanos son “los derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables.”⁵³

A partir de esta definición es posible notar que la universalidad tiene una relación intrínseca con la igualdad y la no discriminación toda vez que, la adscripción universal de las personas, implica no atender a ninguna de las diferencias de sexo, raza, edad, orientación sexual, nacionalidad, entre otras. Ferrajoli llega a sostener que el “universalismo de los derechos fundamentales e igualdad jurídica son exactamente la misma cosa”⁵⁴, en tanto la igualdad

⁵¹ Ferrajoli, Luigi. Sobre los derechos fundamentales y sus garantías, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006, p. 33.

⁵² Vázquez, Daniel y Serrano, Sandra. “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma. México, Porrúa, 2011, p. 137

⁵³ Ferrajoli, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Estructuras y procesos, Derecho. 4ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 19

⁵⁴ Ferrajoli, Luigi. “El principio de igualdad y la diferencia de género”, en Juan A. Cruz Parceroy y Rodolfo Vázquez (coords.), *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, Fontamara-SCJN, México, 2010, pp. 13-14.

jurídica no es más que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales, independientemente por el hecho, y al contrario, precisamente por el hecho de que sus titulares son diferentes entre ellos⁵⁵.

Sobre la igualdad, Ferrajoli afirma que existen cuatro modelos de ésta. El primero es la indiferencia jurídica de las diferencias en la que se asegura que todos los hombres son iguales porque existe la misma capacidad de hacerse daño entre sí. Este modelo omite las diferencias que existen entre las personas y basa la igualdad en una única capacidad, la de poder hacer daño al otro.

En segundo lugar está el modelo de la diferenciación jurídica de las diferencias en el que se aceptaban las diferencias entre las personas pero esto llevaba a que los derechos dependieran del grupo al que se pertenecía. Por ejemplo, los ciudadanos contaban con todos los derechos y eran iguales entre ellos, pero a este status solo podían acceder los hombres libres, mientras que aquellas personas diferentes como las mujeres, los esclavos o los extranjeros no podían tener ninguno de estos derechos.⁵⁶

En tercer lugar, se encuentra la evolución al estado en el que se afirma que todas las personas son iguales ante la ley, llamado por Ferrajoli, la homologación jurídica de las diferencias. A través de este tipo de enunciados se homologa a las personas y se afirma que cuentan con los mismos derechos. A pesar de que esto es deseable, pues la exigencia de los derechos parte de esta afirmación, de forma indirecta se estaban invisibilizando ciertas realidades que continuaban en una situación desigual. Como se ha confirmado, la simple afirmación de la igualdad no es suficiente para que ésta afecte en la realidad. De la problemática detectada pasa a ser necesaria la diferencia entre igualdad formal y material⁵⁷.

A partir de los problemas que acarrea la homologación jurídica de las diferencias, se requiere un cuarto modelo llamado valoración jurídica de las

⁵⁵ Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. La ley, cit. p. 73

⁵⁶ Ibídem p. 74

⁵⁷ Cfr. Santiago Juárez, Mario. Igualdad y acciones afirmativas, México, IJ-UNAM, 2007.

diferencias en el que se aceptan dos cuestiones clave. Primera, que todas y todos somos distintos y, segunda, la existencia de ciertos grupos que han visto negados sus derechos. Así, para lograr la igualdad, se necesita partir de las particularidades de los grupos desaventajados para que sus derechos sean nivelados⁵⁸.

La diferencia cobra una importancia fundamental dentro del principio de universalidad pues su cumplimiento solo será posible a través de notar las diferencias y que, con base en éstas, los mismos derechos les sean garantizados a todas las personas. En este sentido, Vázquez y Serrano afirman que “entonces, más que ahondar en lo que hace iguales a los seres humanos, la práctica del principio de universalidad debe interesarse por lo que los hace diferentes”.⁵⁹ Si la universalidad solo consistiera en garantizar derechos fundamentales a hombres blancos, heterosexuales y de clase alta, derechos que sin duda deben ser garantizados, la mayor parte del camino ya estaría recorrido. El reto es garantizar derechos a los grupos históricamente discriminados.

De la problemática planteada en el párrafo anterior se ha pensado a los derechos humanos como conquistas históricas de grupos discriminados. La lucha se centra en que los derechos, ya garantizados a cierta élite, les sean cumplidos a estos grupos olvidados. La pugna se basa en una búsqueda de universalidad, ya plasmada en los tratados internacionales y en las constituciones, pero que no existía ya que a ciertas personas como indígenas, mujeres, afrodescendientes, entre otros, los derechos les seguían siendo negados.

En sintonía con esta concepción del principio de universalidad, Sandra Serrano propone que: “A partir de lo anterior podemos fusionar esta nueva forma de comprender la universalidad y llevarla al funcionamiento del DIDH [Derecho

⁵⁸ Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. La ley, cit. p. 73-75

⁵⁹ Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel. Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos p. 12. Véase en <http://www.cjslp.gob.mx/SEMINARIO/programa/Panel%20IV/Enfoque%20de%20derechos.%20Operacionalizaci%C3%B3n%20de%20esta%20est%C3%A1ndares%20internacionales.pdf>

Internacional de los Derechos Humanos] por medio de un par de claves de aterrizaje:

1. La centralidad del sujeto de derechos en su contexto, y
2. La reinterpretación de los derechos a partir de las necesidades locales⁶⁰.

En este sentido, los derechos humanos han sido interpretados por tribunales y organismos internacionales en sintonía con las problemáticas especiales de grupos vulnerables como pueden ser los pueblos y comunidades indígenas, mujeres, niñas y niños, miembros de la comunidad LGBTIQ. Incluso, en los sistemas de protección de derechos humanos universal o interamericano se han creado relatorías para seguir de cerca la situación de los distintos grupos, interpretando los mismos derechos contenidos en tratados internacionales pero con una aplicación especializada para la diversidad⁶¹.

En conclusión, la valoración jurídica de las diferencias y el nuevo entendimiento del principio de universalidad son conceptos necesarios para analizar las problemáticas contemporáneas de derechos humanos, en particular el tema de la discriminación estructural hacia las mujeres que abordará la presente tesis.

c) Interdependencia e indivisibilidad

Debido a que estos dos principios evolucionaron de la misma forma históricamente, se relatará de forma breve el nacimiento y progreso de ambos, para después realizar la diferenciación conceptual de los mismos.

⁶⁰ Serrano, Sandra. "Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos, en *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana I*, coords. Ferrer, Eduardo, Caballero, José Luis y Steiner Christian, México, UNAM, SCJN y Fundación Konrad Adenauer, 2013, p. 119

⁶¹ Pueden verse los distintos mandatos de relatorías dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/relatorias.asp> o los grupos especiales del Sistema ONU como la Relatoría especial sobre los derechos de los pueblos indígenas <http://www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/SRIndigenousPeoples/Pages/SRIPeoplesIndex.aspx> o la Relatoría especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión <http://www.ohchr.org/SP/Issues/FreedomOpinion/Pages/OpinionIndex.aspx>

La primera consagración de los derechos humanos en un instrumento internacional fue en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en la que se protegen tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos sociales y culturales⁶². Sin embargo, debido a la Guerra Fría, cuando se intentó crear un tratado internacional obligatorio para todos los Estados, cada bloque promovió la importancia de las dos clases de derechos y esto tuvo como consecuencia la adopción de dos tratados internacionales uno de derechos civiles y políticos y uno distinto de derechos económicos sociales y culturales⁶³.

No obstante, en el preámbulo de ambos tratados se señala que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales”⁶⁴. Se puede notar que incluso en estos tratados internacionales, donde se separaban a los derechos humanos, subyace la idea de interdependencia e indivisibilidad de los derechos en un documento obligatorio.⁶⁵

Fue hasta la Proclamación de Teherán en 1968, en el marco de la primera conferencia de Derechos Humanos de la ONU, que tenía por objeto examinar los progresos logrados en los veinte años transcurridos desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que se habló de la indivisibilidad de los derechos humanos. En la Proclamación se estipuló que “como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos

⁶² ONU. Declaración Universal de Derechos Humanos, op. cit.

⁶³ Véase. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

⁶⁴ *Ibidem*

⁶⁵ Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel. Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos. cit... p. 20

económicos, sociales y culturales resulta imposible”⁶⁶. Así, se comenzó a discutir la importancia de pensar a los derechos humanos de forma integral, a pesar de las visiones dominantes de la época.

Este enfoque avanzó en la 105ª Asamblea General de la ONU de 1977 en la que se concluyó que “Todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales;”⁶⁷.

A partir de los avances del Sistema Universal de protección de Derechos Humanos, los principios de interdependencia e indivisibilidad se han consolidado a pesar de las insistencias teóricas de ver a los derechos de forma separada. Una vez relatada la evolución histórica de los principios se procederá a describir conceptualmente ambos principios.

- **Interdependencia**

La interdependencia se refiere a la conexión que existe entre derechos. Es decir, los derechos humanos son interdependientes en tanto establecen relaciones recíprocas entre ellos.⁶⁸ Esta visión permite observar que, en muchos casos, el cumplimiento de un derecho depende del respeto y garantía de otro.

Como señala Serrano, la interdependencia comprende al menos las siguientes relaciones: “a) un derecho depende de otro(s) derecho(s) para existir y, b) dos derechos (o grupos de derechos) son mutuamente dependientes para su

⁶⁶ ONU. *Proclamación de Teherán*, aprobada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, 13 de mayo de 1968, párr. 13.

⁶⁷ ONU. Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Resolución 32/130, Asamblea General, 1977.

⁶⁸ Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos. México, CNDH, 2016, p. 10

realización”⁶⁹. Estas relaciones permiten identificar como los problemas de derechos deben verse de una forma amplia, pues la garantía de un solo derecho podría no resultar suficiente para solucionar un problema.

Existen diversas situaciones que ejemplifican cómo ciertos derechos pueden tornarse inexistentes, si no se advierte la interdependencia con otros derechos. Uno de ellos es la libertad de expresión, pilar fundamental para el buen funcionamiento de la democracia y los derechos políticos.⁷⁰ Sin libertad de expresión, los derechos políticos son casi inservibles porque no se podrían conocer las diversas posturas políticas de las y los candidatos.

A través de este principio también puede notarse como, a partir de la violación de un derecho fundamental, se puede incurrir en la falta de garantía de otros. Por ejemplo, cuando a una persona se le es negado el derecho a la seguridad social, de forma indirecta también se está omitiendo la garantía del derecho a la salud y al mínimo vital. O, en sintonía con esta tesis, lo ilusorio que resultan los derechos políticos pasivos de las mujeres cuando existe un sistema que indirectamente las oprime y no permite que sean votadas en las mismas condiciones que los hombres.

El reconocimiento de este tipo de relaciones se vuelve importante para la lógica subyacente a la interdependencia, que los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales comparten una misma naturaleza y sus obligaciones son indistintamente exigibles.⁷¹ Así se puede superar la

⁶⁹ Serrano, Sandra. “Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos”,. cit. p. 96

⁷⁰ Cfr. Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. Párr. 149, Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293. Párr. 137

⁷¹ Viana Leao, Ingrid. La interdependencia de los derechos humanos: desplazamiento de mujeres en la globalización, Consultado el 3 de diciembre de 2016 <http://www.ossyr.org.ar/pdf/bibliografia/112.pdf> p. 5

separación de los derechos por generaciones que se basa en una cuestión de ideología y solo pone trabas al cumplimiento de los mismos⁷².

En conclusión, a partir de la interdependencia queda prohibido mirar a los derechos de forma aislada y desvinculada de las relaciones condicionantes⁷³. Asimismo, se debe reconocer la importancia de la garantía de los derechos económicos sociales y culturales para la realización de los derechos civiles y políticos.

- **Indivisibilidad**

El principio de indivisibilidad tiene como objetivo pensar a los derechos como un bloque y no como elementos aislados o separados. En sintonía con lo anterior, al pertenecer al mismo conjunto de bienes jurídicos de la máxima importancia se puede asegurar que los derechos valen lo mismo y no existe jerarquía entre ellos⁷⁴.

En este sentido, Blanc Altemir asegura que “El aspecto central de este criterio es que los Estados no están autorizados a proteger y garantizar una determinada categoría de derechos humanos en contravención de otra, sino que todos los derechos humanos merecen la misma atención y urgencia.” Bajo esta lógica, “...la existencia real de cada uno de los derechos humanos sólo puede ser garantizada por el reconocimiento integral de todos ellos”⁷⁵. Como puede notarse, este principio también es útil para la superación de la visión fragmentada de los derechos humanos, característica del siglo pasado.

⁷² Cfr. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

⁷³ Serrano, Sandra. “Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos”, cit. p. 97

⁷⁴ Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel. Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos. cit... p. 27

⁷⁵ Blanc Altemir, Antonio. “Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal”, en La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal, España, Universitat de Lleida / Tecnos / ANUE, 2001, p. 31.

La mayoría de los teóricos coinciden en que la indivisibilidad se trata de entender a los derechos humanos de una forma holística, a diferencia de la interdependencia que se limita a afirmar las relaciones que existen entre ellos⁷⁶. La indivisibilidad parte de que los derechos forman una misma construcción que pretende proteger bienes fundamentales para la realización de la autonomía de todas y todos. Así, el ideal de autonomía personal solo puede ser logrado a través del cumplimiento de cada uno de los derechos.

Además, Serrano y Vázquez afirman que la visión requerida es más amplia que la exigida por la interdependencia, pues busca no sólo probar que los derechos dependen unos de otros de forma inmediata, sino encontrar cadenas de derechos, en tanto sistema de unidad y sin jerarquías⁷⁷. En los ejemplos empleados en el apartado anterior puede notarse cómo de la violación de un derecho pueden resultar problemas para otros derechos, pero la relación se agota en advertir la correspondencia entre ellos. Por otro lado, la indivisibilidad pretende hacer notar la importancia del conjunto de derechos para el desarrollo de la persona, por lo cual es indispensable el cumplimiento en bloque de los mismos.

Con base en lo expuesto, al implementar alguna política pública, se necesita tener en cuenta el conjunto de derechos humanos. Sin embargo, no pasa desapercibido que el cumplimiento de todos los derechos humanos de inmediato es materialmente imposible en países del sur global, como México, por lo cual se requiere el reconocimiento de derechos clave que incidan en el avance de otros derechos.⁷⁸

Por estas razones, cuando los derechos son implementados por el poder Ejecutivo, se requiere de un reconocimiento de la situación en el país para

⁷⁶ Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel. El enfoque de derechos humanos, México, Flacso-México (col. Guías de estudio de la Maestría en Derechos Humanos y Democracia), Mimeo, 2012, p. 75.

⁷⁷ Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel. Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos. México, FLACSO-México, 2013, pp. 42-43

⁷⁸ Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel. Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos, cit... 28-29

establecer prioridades de cumplimiento. Por ejemplo, en México existe un fuerte contexto de feminicidios por lo que resulta importante focalizar las políticas públicas al combate de la desigualdad en que viven las mujeres. Lo anterior no quiere decir que el derecho a la vida y la igualdad sean más importantes o de mayor jerarquía que los demás, pero sí que estos se encuentran en una situación precaria que amerita actuación inmediata por parte del Estado.

1.2 Ponderación

En el apartado previo se expusieron las categorías necesarias para comprender la teoría de los principios en los derechos humanos y las características particulares de estos, pues la pretensión de esta investigación es analizar si el método de ponderación es útil para los casos en que exista discriminación estructural. En esta parte se explicará el concepto y método de la ponderación empleado para la resolución de conflictos de principios.

La ponderación se ha convertido en un método casi indispensable para los tribunales constitucionales y todo órgano con función jurisdiccional que deba resolver conflictos de principios⁷⁹. La aplicación de la metodología se torna de la máxima importancia para aquellas autoridades que tienen facultades de interpretación constitucional sobre derechos humanos, lo cual en México fue extendido gracias a la reforma de derechos humanos⁸⁰ y los criterios jurisprudencia de la Corte Interamericana⁸¹.

A pesar de que es conocida la existencia de otros autores como Riccardo Guastini⁸² que difieren sobre la teoría de la ponderación de Alexy, es preciso aclarar que el próximo apartado se limitará a exponer las reglas de

⁷⁹ Bernal Pulido, Carlos. "Estructura y límites de la ponderación", *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, núm. N. 26 de 2003, p. 5

⁸⁰ Cfr. Salazar Ugarte, Pedro. *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*. México, Instituto Belisario Domínguez, 2014.

⁸¹ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221. Párr. 193

⁸² Guastini, Riccardo. *Los principios en el derecho positivo*, in *Id., Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Traducción de Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 167-171.

ponderación introducidas por Robert Alexy y el desarrollo posterior realizado por él o sus seguidores como Carlos Bernal Pulido. A partir de la teoría de Alexy, tribunales constitucionales de distintas latitudes han realizado su propia metodología de la ponderación. A pesar de que el empleo de estos métodos novedosos es algo deseable en materia jurisdiccional, lo anterior ha provocado una incertidumbre teórica sobre los pasos a seguir para resolver los conflictos de derechos.

En razón de esta problemática han existido intentos de unificar las metodologías tanto teóricas de Alexy como jurisprudenciales de los tribunales constitucionales para facilitar la resolución de conflictos derechos. En esta veta surge el libro *Test de razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar* de Daniel Vázquez, el cual tiene objetivo simplificar y unificar los pasos divergentes que existen respecto de los distintos tests de derechos humanos. Debido a que la propuesta de Vázquez es una de las más completas para solucionar las problemáticas de multiplicidad de métodos, la siguiente sección de la parte de ponderación estará dedicada a exponer la propuesta de test de ponderación ideada por Vázquez.

1.2.1 La metodología de la ponderación de Alexy

Con base en las características de los principios que fueron detalladas previamente, es posible asegurar que los principios son normas que pueden ser cumplidas de forma gradual y tienen la posibilidad de ceder ante otros principios y no quedar eliminados. Asimismo, la importancia y máxima jerarquía de la que gozan impide que sean expulsadas del ordenamiento jurídico. Por estas razones, era necesario proponer un método especial, distinto al que se había usado con las reglas, pues la invalidación total de los principios no era opción. Debido a esta laguna, Robert Alexy introduce el método de ponderación a partir del estudio de múltiples sentencias del Tribunal Constitucional Alemán con el objeto de proporcionar una metodología para resolver los conflictos de principio, no únicamente de derechos.

La premisa principal de Alexy,⁸³ en su teoría de los derechos fundamentales, es que la colisión de principios solo puede ser resuelta a través de la ley de colisión o ponderación. De acuerdo con Carlos Bernal Pulido, la ponderación es el procedimiento de aplicación jurídica mediante la cual se establecen las relaciones de precedencia entre los principios en colisión.⁸⁴ Lo anterior se refiere a que, a través de la metodología elaborada en un inicio por el Tribunal Constitucional Alemán y desarrollada posteriormente por otros teóricos, se decidirá cuál de los principios debe prevalecer de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas del caso concreto, teniendo como premisa fundamental dar la mayor efectividad posible a ambos principios⁸⁵.

De lo expuesto en los apartados previos se puede afirmar que los métodos tradicionales de resolución de conflictos no eran suficientes para las normas con características de principios. Como afirma Bernal Pulido, la ponderación, al igual que el silogismo, es una estructura que permite resolver conflictos⁸⁶, pero su conformación está basada en el entendimiento de la forma de operación de los principios. Por esta razón, la ponderación surge como una herramienta metodológica basada en la identificación de normas-principios y su aplicación intenta descubrir la mejor forma en que los principios pueden interactuar, teniendo como meta un balance que sea el menos lesivo para ambos.

La ponderación es una suerte de receta que los jueces deben seguir para decidir de forma ordenada un conflicto de principios en el que deberán determinar qué tanto puede ser garantizado cada principio teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. Además, debido a la naturaleza de los principios, la ponderación no se plantea en términos de sí o no, sino de más o menos, pues se trata de optimizar el valor o bien jurídico y por ello otorgar la

⁸³ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. cit... p.79

⁸⁴ Bernal Pulido, Carlos. "Estructura y límites de la ponderación", cit... p. 8

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Ibidem pp. 6-7

máxima efectividad posible dependiendo de las circunstancias de la problemática que se trata de resolver.⁸⁷

Aunado a lo anterior, “la ponderación no garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos, que, habida cuenta de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos”⁸⁸, como afirma Bernal Pulido. En realidad, la ponderación es útil para determinar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión. La relación dependerá de las circunstancias jurídicas y tácticas de cada caso. Pues los principios, al ser normas prima facie, no tienen una consecuencia jurídica determinada. A través de la ponderación se trata de definir cuál es la consecuencia jurídica para el caso concreto que será la menos lesiva para el otro derecho que está en colisión⁸⁹.

A partir del método de ponderación se puede obtener una regla de aplicación de principios para ciertos casos⁹⁰, es decir, una relación preconditionada de los principios que ya prevea la consecuencia jurídica para ciertas circunstancias. Sin embargo, se debe tener en cuenta que para aplicar una regla obtenida de la resolución de un caso, es necesario que el caso por resolver tenga exactamente las mismas características que el precedente. En consecuencia, las y los operadores jurídicos deben ser minuciosos en la lectura de los casos pues, de lo contrario, se estaría aplicando una jerarquía inamovible, contraria a la máxima jerarquía de la que gozan todos los derechos humanos.

De acuerdo con Robert Alexy para resolver un conflicto de principios y establecer la relación de precedencia condicionada entre los derechos, es necesario tener en cuenta tres elementos que forman la estructura de la

⁸⁷ Díez-Picazo, Luis. Sistema de Derechos Fundamentales, 4ta Edición, Thomson-Civitas, 2013, p. 46

⁸⁸ Bernal Pulido, Carlos. “Estructura y límites de la ponderación”, cit... p. 6-7

⁸⁹ Arroyo Jiménez, Luis. Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo, Revista para el Análisis del Derecho, Madrid, 2009, p. 8

⁹⁰ Bernal Pulido, Carlos. “Estructura y límites de la ponderación”, cit...7

ponderación: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación.⁹¹

Este autor en su desarrollo teórico identificó que la ley de ponderación persigue la máxima de “cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.”⁹² Esta ley intenta dotar de armonización y proporcionalidad a los dos principios en colisión. Planteado de otra forma, la ley de la ponderación expone el objetivo que debe ser logrado en una colisión de principios para obtener el mejor funcionamiento posible de ambos, lo cual será logrado a través de la fórmula del peso.

La noción de proporcionalidad resulta fundamental para comprender la ponderación, de hecho, Alexy afirma que la ponderación es el objeto de uno los subprincipios de la proporcionalidad, el de la proporcionalidad en sentido estricto⁹³. Todos los subprincipios de la proporcionalidad expresan la idea de optimización y el de proporcionalidad en sentido estricto se refiere específicamente a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas de un caso que debe basarse en la ley de la ponderación⁹⁴.

La referida ley puede ser dividida en tres pasos identificados por Alexy:

- i) La definición del grado de incumplimiento o perjuicio de uno de los principios.
- ii) Comprobación de la importancia de la realización del principio que juega en contrario.

⁹¹ Idem.

⁹² Alexy, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, Revista Española de Derecho Constitucional, año 22, n. 66, septiembre-diciembre 2002, p. 31

⁹³ Alexy, Robert, 2008, “La fórmula del peso”, en CARBONELL, Miguel (ed), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 15

⁹⁴ Alexy, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad... cit., p. 9

iii) Finalmente, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.⁹⁵

El primer y segundo paso de la ponderación es análogo, se debe determinar el grado de satisfacción o afectación dependiendo de la posición en que se encuentre cada derecho. Bernal Pulido insistió en nombrar a ambos pasos de la ponderación como la determinación del grado de afectación de los principios en el caso concreto⁹⁶. Alexy propone medir este grado de afectación de los principios a través de la asignación de un peso para ambas partes a través de una escala tríadica o de tres intensidades. Esta escala abarca los niveles de afectación leve, medio o intenso⁹⁷.

La intensidad de la medida puede ser medida a través de qué tanto se acerca la medida al núcleo esencial del derecho humano, es decir, si la afectación se encuentra en los bordes o ha pasado el núcleo esencial del derecho, esta última sin duda tendrá el carácter de grave. En este sentido, Jaime Cárdenas afirma que “si son muchas las porciones normativas del derecho fundamental que fueron intervenidas o afectadas por la medida, la intensidad en la intervención o afectación es mayor.”⁹⁸

De acuerdo con la ley de la ponderación existen tres variables que deben ser consideradas para asignar valor en la fórmula. Por cada principio que se encuentre en colisión, se debe asignar cada una de estas tres variables. El peso en abstracto, el peso en concreto y la situación empírica de las medidas⁹⁹.

En primer lugar, el peso en abstracto se refiere a la importancia del principio fuera de la colisión, es decir, en el plano ideal cuál es la importancia de cada

⁹⁵ Alexy, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos, cit... p. 31

⁹⁶ Bernal Pulido, Carlos. “Estructura y límites de la ponderación”, cit... p. 9

⁹⁷ Ídem.

⁹⁸ Cárdenas Gracia, Jaime. 2014, “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad.”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie, año XLVII, núm. 139, enero-abril de 2014*, p. 75

⁹⁹ Cfr. Alexy, Robert, 2008, “La fórmula del peso”, en CARBONELL, Miguel (ed), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

principio. Bernal Pulido pone como ejemplo el principio de protección de la vida y afirma que éste tiene un peso abstracto mayor que la libertad ya que para poder ejercer la libertad es necesario estar vivo¹⁰⁰. Sin embargo, en sintonía con lo expuesto al inicio del presente capítulo, el marco teórico de esta tesis parte de reconocer que los derechos humanos tienen el mismo valor en abstracto por lo cual se seguirá lo señalado por Robert Alexy para estos casos. Este autor afirma que, en caso de que los principios en colisión tengan el mismo peso o importancia en abstracto, se puede obviar esta parte de la fórmula, toda vez que matemáticamente los valores iguales deben ser eliminados. Alexy afirma que en el “caso en que los pesos abstractos de los principios son iguales, por lo tanto, no juegan ningún papel.”¹⁰¹

En segundo lugar, está el peso concreto de los principios, esto indica qué importancia tiene cada principio para el caso que se intenta resolver. Alexy utiliza “*Pi*” como variable para el principio cuya vulneración será examinado y por otro lado, la intensidad de la intervención en *Pi* puede denotarse como “*I*”. Así, para referirse a la intervención del principio puede emplearse la variable *IPi*. Además, Alexy adiciona la letra *C* para hacer obvio que lo que se intenta determinar es el peso concreto del principio *Pi*, lo cual resultaría en la variable extendida “*IPiC*”.¹⁰²

Una vez construida la variable para el primer principio, se procede a realizar una operación similar con el segundo principio teniendo en cuenta la segunda parte de la ley de la ponderación, es decir, la importancia concreta de la satisfacción del otro principio. La importancia concreta del segundo principio será la situación existente invertida, esto es qué efectos tendría si la *I* intervención en *Pi* no existiera.

¹⁰⁰ Bernal Pulido, Carlos, 2008. “La racionalidad de la ponderación”, en CARBONELL, Miguel (ed), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 57

¹⁰¹ Alexy, Robert, 2008, “La fórmula del peso”... cit., p. 15

¹⁰² Cfr. Alexy, Robert, 2008, “La fórmula del peso”, en CARBONELL, Miguel (ed), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

De acuerdo con Alexy, la importancia concreta de P_j se mide según qué tan intensamente la no intervención en P_i interviene en P_j . Para esto, Alexy pone las mismas variables que en el primer principio "Pi", primero asigna "I" para la intensidad de la intervención de ser omitida la medida para el otro principio. Por último, C para señalar que se está tratando de la intervención en concreto. Esta suma de variables resultaría en "IPjC".¹⁰³

El tercer paso es determinar, de acuerdo con Alexy, las variables sobre el grado de seguridad de los presupuestos empíricos referidos o lo que la medida que se enjuicia significa para la no realización de un principio y la realización del otro¹⁰⁴. Lo anterior se refiere a la probabilidad de que las medidas que sean adoptadas en cada uno de los lados será efectiva para llegar al resultado que se desea. Bernal Pulido afirma que "la existencia de esta variable surge del reconocimiento, de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza, y, dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio."¹⁰⁵

En sintonía con lo anterior, para incluir en la fórmula la variable de efectividad empírica se empleará de nuevo Pi y Pj para cada principio, se adherirá una S para clarificar que la variable se refiere a la efectividad y una C para reafirmar que se trata del caso concreto. Lo anterior dará como resultado las variables "SPiC" y "SPjC".

La escala triádica presentada previamente debe ser asignada a cada una de las variables. Es decir, se debe señalar el grado de la intervención y efectividad empírica como leve, medio y grave en correspondencia con las variables. La asignación de valores debe justificarse a través de la argumentación del órgano jurisdiccional que realice el examen. Alexy afirma que "los tres rangos del modelo triádico constituyen una escala que intenta sistematizar las valoraciones que tienen lugar tanto en la práctica cotidiana como en la

¹⁰³ Bernal Pulido, Carlos. "Estructura y límites de la ponderación", cit... p. 13

¹⁰⁴ Alexy, Robert, 2008, "La fórmula del peso"... cit..., p. 37

¹⁰⁵ Bernal Pulido, Carlos. "Estructura y límites de la ponderación", cit... p. 11

argumentación jurídica.”¹⁰⁶ En la segunda serie de variables, se debe valorar la probabilidad del resultado empírico de las acciones para ambos principios, también a través de la argumentación del órgano jurisdiccional. Los valores que Alexy usa para el grado de intervención es 4 para grave, 2 a las intervenciones medias y 1 a las leves. Por otro lado, respecto de la efectividad se les asignan los valores de 1 si la efectividad empírica es segura, 0.5 si es plausible y 0.25 si, en términos de Alexy, no es evidentemente falsa¹⁰⁷.

Una vez asignados los valores acordes con el caso en concreto, se deben adaptar estos valores a la fórmula de la ponderación. En esta variante de la fórmula se considera únicamente el peso concreto de los principios y la efectividad empírica.

$$G_{i,j} = \frac{I_i * S_i}{I_j * S_j}$$

Para poder ilustrar lo que pasaría en un caso concreto, se asignarán valores a cada variable. Respecto del primer principio, suponiendo que existe una intervención leve al derecho y la medida empírica ha probado ser efectiva se asignarían los valores 1 para ambas variables en correspondencia con lo explicado en párrafos anteriores. Por otro lado, si en el segundo derecho existiera una intervención grave pero la medida empírica solo es plausible, se adjudicarían los valores 4 y .5. En este sentido, al integrar los valores numéricos a la fórmula, ésta sería representada de la siguiente forma:

¹⁰⁶ Alexy, Robert, 2008, “La fórmula del peso”... cit., p. 29

¹⁰⁷ Íbidem p. 38

$$G_{i,j} = \frac{1 \cdot 1}{4 \cdot .5} = \frac{1}{2}$$

De acuerdo con la teoría de Alexy, el principio 2, es decir, Pj prevalecería para este caso concreto.

En último lugar, Alexy señala que las cargas de la argumentación entran en acción cuando existen empates en los valores finales de la fórmula del peso, esto es, los valores finales de ambos principios son idénticos. Bernal Pulido afirma que existe una divergencia sobre este punto en la teoría de Alexy pues, en su libro *Teoría de los derechos fundamentales* afirma que en caso de empate debería estarse al principio “*in dubbio pro libertate*”¹⁰⁸. Este precepto significa que ningún principio que esté en contra de la libertad o igualdad puede prevalecer en una colisión de principios cuando exista un empate. En palabras de Alexy, “ningún principio contrario a la libertad o a la igualdad jurídica puede prevalecer, sin que se invoquen a su favor razones más fuertes”¹⁰⁹.

Por otro lado, en el Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy pugna por una carga de la argumentación democrática¹¹⁰. Por lo cual, en los casos donde exista una colisión de principios en la que el conflicto sea entre el ejercicio de un derecho fundamental y un principio consagrado en una legislación, debería prevalecer el acto que se enjuicia en deferencia al legislador elegido democráticamente¹¹¹. Lo anterior deja de lado la prevalencia de la igualdad y la libertad a favor de la democracia. Esta carga argumentativa se encuentra basada en el margen de actuación que la constitución le confiere al legislador.

¹⁰⁸ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. cit..., pp. 559-561

¹⁰⁹ Bernal Pulido, Carlos, 2008. “La racionalidad de la ponderación”... cit., p. 59

¹¹⁰ Alexy, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos, cit... p. 44

¹¹¹ Cárdenas Gracia, Jaime. 2014, “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad.”... cit. p. 82

Esta contradicción en la teoría de Alexy podría ser superada, en palabras de Bernal Pulido de dos formas distintas. La primera, aceptando que Alexy modificó su postura pro libertad e igualdad a favor de una postura democrática y esta última debería prevalecer. Por otro lado, existe una postura conciliatoria en la que, en los casos donde exista posibles restricciones a la libertad o igualdad, éstas deberían prevalecer, sin embargo, en las situaciones las que estos principios no se encuentren en conflicto, debería prevalecer una carga de la argumentación democrática¹¹².

Con la serie de pasos explicados es posible obtener una respuesta satisfactoria para la resolución de conflictos de principios. No obstante lo anterior, tribunales que utilizan el método de ponderación se han alejado del propuesto por Alexy pues la parte matemática de la fórmula hace que resulte complicada. No obstante, estos pasos alternos siguen teniendo como base la diferencia entre reglas y principios y la importancia de la proporcionalidad para la resolución de antinomias de principios, base de la teoría de Alexy.

Esta separación ha traído como consecuencia una multiplicidad de métodos que dan paso a confusiones teóricas para los operadores jurídicos. Debido a esto, Daniel Vázquez en su libro *Test de razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar*, hace una conjunción de diversos métodos de ponderación y propone uno que integra las cuestiones más importantes de la teoría de Robert Alexy y las empleadas en la realidad por tribunales constitucionales y de derechos humanos del mundo. La propuesta de Vázquez es sobre la que se encuentra fundamentado el presente trabajo de investigación.

1.2.2 El método de ponderación de Vázquez

En México, a partir de la reforma de derechos humanos de 2011, se ha intentado iniciar una revolución teórica sobre los derechos fundamentales. Los jueces mexicanos perciben a las normas incluidas en la reforma como un horizonte desconocido que no existía al momento de su formación, en el que

¹¹² Bernal Pulido, Carlos. "Estructura y límites de la ponderación", cit... pp. 16-17

no había derechos humanos sino garantías individuales. El cambio de paradigma era necesario pues México se había quedado muy atrasado respecto de otros países latinoamericanos que ya tenían incluidos a los derechos humanos y al bloque de constitucionalidad en sus ordenamientos jurídicos.

El cambio fue imponente y por esta razón las y los jueces han tenido dificultades para adaptarse al paradigma en el que, por ejemplo, las herramientas para resolver los conflictos entre normas son distintas a las que habían aprendido al inicio de su carrera jurisdiccional. Así, el libro de Daniel Vázquez surge como uno de los muchos intentos para que las y los operadores jurídicos comprendan como desmenuzar las herramientas que deben emplearse para la aplicación de los derechos humanos. Vázquez en este libro explica a detalle y de forma sencilla los pasos necesarios para la aplicación de la ponderación, sigue las premisas de Alexy pero también lo acompaña de otras herramientas empleadas por tribunales de derechos humanos para construir un método completo y útil que será expuesto a continuación¹¹³.

Para iniciar la comprensión del método de ponderación, Vázquez señala que una cuestión que debe permanecer latente en la resolución de conflictos es que la restricción de uno de los derechos puede posibilitar el ejercicio de otro derecho. Por lo cual, es “un primer aspecto central de este test: el objetivo no es anular un derecho frente a otro, sino hacer compatible el ejercicio de dos derechos que entran en colisión.”¹¹⁴ En este sentido, lo que se intenta es la armonización de derechos para su protección y garantía, aunque esto implique que ambos o alguno de ellos sean restringidos.

Vázquez afirma que existe un universo de casos de colisión y que los pasos específicos de la ponderación pueden depender de los derechos que se encuentran en colisión, esto debido al amplio desarrollo jurisprudencial del que

¹¹³ Cfr. Vázquez, Daniel. Test de razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo de recursos disponibles. México, UNAM-IIJ, 2016.

¹¹⁴ Íbidem p. 102

han sido objeto los derechos humanos. En la actualidad existen exámenes específicos para algunos derechos, por ejemplo el de real malicia en la libertad de expresión¹¹⁵ el cual debe ser realizado como un paso previo para la resolución de los casos de conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor.

No obstante lo anterior, la propuesta de este libro es que de la observación de la metodología de varios casos, se extraerán los elementos fundamentales para construir una fórmula general de la ponderación, en palabras de Vázquez, se intentará “derivar una herramienta de la forma en que se resolvieron varios casos concretos”.¹¹⁶ En caso de que existan particularidades de derechos que deban ser zanjadas, secundariamente se pueden adicionar pasos a la metodología.

Para lograr el objetivo señalado, Vázquez estudia casos paradigmáticos para extraer elementos importantes para servir como pasos generales para una metodología de la ponderación. El autor examina casos divididos en dos rubros, los estudiados exhaustivamente en el siglo pasado sobre libertad de expresión en colisión con el derecho al honor. Él afirma que los casos son de gran utilidad por el desarrollo que existe sobre la colisión de principios. No obstante, como aspecto negativo, pueden resultar muy especializados para que de ellos se extraiga una regla general para todos los casos de colisión.

Por otro lado, están los casos característicos del desarrollo jurisprudencial actual en los que hacen colisión el derecho a la integridad y libertad personal, la vida privada y el derecho a la familia frente a la protección a la vida. De este tipo de casos se pueden obtener los criterios restantes para una metodología general de la ponderación.

¹¹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA REQUIERE NO SÓLO QUE LA INFORMACIÓN DIFUNDIDA HAYA SIDO FALSA, SINO QUE SE HAYA DIFUNDIDO A SABIENDAS DE SU FALSEDAD O CON LA INTENCIÓN DE DAÑAR (INTERPRETACIÓN DE ESTE ÚLTIMO ESTÁNDAR). Tesis 1a. XL/2015 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 15, Febrero de 2015, p. 1401

¹¹⁶ Vázquez, Daniel. Test de razonabilidad y derechos humanos... cit. p. 100

Los casos analizados por el autor sobre libertad de expresión son los más representativos sobre el tema, como *Tristán Donoso vs Panamá* de la Corte Interamericana¹¹⁷, el caso 214/1991 (*Violeta Friedman*) resuelto por el Tribunal Constitucional Español¹¹⁸ y el caso *New York Times. vs. Sullivan*¹¹⁹. Las distintas cortes utilizan criterios distintos para resolver casos que cuentan con temáticas casi idénticas. Por ejemplo, de lo resuelto por la Suprema Corte estadounidense, se extrae la individualización de la lesión sobre el derecho al honor, es decir, si el dicho que está siendo sometido a examen se refiere de manera específica a una persona o un conjunto no individualizado. Asimismo, de la Corte Interamericana, se identifica el estándar de la importancia de calidad de servidor público y del Tribunal Constitucional Español se subraya la aplicación sobre el ánimo del discurso.

En segundo lugar, el autor estudia los casos sobre la colisión del derecho a la integridad y libertad personal, la vida privada y el derecho a la familia frente a la protección a la vida. En éstos se debate la despenalización del aborto y las técnicas de reproducción asistida. Para obtener los pasos se analizan los casos *Artavia Murillo vs Costa Rica*¹²⁰, ya mencionado en este trabajo y el C-355/06 de la Corte Constitucional Colombiana¹²¹.

De lo resuelto por la Corte Interamericana se extraen los pasos identificados en el párrafo 274 que afirman que: “Para efectuar esta ponderación se debe analizar: i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste

¹¹⁷ Corte IDH. Caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.

¹¹⁸ Tribunal Constitucional Español, Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 1991)

¹¹⁹ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)

¹²⁰ Corte IDH. Caso *Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257

¹²¹ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-355/06, de 10 de mayo de 2006

justifica la restricción del otro.”¹²² Estos pasos señalados por la Corte IDH se encuentran en sintonía con los revisados en la ley de la ponderación de Alexy.

Por otro lado, en el caso de la Corte Colombiana, Vázquez destaca como la Corte sostiene que no se puede penalizar el aborto en todos los casos pues sería una restricción desproporcionada a los derechos de la mujer. Además, la Corte Constitucional Colombiana sostiene que se debe dejar la libertad política al legislador para determinar en qué otros casos el aborto no debe pasar por una sanción penal.

Además, el autor trae a colación un caso de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el que se enfrentaba el secreto fiscal en contra del derecho a presentar pruebas. El caso es traído a colación debido a la concreción con la que la Suprema Corte identifica los pasos a seguir para resolver el conflicto. La SCJN propone el siguiente método para resolver los conflictos de derechos.

- i) Identificación de los derechos en colisión.
- ii) Clarificación de las razones normativas que hay detrás de cada posible restricción.
- iii) Identificación de los fines que se promueven con la restricción. Estos pueden ser divididos en inmediatos y mediatos.
- iv) Aplicación del test de proporcionalidad en sentido amplio a partir de los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.
- v) La Corte analiza el peso abstracto y concreto de los derechos. El abstracto se determina a través de la naturaleza del principio como derecho fundamental y el concreto depende de la intensidad de la intervención¹²³.

Por último, el autor expone otro caso de la Corte Constitucional Colombiana en el que se identifica una metodología de cuatro pasos para estudiar la proporcionalidad de medidas que puede integrarse al test de ponderación consistente en los siguientes pasos:

¹²² Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro")... cit. parr. 274

¹²³ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 2655/2013 de 6 de noviembre de 2013

- a. Identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados.
- b. Sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses.
- c. Comparar dichas afectaciones.
- d. Apremiar si la medida grave de manera manifiestamente desproporcionada uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución.

A partir del análisis de estos casos, Vázquez recupera los pasos generales que deberían estar en todos los test de ponderación y deja de lado especificidades para los casos que lo requieran. En conclusión, se determina que cualquier test de ponderación debería, al menos, contar con los siguientes puntos:

- i) Identificación de los derechos que se encuentran en colisión.
- ii) Peso en abstracto que tienen los derechos a ponderar. Este paso podría terminar prematuramente el conflicto ya que si uno de los principios en colisión no es un derecho humano, éste puede desplazar cualquier otro tipo de normas jurídicas sin necesidad de entrar a un examen a fondo.
- iii) Idoneidad, adecuación o causalidad y necesidad de la restricción de ambos derechos. Esto puede ser analizado a través de la ley de ponderación de Alexy, expuesta en el apartado anterior, conforme a la que se debe determinar si la importancia de satisfacción de uno de los derechos justifica la restricción del otro. Vázquez dice que la pregunta que debe guiar este criterio es, “si restrinjo X derecho ¿qué se gana en el ejercicio del derecho Y?”¹²⁴. La idoneidad sirve para analizar si la satisfacción de uno de los derechos supone la restricción de otro. Por otro lado, la necesidad se utiliza para identificar si no existe un método alternativo para lograr el fin buscado.
- iv) Intensidad de la restricción de ambos derechos o proporcionalidad en sentido estricto. Esto se realiza a través de la escala triádica de Alexy de intensidad leve, media o grave.
- v) La no anulación de ninguno de los derechos. El autor señala que se deben tener en cuenta dos criterios distintos. Primero, que las restricciones que

¹²⁴ Vázquez, Daniel. Test de razonabilidad y derechos humanos... cit. p. 112.

surjan de la ponderación no afecten el núcleo esencial de los derechos en colisión y, en segundo lugar, que a pesar de las restricciones producto de la ponderación, aún existan mecanismos generales de protección y formas de atenuar los impactos. Los mecanismos generales de protección son otras medidas que no permiten que un derecho quede sin garantía como lo sucedido en el caso Artavia donde se determinó que la protección absoluta de la vida era excesiva pero en Costa Rica existían otras medidas para la protección del embrión como la prohibición de desechar embriones para proteger la expectativa de vida.

Estos son los pasos que Vázquez extrae de las experiencias de diversos tribunales y que deben ser el mínimo común para poder realizar un examen de ponderación. Debido a que la metodología únicamente plantea mínimos, permite que siempre se puedan agregar pasos para resolver problemáticas específicas. Lo anterior, resulta de suma importancia para probar la hipótesis de esta tesis, en los casos de discriminación estructural en contra de las mujeres, éste tipo de metodología debe ser modificada para una comprensión mayor de la problemática que aqueja a ciertos grupos en situación de vulnerabilidad.

1.2.3 Diferencia entre la metodología de ponderación de Robert Alexy y la de Daniel Vázquez

Robert Alexy a través de la observación de sentencias del Tribunal Constitucional Alemán ideó la primera metodología de la ponderación. A partir de esto, la mayoría de teóricos o tribunales que abordan el problema de conflictos entre derechos recuperan las nociones generales de la teoría de Alexy. Este autor, sin duda, es la base para desarrollar cualquier tema relacionado con la ponderación. En el presente trabajo de investigación se eligió examinar la ponderación de Daniel Vázquez sobre la de Robert Alexy debido a ciertas alternativas novedosas que tiene la metodología de Vázquez. Este apartado abordará cuales son las diferencias entre las dos metodologías para evidenciar las razones de la selección de un autor sobre otro.

En primer lugar, la creación de la metodología de Alexy, como se ha señalado varias veces, está basada en las sentencias del Tribunal Constitucional

Alemán. Lo anterior probablemente se debe a que, en el momento del desarrollo de la teoría, esta corte era la que más había desarrollado jurisprudencia respecto de la resolución de conflictos de principios¹²⁵. Por otro lado, la metodología propuesta por Vázquez es una conjunción del desarrollo jurisprudencial existente en torno a la ponderación elaborada por múltiples tribunales constitucionales e internacionales de derechos humanos. Sin duda, el amplio desarrollo del test de Vázquez y la multiplicidad de fuentes empleadas se debe a una cuestión temporal y, gracias a esto, se ha podido afinar el método y confrontarlo con la realidad jurídica. Debido a las distintas fuentes de las cuales se nutre la metodología de Vázquez y la actualidad de sus pasos, ésta resulta satisfactoria para resolver los problemas contemporáneos de conflicto de principios.

Por otro lado, la ponderación de Alexy se concentra en la asignación de valores en las variables que el caso permita, conforme a la argumentación jurídica del operador jurídico que la realice para la resolución de su fórmula matemática. Dependiendo de los valores que arroje la operación matemática, el Tribunal deberá darle preferencia a un valor sobre otro, en la cual no se tiene en cuenta la medida particular que se tomará para la restricción de los derechos

En cambio, en el método de Vázquez, a pesar de que recupera algunas cuestiones de la ponderación de Alexy, como aquel del peso en abstracto de los principios, el autor desmenuza otros pasos que podrían parecer obviedades pero que asisten a clarificar la problemática que se trata de resolver. Entre estos puntos, se encuentra la identificación de los derechos en colisión, este paso ayuda a que las y los jueces clarifiquen los derechos que están en juego.

Por ejemplo, en casos complejos actuales como los de ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por parte del personal de salud cuando una mujer requiere un aborto, se puede confundir cuáles son los derechos en colisión. La confusión deviene de la multiplicidad de derechos que se encuentran inmiscuidos en el caso, como la libertad religiosa del médico, el derecho a la salud y autonomía de la mujer y el de la protección de la vida al producto. En

¹²⁵ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...* cit. pp. 559-561

este sentido, si se está tratando de los derechos del médico y la mujer, es decir, la objeción de conciencia y la autonomía reproductiva, no se debería argumentar nada respecto de la protección a la vida del producto puesto que éste se encuentra fuera de la colisión primaria.

Otro punto a resaltar es que Robert Alexy señala que la ponderación es solo una parte del principio más amplio de la proporcionalidad y que la ponderación se refiere solo a la proporcionalidad en sentido estricto. Los dos elementos restantes de la proporcionalidad son la idoneidad y la necesidad previstos fuera de la ponderación¹²⁶. La idoneidad y la necesidad previenen el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas, mientras que la proporcionalidad estricta trata de las posibilidades jurídicas. Debido a que la ponderación solo es una estructura que trata las posibilidades jurídicas, Alexy extrae a la idoneidad y necesidad de la fórmula. Por otro lado, Vázquez incluye estos dos elementos, tal y como lo ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹²⁷, para resolver los conflictos de derechos. Lo anterior permite hacer un estudio más amplio de la forma en que se podrán armonizar los derechos conforme a las posibilidades fácticas del caso bajo estudio.

Asimismo, Alexy se limita a medir cuál de los derechos debe prevalecer en el caso en concreto, mientras que el test de Vázquez intenta prevenir la anulación de cualquiera de los derechos. Esto es de vital importancia ya que después de determinar cuál de los derechos debe prevalecer para el caso en concreto, la medida que sea adoptada para los derechos no debe traducirse en la invalidación de alguno. Vázquez, convencido de la importancia y trascendencia de los derechos humanos, a través de la verificación de la no anulación de los derechos insiste en su armonización.

Como puede notarse en todos los puntos desarrollados, la metodología de Alexy es una base necesaria para tratar el tema de la ponderación, sin embargo, el test de Vázquez prevé más pasos que habrían sido imposibles de tener en cuenta al momento de la creación de la teoría de Alexy. Debido a

¹²⁶ Alexy, Robert. *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad...* cit., p. 8

¹²⁷ Caso Tristán Donoso Vs. Panamá... cit. párr. 56

estas particularidades resulta preferible usar el método que ha desarrollado Vázquez por su sencillez, actualidad y agrupación de los mejores casos de Corte de todo el mundo para tratar el tema que nos ocupará en el presente trabajo de investigación.

Conclusión

Una vez entendido el nuevo paradigma de ordenamiento jurídico en el que se encuentran los Estados contemporáneos, resulta necesario pensar una forma novedosa de entender las normas jurídicas. De esta necesidad surge la diferencia entre principios y reglas, fundamental para los estados constitucionales. La distinción permite encontrar la forma óptima de resolver los conflictos para cada tipo de norma.

Aunado a lo anterior, para el uso de las metodologías expuestas, fue necesario demostrar por qué los derechos humanos deben y necesitan ser pensados como principios. Una de estas razones es que los derechos humanos son inalienables por lo cual no pueden ser sustraídos o negados a las personas. En este sentido, los derechos deben ser optimizados para que ambos continúen siendo vigentes.

Asimismo, el capítulo expone las particularidades y características de los derechos humanos como universalidad, interdependencia e indivisibilidad. Aunado a lo anterior, el examen sobre el carácter absoluto de los derechos es de la máxima relevancia ya que explica como encajan perfectamente bajo la noción de principios. Esta exposición resulta importante porque solo así se puede entender cómo deben operar los derechos humanos cuando entran en acción.

Una vez explicadas las características de los derechos humanos y la razón por la cual funcionan como principios, se debe pensar en el método adecuado a utilizar en una colisión entre ellos. En sintonía con la teoría de las normas como reglas o principios, el mejor método para resolver la colisión entre derechos es la ponderación desarrollada por Robert Alexy.

En el último apartado, se exponen los pormenores metodológicos de la ponderación tanto de Robert Alexy y Daniel Vázquez. Esta presentación permite, de manera informada, que examenes el más adecuado para el estado actual del desarrollo jurídico. En este sentido, se opta por el método de Vázquez debido a su actualidad y detalle. El examen será el empleado para analizar el conflicto entre la libertad de expresión y la no discriminación estructural en contra de las mujeres.

Segundo capítulo. Libertad de expresión

En este segundo capítulo se hará una breve revisión teórica y de modelos de protección existentes sobre la libertad de expresión, uno de los derechos que se encuentran en la colisión que será resuelta al final de esta tesis.

La revisión teórica pretende obtener las nociones e ideas sobre las cuales se construye este importante derecho. Por ejemplo, no es posible separar la libertad de expresión de los derechos civiles y políticos que surgieron como una barrera hacia el Estado. Sin embargo, bajo otras concepciones teóricas, se ha cuestionado el funcionamiento de la libertad de expresión en una estructura social adversa para las libertades de los individuos por cuestiones ajenas al Estado como plantea Owen Fiss. Autores como Bobbio, Salazar, Fiss o Ledezma serán empleados para traer la base teórica del funcionamiento de la libertad de expresión.

Una vez obtenidas estas coordenadas, se procederá a realizar una exposición sobre dos modelos de protección a la libertad de expresión, el modelo estadounidense y el modelo mexicano. Como se explicará posteriormente, la elección del modelo mexicano sobre el europeo ocurre debido a que existen grandes similitudes entre uno y otro. Además debido a que la normatividad jurídica mexicana¹²⁸ es la aplicable al caso que será estudiado.

La comparación entre los modelos estará dividida en dos cuestiones nodales, el contenido no protegido del derecho y el contenido protegido. De forma muy general, el contenido no protegido se refiere a aquel tipo de discurso que el derecho a la libertad de expresión no cubre como la pornografía infantil o el discurso de odio que incita a la violencia. Para este tipo de discursos, las reglas de prohibición de censura previa, entre otras, no aplican

Por otro lado, el contenido protegido de la libertad de expresión es prácticamente todo, salvo algunas excepciones, y a este aplican las reglas bajo

¹²⁸ En este sentido en la exposición del modelo mexicano también se trae toda la normativa que implica el parámetro de regularidad constitucional en México detallado en la Contradicción de tesis 293/20, como sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otras.

las cuales la restricción al derecho debe ser la mínima posible. La división del discurso protegido y no protegido permitirá exponer si existe la posibilidad de restringir ciertos discursos, en qué casos, bajo que términos y en qué medida. Lo anterior será de gran ayuda para el estudio del caso concreto elegido.

2.1 Apuntes teóricos sobre la libertad de expresión

La historia de la libertad de expresión está íntimamente ligada a la lucha del liberalismo para limitar al poder del Estado. El liberalismo sobre el que está basada esta afirmación es el liberalismo político del cual Bobbio señala que tiene como finalidad principal proteger las cuatro libertades de los modernos: la libertad personal, de opinión, de reunión y de asociación¹²⁹. En esta tónica, Salazar afirma que el liberalismo político, bien entendido, promueve que la esfera pública permita respirar a la privada para limitar al poder y así proteger los derechos de libertad¹³⁰.

En sus inicios, se pensaba a la libertad de expresión únicamente como una libertad negativa¹³¹. En esta concepción, el Estado no debía intervenir bajo ninguna circunstancia en el espacio de autonomía individual de los ciudadanos por lo cual las autoridades no podían acallar ninguna expresión proveniente de la ciudadanía.

La libertad negativa representa la idea principal del liberalismo del siglo XVII en el que “lo que caracteriza al pensamiento liberal es el imperativo de reducir los poderes y funciones de la autoridad “estatal” para aumentar el espacio de las libertades.”¹³² Debido a lo anterior, la libertad de expresión, aun en nuestros

¹²⁹ Bobbio, Norberto. *Teoria generale della politica*, Einaudi, Turín, 1999, p. 304.

¹³⁰ Salazar, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México, Fondo de Cultura Económica, 2011, 2da reimpression, p. 82.

¹³¹ De acuerdo con Michelangelo Bovero, en *Una gramática de la democracia: contra el gobierno de los peores*, la concepción de la libertad negativa se refiere a que “El sujeto recibe normas (órdenes, prohibiciones, constricciones, impedimentos) del colectivo al que pertenece, pero dichas normas no abarcan todas y cada una de las esferas de su comportamiento; por lo tanto, los individuos serán más o menos libres, dependiendo de la amplitud de la esfera de comportamientos no regulados por las normas colectivas”.

¹³² Salazar, Pedro y Gutiérrez, Rodrigo. *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación...* cit. p. 6

días, se entiende como un elemento relacionado con la limitación del poder del Estado. En este sentido, si se reduce el espacio de las libertades se tiene un Estado tendiente al absolutismo¹³³ y, por el contrario, a mayor espacio para la libertad el individuo se encuentra ante un Estado limitado.

En relación a lo anterior, uno de los elementos que permiten identificar regímenes autoritarios son los intentos para suprimir cierto tipo de expresiones contrarias al gobierno¹³⁴. En este tipo de gobiernos es complicado hablar de libertad debido a que se crea un contexto de disuasión en el que las y los ciudadanos no pueden expresarse de temas sensibles para el Estado sin temer consecuencias. En este sentido, la libertad de expresión se convierte en una especie de termómetro para verificar lo liberal o autoritario de un gobierno.

Este liberalismo, que permitió el nacimiento de los derechos humanos, hizo que los derechos, siglos después, se convirtieran en un elemento legitimador del Estado, en el que el Estado existe en función de que protege los derechos y libertades de la ciudadanía¹³⁵. En este sentido, el respeto y la garantía de la libertad de expresión se han convertido en un elemento legitimador de los gobiernos actuales.

A partir de la historia de nacimiento de este derecho y el constitucionalismo, la libertad de expresión se ha convertido en una suerte de bien especial que debe ser protegido por las democracias constitucionales. De hecho, diversos tribunales y teóricos coinciden en que la libertad de expresión tiene una cierta prioridad respecto de otras libertades y derechos humanos debido a la importancia que tiene para el funcionamiento de una democracia¹³⁶.

¹³³ Estado absoluto es entendido por Norberto Bobbio en *Teoría General de la Política* como un Estado en el que el poder del soberano no conoce límites y se torna arbitrario.

¹³⁴ Farias Batlle, Pedro. La prensa y las transiciones políticas a la democracia. *Revista Comunicar* 13, 1999, p. 71

¹³⁵ Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 6ta Edición, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Editorial Trotta, 2009

¹³⁶ Véase Atienza, Manuel. "Las caricaturas de Mahoma y las libertad de expresión", *Revista Internacional de Filosofía Política*. Carbonell, Miguel. "Notas sobre la libertad

Con base en lo anterior, es posible afirmar que existe un consenso respecto de que la libertad de expresión es un bien que debe ser protegido en la actualidad. Sin embargo, existe una multiplicidad de teorías respecto de las razones por las cuales la libertad de expresión es un bien a proteger. Existen cuatro corrientes filosóficas que aportan las razones por las cuales la libertad de expresión debe ser protegida. Éstas son: “a) la libertad de expresión como derecho individual; b) la libertad de expresión como instrumento para la búsqueda de la verdad; c) la libertad de expresión como instrumento para el desarrollo personal, y d) la libertad de expresión como herramienta del proceso político.”¹³⁷

La primera variante está íntimamente ligada con la concepción de la libertad de expresión que fue expuesta al inicio del presente apartado, en el que ésta es entendida como un freno para el Estado y permite conservar un espacio amplio de libertades. De esta forma, la libertad de expresión es positivizada con el objeto de que pueda ser oponible al Estado en cualquier circunstancia¹³⁸.

La segunda vertiente, de instrumento de búsqueda de la verdad, es característica de distintos teóricos anglosajones como John Stuart Mill. Mill en su famoso ensayo “Sobre la libertad” afirma que la libertad de expresión debe ser protegida debido a que es un mecanismo valioso para descubrir la verdad. A partir de la libre discusión de las ideas y su confrontación con otras es que será posible determinar cual de las ideas es la verdadera. Este autor entiende a la verdad como una cuestión objetiva que una vez descubierta será universal.¹³⁹ A esta corriente le han seguido diversas críticas, entre ellas la

de expresión en México”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, México, Porrúa-CNDH, 2004, p. 348

¹³⁷ Gómez Gamboa, David. Hacia la construcción del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina en materia de libertad de expresión e información. México, IJ-UNAM, Serie Estudios Jurídicos, núm. 272, 2015, pp. 62-63

¹³⁸ Faundéz Ledesma, Héctor. Los límites de la libertad de expresión. México, IJ-UNAM, 2016, p. 38

¹³⁹ Mill, John Stuart. *On Liberty*. Ontario, Batoche Books Limites, 2001, pp. 18-19

feminista, en la que se afirma que la verdad es una cuestión construida socialmente y no universal u objetiva.¹⁴⁰

La tercer razón que puede ser argumentada es que la libertad de expresión es un instrumento de desarrollo personal. Esta visión se relaciona con la autonomía de las personas; en la medida que se reconoce que todas y todos tienen la misma capacidad de juicio y deliberación, todas las personas deberían contar con la posibilidad de expresarse como deseen. En palabras de Salazar “reconocer una misma dignidad a todos los individuos implica reconocerles la misma autonomía intelectual y moral.”¹⁴¹

Por último, se encuentra la justificación del valor de la libertad de expresión por el papel que tiene en el proceso político. En la actualidad, se habla sobre la relación indisoluble entre la libertad de expresión y la democracia tanto en foros académicos como en foros jurisdiccionales, lo cual hace que esta justificación de la libertad de expresión se presente como una discusión contemporánea y rica¹⁴². Del reconocimiento de su importancia, se afirma que la garantía de la libertad de expresión es una precondition para la existencia de una democracia¹⁴³.

La discusión pública, en ejercicio de la libertad de expresión, se convierte en un elemento necesario para que la ciudadanía sea capaz de comprender los sucesos y problemáticas sociales y, con base en ello, exigir y guiar las decisiones de sus países. Este accionar es una característica fundamental de una democracia, la forma de gobierno en la que el poder se estructura de

¹⁴⁰ Williams, Susan. “*Feminist Theory and Freedom of Speech, Free Speech Theory.*” en *Indiana Law Journal*, Volumen 84, Article 11, 2009, p. 1000-1002

¹⁴¹ Salazar, Pedro y Gutiérrez, Rodrigo. El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación... cit. p. 10

¹⁴² Cfr. Cañizález, Andrés. Libertad de expresión y democracia: relación indisoluble. *Revista Comunicación* N. 131. Estudios Venezolanos de comunicación, 2005, p. 58, Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70

¹⁴³ Bobbio Norberto. *Liberalismo y democracia*, México, trad. de J. F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 48

forma ascendente y nace de la base de la pirámide, es decir, el poder emana de los individuos que toman decisiones a través de sus representantes¹⁴⁴.

Como es posible observar, existen diversas explicaciones con las cuales se puede fundamentar la importancia de la libertad de expresión. Lo que no se puede negar a partir de las diversas justificaciones del estudio, es que la libertad de expresión representa una libertad que merece ser protegida.

En la actualidad, los debates sobre la libertad de expresión se han concentrado en las justificaciones tercera y cuarta, el respeto por la autonomía de las personas y en su importancia para el debate democrático. Estas dos vertientes también pueden ser interpretadas a través de la división realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las dimensiones de la libertad de expresión, la dimensión individual y la colectiva¹⁴⁵.

La dimensión individual se refiere a la forma de ejercicio del derecho en el cual todas y todos deben ser capaces de expresar y publicar sus opiniones mediante cualquier medio que consideren apropiado. Esta noción se respalda en lo contenido en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴⁶ que señala: “este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. En la dimensión individual se reafirma la noción de libertad negativa de la libertad de expresión, es decir, como un límite al poder del Estado para que éste no interfiera en la esfera de autonomía de las personas.

Por otro lado, la dimensión social de la libertad de expresión puede entenderse de forma cabal únicamente a través de la violación a la dimensión individual de

¹⁴⁴ Salazar, Pedro. La democracia constitucional... cit., p. 124.

¹⁴⁵ Corte IDH. Caso Ricardo Canese. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 77-80

¹⁴⁶ ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

este derecho. Cuando se falla en respetar la libertad de expresión de una persona se incumple el respeto a la parte individual, sin embargo, además se viola el derecho de la sociedad a conocer el contenido de la información que esa persona tenía a su alcance y que podía servir para enriquecer el debate público.

Un ejemplo muy ilustrativo es el caso de la Corte Interamericana, Palamara Iribane vs Chile en el que al señor Palamara se le prohíbe publicar un libro, de su autoría, en el que trataba temas relacionados con la inteligencia militar y la necesidad de adecuarla a ciertos parámetros éticos. Este libro, de acuerdo con las autoridades chilenas, vulneraba la seguridad y defensa nacional por lo que, de acuerdo con ellas, estaba plenamente justificado prohibir su circulación.

Por lo contrario, la Corte IDH afirma que existió una violación a la libertad de expresión del señor Palamara pero que, además, existía una violación a la dimensión social de la libertad de expresión debido a que la sociedad chilena, ante la prohibición de la publicación del libro, se veía impedida de recibir información de importancia para el debate público¹⁴⁷. A través de la dimensión social de la libertad de expresión, las personas cuentan además con “un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.”¹⁴⁸

Es importante reparar en la importancia de la libertad de expresión para las sociedades democráticas contemporáneas, más allá de ésta como una justificación para la protección de este derecho. En ese sentido, Owen Fiss en su libro *Libertad de expresión y estructura social* hace hincapié en la importancia de éste derecho para la democracia. En primer lugar, Fiss afirma que existen dos bienes relevantes que la libertad de expresión pretende proteger, la autonomía de las personas y el debate público nutrido.

¹⁴⁷ Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135. párr. 2

¹⁴⁸ Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), cit..., párrs. 32-33

Asimismo, conviene que cuando se realizaron las primeras afirmaciones sobre la libertad de expresión, ésta era entendida únicamente como el derecho de una persona a pararse en la esquina de cualquier calle a decir cualquier cosa que pasara por su mente, una visión relacionada con la dimensión individual de la libertad de expresión. La premisa que se sigue para justificar el cumplimiento del segundo objetivo de la libertad de expresión es que la autonomía de las personas, eventualmente, enriquecería el debate público.

Sin embargo, Fiss plantea que ambos bienes, la autonomía y el debate público pueden llegar a convertirse en antagonistas. El caso paradigmático para él es el de la sociedad actual, que se encuentra constreñida a un debate público dentro de los límites que el mercado permite, pues el poder económico es el poder dominante en la actualidad.¹⁴⁹

En razón de lo anterior, Fiss apela al papel del Estado como árbitro con el objeto de disminuir la desigualdad que existe entre distintos actores de una sociedad democrática. El autor sostiene que este arbitraje puede, en ocasiones, afectar la autonomía de algunos individuos o instituciones. Sin embargo, esto únicamente se hará siempre y cuando se trate de enriquecer el debate público. Es así que la regulación de la libertad de expresión puede convertirse en un aporte al derecho de otros sujetos menos poderosos pues, afirma Fiss, la estructura social en estos tiempos es más enemiga de la libertad de expresión que el Estado mismo.¹⁵⁰

Los aportes de Fiss llevan a tratar el importante tema de los límites a la libertad de expresión. Existen coincidencias sobre cuáles son las situaciones en las que es válido poner límites a la libertad de expresión. En el presente apartado se abordará de forma muy general este tema debido a que posteriormente se realizará un estudio a profundidad sobre los límites permitidos a partir de los distintos modelos existentes de protección a la libertad de expresión. Asimismo,

¹⁴⁹ Fiss, Owen. Free Speech and Social Structure. Iowa Law Review, number 71, 1986, p. 1413

¹⁵⁰ Ibidem, 1415

es menester señalar que los límites deben ser estudiados caso por caso, atendiendo a las circunstancias particulares de los hechos.

La existencia y necesidad de límites a la libertad de expresión se relaciona con lo expuesto en el capítulo anterior sobre los derechos humanos como principios por diversas razones. Entre estas razones, la más importante es que los derechos de dos personas pueden entrar en colisión y es necesario garantizar ambos.

Además de este argumento fundamental, existe una serie de razones posibles por las cuales es válido limitar la libertad de expresión. Este apartado se centrará en los límites previstos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos¹⁵¹ debido a que éste es un instrumento del sistema universal de protección de derechos humanos y representa el consenso entre Estados a nivel mundial.

El artículo 19 del Pacto regula el derecho a la libertad de expresión y en éste se señalan los casos en los que este puede ser limitado. Dicho artículo señala:

“2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”¹⁵²

¹⁵¹ ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, op. cit.

¹⁵² Idem

En este artículo, se puede notar que los derechos de otras personas constituyen la primera razón por la cual la libertad de expresión puede ser limitada. Por otro lado, se prevén otras como la seguridad nacional y la moral públicas. Éstas últimas han sido descartadas paulatinamente en la práctica jurisdiccional toda vez que representan cierta discrecionalidad del Estado y, a pesar de que los estados han continuado usándolas, la mayoría de los tribunales internacionales de derechos humanos han revocado las decisiones de poderes estatales¹⁵³.

En relación con lo anterior, los próximos apartados abordarán algunas decisiones fundamentales que han contribuido a la creación de diversos modelos de protección de la libertad de expresión. La diferencia fundamental entre estos modelos es acerca de como determinar los límites a la libertad de expresión.

2.2 Modelos de protección de la libertad de expresión

En el este apartado se expondrá de forma breve las distinciones que existen entre dos diversos modelos de protección a la libertad de expresión. Como se afirmó en el primer capítulo del presente trabajo de investigación, la universalidad de los derechos humanos más que ser un obstáculo que reprime a las diversas culturas que habitan este mundo, es una oportunidad para que se reconozcan los mismos derechos a todas las personas. Además, acordes con el contexto, pueden ser interpretados con base en las condiciones fácticas y contextos en los que se encuentran.

En este sentido, la distinción entre modelos de protección a la libertad de expresión parte del reconocimiento de que la salvaguarda de los derechos puede realizarse de formas distintas. Sobre los dos modelos se expondrá de forma breve la definición del derecho a la libertad de expresión en cada contexto y cuáles son los discursos que están o no protegidos por este

¹⁵³ Cfr. Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73., Tribunal EDH. Asunto Ahmet Yildirim Vs Turquía, Demanda no 3111/10, Sentencia de 18 de marzo de 2013.

derecho. En el apartado del discurso protegido se abordarán las reglas específicas que cada modelo tiene para tratar a la libertad de expresión.

Los modelos de libertad de expresión que han sido estudiados tradicionalmente para ser comparados son el estadounidense y el europeo. Sin embargo, en este trabajo de investigación se abordará únicamente el modelo estadounidense y mexicano. Debido a que la presente tesis pretende la resolución de un caso en el contexto mexicano, se optará por el desarrollo de este modelo que incluye la jurisprudencia interamericana e indirectamente la europea.

A partir del desarrollo jurisprudencial del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de la Nación es posible notar como el modelo europeo ha influenciado de forma determinante la protección a la libertad de expresión en toda Latinoamérica. En páginas posteriores será posible notar en la argumentación de ambas instancias como las dos emplean casos y razonamientos del Tribunal Europeo, con un desarrollo jurisprudencial más amplio, como soporte para justificar sus decisiones.

Asimismo, es necesario resaltar que el estudio se concentrará en el desarrollo de la libertad de expresión realizado por instancias jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales. Lo anterior debido a que han sido las cortes u otros órganos cuasi-jurisdiccionales quienes han ampliado el contenido y entendimiento de este derecho desde el inicio de la historia de su protección.

2.2.1 Modelo estadounidense

Para tratar el tema de la libertad de expresión en Estados Unidos, es necesario abordar brevemente la historia de la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América. En el texto original de la Constitución de Estados Unidos no se incluyó ningún derecho humano¹⁵⁴. Este documento se limitó a ser un texto en el que se delineaba la forma en que se organizaría el poder en

¹⁵⁴ Freixes Montes, Jordi. *La protección constitucional de la libertad de expresión en Estados Unidos: ¿Un modelo para Europa?* Revista Derecho Privado y Constitución Núm. 10, septiembre-diciembre, 1996, p. 270.

ese país. Los constituyentes pensaban que era inconcebible un Estado que se inmiscuyera en las libertades fundamentales de la ciudadanía por lo cual no era necesario incluirlas.¹⁵⁵

No obstante, a posteriori, los constituyentes tomaron conciencia de la necesidad de proteger los derechos humanos y la medida para hacerlo fue a través de su potivización en la constitución federal. En razón de lo anterior, se creó la *Bill of Rights*, Carta de Derechos en español, que contiene las primeras diez enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos¹⁵⁶. En esta Carta, se incluye a la libertad de expresión como un derecho fundamental.

La primer enmienda del *Bill of Rights* contiene la protección a la libertad de expresión que señala: “El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios.”¹⁵⁷

a) Definición de libertad de expresión

En el modelo estadounidense existe una particularidad sobre la definición de la libertad de expresión. A partir del texto de la Constitución es posible notar que no se define qué es la libertad de expresión. La Constitución estadounidense se limita a señalar que el Congreso no puede emitir ley alguna que coarte la libertad de expresión.

Debido a las particularidades del sistema jurídico estadounidense¹⁵⁸ es necesario traer a colación el caso *Marbury vs Madison*. Este caso, a pesar de

¹⁵⁵ *Íbidem*, p. 271

¹⁵⁶ Gonzalez Oropeza, Manuel. Constitución Federal de los Estados-Unidos de América, con dos discursos del general Washington, estudio introductorio Manuel González Oropeza. 1a ed. -- México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación : UNAM. Instituto de Investigaciones Bibliográficas, 2013, p. 10

¹⁵⁷ National Archives Página Oficial en Español. Declaración de Derechos, Consultada el 11 de febrero de 2017 <https://www.archives.gov/espanol/declaracion-de-derechos.html>

¹⁵⁸ Sirvent, Consuelo. Sistemas jurídicos contemporáneos, 15 ed, México, Editorial Porrúa, 2011, pp. 59-130

que no aborda el tema de la libertad de expresión, explica la razón por la cual es necesario depender de los estándares de la Suprema Corte de Justicia para comprender como se protege la libertad de expresión. Esta sentencia fundamenta la importancia y preponderancia del Poder Judicial en Estados Unidos. En este caso se sentaron las bases del *judicial review*¹⁵⁹ que tiene como consecuencia, en pocas palabras, que la Constitución sea lo que la Suprema Corte de Estados Unidos dice que es. Por esta razón, para tratar el modelo de protección a la libertad de expresión en Estados Unidos, la investigación debe centrarse en la evolución de la jurisprudencia de la Suprema Corte sobre este tema.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos ha tratado el tema de la libertad de expresión por décadas, sin embargo, se ha limitado a desarrollar las implicaciones de la libertad de expresión y no ha aportado una definición precisa sobre la misma. Sobre el concepto de la libertad de expresión algunos autores¹⁶⁰, únicamente se atreven a afirmar que la libertad de expresión nació como una libertad negativa o libertad residual, es decir, que existe en tanto no entre en conflicto con otras leyes.

Posteriormente, la Corte le reconoció el status de libertad fundamental en el caso *Lovell v. City of Griffin*. Las implicaciones de que la libertad de expresión sea una libertad fundamental significan que el Estado debe evitar a toda costa cualquier restricción para el disfrute de estas libertades¹⁶¹.

Sobre las acciones protegidas por la libertad de expresión, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha determinado que este derecho implica la posibilidad

¹⁵⁹ Esta doctrina, de acuerdo con el caso citado, implica que corresponde al Poder Judicial interpretar la Constitución y determinar que leyes o actos son contrarios a los preceptos de la Constitución. Esta doctrina hace que indirectamente la interpretación de la Suprema Corte prevalezca sobre la del Poder Legislativo por lo cual se concluye que la Constitución es lo que la Suprema Corte dice que es.

¹⁶⁰ Cfr. Zoller, Elizabeth. *The United States Supreme Court and the Freedom of Expression*, Indiana Law Journal, Vol. 84:885 2009, Strauss, David. *Freedom of Speech and the Common-Law Constitution*, in *Eternally Vigilant: Free Speech in the modern era* 33, Lee C. Bollinger & Geoffrey R. Stone eds., 2002.

¹⁶¹ *Schneider v. New Jersey*, 308 U.S. 147, 161 (1939).

hablar o no hacerlo¹⁶², de disentir o estar en desacuerdo¹⁶³. El posterior desarrollo jurisprudencial se ha centrado en determinar que contenido está protegido o no por la libertad de expresión y analizar si las restricciones impuestas al contenido protegido se encuentran en consonancia con la Primera Enmienda. A continuación se expondrán las particularidades de los contenidos dentro y fuera de protección de la Primera Enmienda.

b) Contenido no protegido

La exclusión de protección de algunas expresiones implica que las reglas para la libertad de expresión no aplican para estos discursos. Es decir, para el contenido exento de protección no es necesario aplicar exámenes de constitucionalidad o armonizar las restricciones con otros derechos.

La Suprema Corte estadounidense en su jurisprudencia ha identificado una serie de expresiones que no se encuentran protegidas por la Primera Enmienda. Estas expresiones son la obscenidad, la pornografía infantil y el discurso que constituya “fighting words”¹⁶⁴ en relación con amenazas verdaderas. A continuación se detallarán de forma separada las razones por las cuales la Corte determinó en dejar a cada una de las expresiones fuera de la protección de la Primera Enmienda.

i) Obscenidad

En un inicio, la obscenidad surgió como un tema discrecional en las decisiones de la Corte, la cual, además, no solía aportar definiciones sobre conceptos jurídicos. La restricción a este tipo de discurso proviene de una concepción

¹⁶² West Virginia Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).

¹⁶³ Cfr. Shiffrin, Steven. The First Amendment and the Meaning of America, in IDENTITIES, POLITICS, AND RIGHTS 307, Austin Sarat & Thomas R. Kearns eds., 1995.

¹⁶⁴ De acuerdo con Cuenca Gascón el término *fighting words* ha sido traducido al español como palabras belicosas en algunos documentos elaborados por el gobierno de Estados Unidos (por ejemplo en el siguiente <http://www.america.gov/st/democracy-english/2008/June/20080630212514eaifas0.1354945.html>) sin embargo, al igual que Cuenca Gascón se optará por mantener el término en inglés debido a que suena poco atinada la traducción al español y no existe un término doctrinal para este término.

antigua de la libertad de expresión y de los asuntos que pueden ser discutidos en público. Este tipo de decisiones tiene como característica común que los casos donde se sostiene la doctrina sobre la obscenidad fueron decididos en la primera mitad del siglo pasado.

En la jurisprudencia de la Corte no existe una argumentación profunda respecto de las razones para restringir el lenguaje obsceno. De hecho, Ruane afirma que éste es el único tipo de discurso que ha quedado fuera de la protección de la Primera Enmienda y para el cual no se necesita un estudio de daño para los individuos¹⁶⁵. En este sentido, una legislatura estatal podía restringir cierto tipo de expresiones bajo el pretexto de que son obscenas y están en contra de la moral.

A pesar de que la Corte fue muy conservadora respecto del tema de la obscenidad, a partir de la llegada de casos sobre pornografía se amplió el criterio sobre este tema. En particular, el caso Miller fue paradigmático pues se determinó que no toda la pornografía era obscena. En este caso, la Corte crea el *Miller test*, examen que es empleado para determinar si una expresión es obscena.

Este test consta de los siguientes tres momentos: primero, se debe determinar si "una persona común, al aplicar los estándares comunitarios vigentes" concluiría que la obra, considerada en su totalidad, atrae a un interés lascivo; en segundo lugar, si la obra representa o describe, de un modo manifiestamente ofensivo, una conducta sexual definida expresamente por la ley del estado aplicable; y por último, si la obra, en general, carece de un valor literario, artístico, político o científico serio"¹⁶⁶. A partir de este test se disminuyó la discrecionalidad de la Corte para afirmar que es o no obsceno.

ii) Pornografía infantil

¹⁶⁵ Ruane, Kathleen Ann. Freedom of Speech and Press: Exceptions to the First Amendment, CRS Report for Congress (Prepared for Members and Committees of Congress), Congressional Research Service, 2014, p. 2

¹⁶⁶ Miller v. California, 413 U.S. 15, 27 (1973)

Podría decirse que la infancia es un bien jurídico protegido en todo el mundo y Estados Unidos no es la excepción. La pornografía infantil, de acuerdo con la Suprema Corte, es aquel material que retrata visualmente conductas sexuales de niños bajo una edad específica¹⁶⁷. La razón de esta prohibición categórica es el interés superior del menor y la protección generalizada a la infancia debido al desarrollo progresivo de las niñas y niños. Es decir, las niñas y los niños no pueden decidir de forma autónoma e informada participar en algo de ese talante por lo cual suelen ser engañados o forzados a estar en los videos pornográficos. Lo anterior hace que se necesite una protección especial para que las niñas y niños no se vean sometidos a este tipo de abusos.

En este sentido, la pornografía infantil está catalogada como un delito. En Estados Unidos se considera que existe un abuso en cualquier tipo de video pornográfico donde aparece una o un menor de edad. De hecho, la Corte considera que para este tipo de pornografía el *Miller test* no es aplicable pues invariablemente se considerará como obscena¹⁶⁸ y por ende, fuera de la protección de la libertad de expresión.

iii) Fighting words y amenazas verdaderas

Este tipo de expresiones son la categoría más controversial pues, de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Corte, existe una delgada línea entre las expresiones que se encuentran protegidas o no. Diversos casos sobre libertad de expresión y discriminación racial se han convertido en los insumos para discutir las *fighting words* y sin duda han moldeado el modelo de protección a la libertad de expresión en Estados Unidos.

El término *fighting words* se adoptó en el caso *Chaplinsky vs. New Hampshire*. En este caso, una persona testigo de Jehová fue procesada por acusar a un oficial público de ser un “maldito timador” y acusar al mismo oficial y al Consejo de la Ciudad de Rochester de ser unos “malditos fascistas”¹⁶⁹. En la resolución

¹⁶⁷ *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 764 (1982)

¹⁶⁸ *Idem*

¹⁶⁹ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942)

del caso, la Corte sostuvo que este tipo de discurso por su mera articulación pueden producir un daño a las personas o tienden a incitar el inminente quiebre de la paz.

Un caso paradigmático para este tema es el de *Brandenburg vs Ohio* en el que la Corte se aleja del criterio sostenido en *Chaplinsky*. En este caso, un líder local del Ku Klux Klan contacta a un reportero de Cincinnati para que cubra uno de sus rallies en el que se usan los uniformes de la agrupación, algunos portan armas o queman cruces. Al momento de los discursos, alguno de los integrantes habló sobre la posibilidad de venganza en contra de afrodescendientes, judíos y aquellos que los apoyan. *Brandenburg* fue procesado por el delito de incitación a la violencia.

En la sentencia se creó un test que ahora es conocido como el *Brandenburg test* y sirve para determinar cuando el discurso incendiario que incita a la comisión de actos ilegales puede ser restringido. Este test permite que la libertad de expresión pueda ser restringida si concurren las siguientes dos condiciones: Que la incitación esté dirigida a producir actos inminentes e ilegales y que exista una relación causal entre la realización de los actos ilegales y el discurso emitido¹⁷⁰.

Por último, un caso que es digno de mencionar es el de *R.A.V. v. City of St. Paul*. En este caso, un grupo de adolescentes quemó una cruz en el jardín de una familia afrodescendiente. El grupo fue procesado bajo la ordenanza de crímenes motivados por prejuicios que prohibía mostrar símbolos conocidos que provoquen indignación, alarma, resentimiento en otros, por motivos de raza, color, credo, religión o género¹⁷¹. La Suprema Corte, con base en la doctrina de las *fighting words*, declaró inconstitucional a la ordenanza. La Corte afirmó que la razón por la cual las *fighting words* son una categoría fuera de protección de la Primer Enmienda no es el contenido que transmiten las mismas, sino la forma en que se expresen las ideas¹⁷². A partir de esta

¹⁷⁰ *Brandenburg vs Ohio* 395 U.S. 444, 446 (1969)(per curiam)

¹⁷¹ *Idem*

¹⁷² *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 393 (1992).

argumentación, la ordenanza resulta inconstitucional toda vez que la ciudad censuraba un tipo específico de ideas¹⁷³. Ideas discriminatorias pero al fin y al cabo, un tipo de ideas.

La Corte concluye que la doctrina de las *fighting words* no permite discriminar entre contenidos, sino que solo es posible regular la forma en que se transmite el mensaje, de lo contrario el Estado tendría un poder desmedido y discrecional¹⁷⁴. A partir de este caso, es posible notar como el estándar estadounidense sobre ciertos discursos fue permitiendo cada vez más libertad de expresión en situaciones que podrían resultar violentas y discriminatorias en otras latitudes.

Existe una gran cantidad de casos sobre la doctrina de las *fighting words*, no obstante, se expusieron únicamente los casos paradigmáticos que abonan al propósito de esta tesis. En este sentido, el último caso expuesto permite saltar al tema del contenido protegido y de las circunstancias en las que estos discursos pueden ser regulados en respeto de la Primer Enmienda.

c) Contenido protegido

En principio, todo contenido se encuentra protegido por la Primera Enmienda. En virtud de que la libertad de expresión es en principio una libertad negativa, el Estado debe respetar la autonomía de las personas y por tanto, no interferir en lo que desean expresar, como es posible apreciar en el caso *R.A.V. v. City of St. Paul*. No obstante, el sistema estadounidense permite que la libertad de expresión pueda ser regulada¹⁷⁵. En el caso señalado, se afirma que para que estas restricciones sean constitucionales, deben de cumplir con diversos requisitos, como el de neutralidad.

i) Neutralidad

¹⁷³ Idem

¹⁷⁴ Idem

¹⁷⁵ Ruane, Kathleen Ann. Freedom of Speech and Press, op. cit., p. 5

El famoso juez Oliver Wendell Holmes en el caso *Schenck v. United States* de 1919 delineó por primera vez lo que se convertiría en la regla de neutralidad en Estados Unidos. En su voto disidente afirmó que para juzgar un crimen era necesario centrarse en los efectos del discurso y no en el contenido¹⁷⁶. En un sentido muy amplio, la neutralidad significa que el gobierno no puede regular una expresión basado en el tema del discurso¹⁷⁷.

La Corte como órgano sostuvo este criterio hasta el caso *Police Department of Chicago v. Mosley*. En este caso, la Corte invalidó una ordenanza de la ciudad en la que solo permitía realizar protestas a 150 pies de una escuela cuando se trataran de temas laborales. La protesta efectuada por el señor Mosley intentaba denunciar la discriminación en contra de personas afrodescendientes en esa escuela. La Corte señaló que el hecho de que solo existiera una excepción para poder realizar una protesta era contraria a la libertad de expresión. En sus palabras señaló que “la Primer Enmienda significa que el gobierno no tiene poder para restringir una expresión en razón del mensaje, idea, materia o el contenido¹⁷⁸”.

Asimismo, de los casos *Tinker y Cohen vs California*, Zoller afirma que “se obtiene la lección de que, para sobrepasar los obstáculos de la Primer Enmienda, la regulación debe ser neutral, imparcial y basada en criterios objetivos (contenido neutral). Si existe sospecha alguna sobre la existencia de algún tipo de discriminación a favor o en contra de algún punto de vista (basada en contenido) irremediablemente el texto se torna inconstitucional¹⁷⁹”. El juez Powell en el caso *Gertz v. Robert Welch*, incluso llega a afirmar que “desde la Primera Enmienda no existe cosa tal como una idea falsa. Por muy peligrosa que pueda parecer una idea, el encarrilamiento del discurso no debe

¹⁷⁶ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919)

¹⁷⁷ Chemerinsky, Erwin. Content neutrality as a central problem of Freedom of Speech: Problems in the Supreme Court's application, *Southern California Law Review* Vol. 74:49:2000, p. 51

¹⁷⁸ *Police Dept. of City of Chicago v. Mosley* 408 U.S. 92 (1972)

¹⁷⁹ Zoller, Elizabeth. The United States Supreme Court and the Freedom of Expression, *Indiana Law Journal*, Vol. 84:885 2009, p. 908

depender en la conciencia de los jueces y jurados sino en la competencia con otras ideas”¹⁸⁰.

A partir de la doctrina de la neutralidad es que en Estados Unidos se ha permitido a ciertos grupos sostener discursos racistas o xenófobos, como en el caso *R.A.V. v. City of St. Paul*, que sin duda podrían ser consideradas inconstitucionales en otros países.

ii) Test de escrutinio

El estándar de neutralidad ha permitido que las restricciones a la libertad de expresión deban ser examinadas caso por caso. Para lograr este propósito, la Corte creó *tests* que permiten contar con un criterio común para estudiar diversos tipos de expresiones. La Corte creó tres exámenes distintos, la distinción depende del contenido de las expresiones. Los tipos de test son estricto, medio y bajo, la gradualidad que se emplee debe estar acorde al tipo de discurso a examinar.

En el presente trabajo de investigación se abordará únicamente el test de escrutinio estricto. Lo anterior debido a que los tests de escrutinio medio y bajo son empleados para cuestiones comerciales y de difamación, respectivamente. Ambos temas se encuentran fuera del tema de investigación de la tesis.

La regla desarrollada por la Corte señala que para los casos en que exista una restricción basada en el contenido, a excepción de las *fighting words*, se debe aplicar el test de escrutinio estricto. El test de escrutinio estricto está impregnado de una noción de carga negativa para estas restricciones, es decir, *prima facie* se duda de la legitimidad de la limitación a la libertad de expresión. La razón de la configuración de este test es que la Primer Enmienda pretende permitir que circulen todo tipo de ideas sin importar su contenido.

La Suprema Corte señala que una restricción es constitucional si cumple con los dos requisitos del test de escrutinio estricto. Los dos supuestos que deben

¹⁸⁰ Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323 (1974)

ser cumplidos son: primero, que la restricción se emplee para promover un interés imperativo y segundo, que la medida restrictiva sea el medio adecuado para lograr el fin perseguido¹⁸¹. Las restricciones requieren de un análisis riguroso toda vez que el gobierno no tiene permitido, por la Constitución, favorecer un tipo de contenido o idea a través de la supresión o la imposición de otras ideas¹⁸².

En el caso *Brown v. Entertainment Merchants Assn.* la Corte aplicó el test de escrutinio estricto que tuvo como resultado declarar inconstitucional un estatuto en el que California prohibía la venta de ciertos videojuegos de contenido violento a personas menores de dieciocho años. La argumentación de la Corte se basó en que el contenido violento no calificaba en la categoría de obsceno por lo cual no podía ser declarado como no protegido¹⁸³. El test de escrutinio estricto es empleado para este caso puesto que la restricción se basa en el contenido de los videojuegos.

En su argumentación, la Corte afirma que California no proveyó evidencia suficiente para sostener que existía un daño para las y los niños que jugaban dichos videojuegos. En este sentido, la restricción no pasaba el segundo elemento del test pues, de acuerdo con la Corte, la restricción no era la adecuada para lograr el fin prevenir ciertos daños a la niñez.

En un caso posterior, el juez Scalia señaló que las restricciones basadas en el contenido podrían ser permisibles si estuvieran diseñadas para prevenir efectos secundarios, en estos supuestos, la regulación estaría justificada solo si no estuviera relacionada con el contenido¹⁸⁴.

A través del desarrollo de los casos y elementos del modelo estadounidense es posible notar como la Suprema Corte evolucionó hasta convertirse en una defensora casi irrestricta de la libertad de expresión incluso en casos de tono

¹⁸¹ *Sable Communications of California, Inc. v. Federal Communications Commission*, 492 U.S. 115, 126 (1989).

¹⁸² *Rosenberger v. Rector and Visitors of Univ. of Va.*, 515 U.S. 819 (1995)

¹⁸³ *Brown v. Ent. Merch. Ass'n*, 131 S. Ct. 2729 (2011).

¹⁸⁴ *R.A.V. v. City of St. Paul*... cit.

racista o xenófobo. Esta postura se ha convertido en una de las características intrínsecas cuando se habla de la Corte estadounidense. En contraste, a continuación se expondrán las características generales del modelo mexicano.

2.2.2 Modelo mexicano

En segundo lugar se analizará el modelo de protección a la libertad de expresión en el sistema jurídico mexicano. Antes de iniciar la exposición, es necesario traer a colación nuevamente la reforma de derechos humanos de 2011 en lo referente a la inclusión del derecho internacional de los derechos humanos como parte del ordenamiento mexicano. Ya reformado, el artículo 1ro afirma que “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”¹⁸⁵. De esta forma se desdibuja la línea que separaba al derecho internacional de los derechos humanos del derecho nacional y ambos se convierten en un mismo parámetro de regularidad constitucional aplicable a todas las autoridades del Estado¹⁸⁶.

Este cambio amplía el espectro de criterios para la protección de los derechos humanos. De hecho, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, después de controversias respecto del alcance de la reforma, declaró que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona¹⁸⁷. En este sentido, las sentencias de la Corte Interamericana también se convierten en criterios de interpretación para los casos de derechos humanos dentro de México. A partir de este nuevo paradigma es que en la investigación se emplearán tanto criterios mexicanos e

¹⁸⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Última reforma publicada DOF 27-01-2016

¹⁸⁶ Cfr. Vázquez, Daniel et al. Derechos humanos y restricciones: Los dilemas de la justicia, México, Editorial Porrúa, 2015.

¹⁸⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación. JURISPRUDENCIA MITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.” Tesis P./J. 21/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo I, Libro 5, abril de 2014, p. 204

interamericanos para la descripción del modelo de protección a la libertad de expresión.

a) Definición de libertad de expresión

A partir de lo planteado, una definición para la libertad de expresión puede incluir no solo lo contenido en la Constitución mexicana sino también en los tratados internacionales de los que México es parte. En este sentido, Francisca Pou, en un ejercicio de armonización e inclusión de múltiples fuentes para México, conceptualiza a la libertad de expresión como el derecho que se refiere a “la más amplia libertad de pensar y de transmitir todo tipo de ideas (mensajes expresivos, opiniones, juicios de valor) e informaciones (sobre ideas o sobre hechos) por cualquier medio que lo permita”¹⁸⁸.

b) Contenido no protegido

La Constitución mexicana no prevé supuestos en los que la libertad de expresión no está protegida. El artículo sexto afirma que la manifestación de ideas no podrá ser objeto de inquisición alguna excepto en los casos de ataques a la moral, vida privada, derechos de terceros, provoque un delito o perturbe el orden público¹⁸⁹. La regulación se encuentra relacionada con las limitaciones eventuales del discurso que puede ser protegido prima facie, a diferencia de las expresiones no protegidas en las que las reglas para la libertad de expresión no aplican de forma tajante.

No obstante, el último párrafo del artículo 13 de la Convención Americana señala que: “Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión,

¹⁸⁸ . Pou Giménez, Francisca. “*La libertad de expresión y sus límites.*” en Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana, en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo *et al*, México, SCJN-UNAM-IIJ-Konrad Adenauer Stiftung, 2013, p. 906

¹⁸⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Última reforma publicada DOF 27-01-2016

idioma u origen nacional.” Lo señalado en el artículo 13 es entendido por los diversos órganos que interpretan la Convención Americana como una forma de contenido no protegido.

Asimismo, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión incluye el supuesto de pornografía infantil¹⁹⁰. Por último, la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁹¹ afirma que las expresiones discriminatorias son una forma de discurso no protegido. A continuación se describirán brevemente las categorías no protegidas de propaganda en favor de la guerra, la apología del odio, también entendido como discurso de odio, la pornografía infantil y las expresiones discriminatorias.

i) Propaganda a favor de la guerra

Esta categoría se convirtió en tema a partir de la Segunda Guerra y fue incluida en la Carta de la ONU¹⁹². No obstante, en el ámbito mexicano e interamericano este tema no ha sido desarrollado de forma amplia debido a la tradición pacífica que les caracteriza. En el sistema universal de protección de derechos humanos se acordó condenar toda propaganda, en cualquier país que se ejerza, destinada a provocar o alentar, o susceptible de provocar o alentar cualquier amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz, o acto de agresión¹⁹³.

Más allá de la mención en la Convención Americana y la adopción de esta categoría como excluida de la protección de la libertad de expresión en la Suprema Corte¹⁹⁴, no ha existido desarrollo posterior en el sistema mexicano e interamericano de derechos humanos.

¹⁹⁰ CIDH y RELE. Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión, OEA documentos oficiales ; OEA Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF., párr. 60

¹⁹¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo directo en revisión 2806/2012. 6 de marzo de 2013

¹⁹² ONU. Carta de las Naciones Unidas, Adoptada en San Francisco el 26 de junio de 1945

¹⁹³ Faundéz Ledesma, Héctor, Los límites de la libertad de expresión, op. cit., p. 271

¹⁹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SE PRESUME QUE TODAS LAS FORMAS DE EXPRESIÓN SE ENCUENTRAN PROTEGIDAS POR LA CONSTITUCIÓN. Tesis 1a. CDXXI/2014, Semanario Judicial

ii) Discurso de odio

El discurso de odio, a diferencia del derecho al honor, no es un tema que haya recibido gran atención en el ámbito latinoamericano. No obstante, en los últimos años el discurso de odio ha sido abordado tanto por el Sistema Interamericano como por la Suprema Corte.

La Comisión Interamericana define al discurso de odio como “las expresiones a favor de la incitación a hacer daño (particularmente a la discriminación, hostilidad o violencia) con base en la identificación de la víctima como perteneciente a determinado grupo social o demográfico. Puede incluir, entre otros, discursos que incitan, amenazan o motivan a cometer actos de violencia”¹⁹⁵.

Asimismo, la Comisión trae a colación que ciertos autores incluyen en el discurso de odio a las expresiones que alimentan un ambiente de prejuicio e intolerancia debido a que tal contexto puede incitar a la discriminación, hostilidad y ataques violentos dirigidos a ciertas personas¹⁹⁶. De hecho, la SCJN en el Amparo 2806/2012 en el que se examinaron ciertas expresiones con tintes homofóbicos, afirma que tales discursos se caracterizan por transmitir una concepción a partir de la cual se tiene el ánimo deliberado de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razones relacionadas con las categorías sospechosas del artículo primero constitucional.

Además, la SCJN, haciendo una distinción entre discurso de odio y otros discursos incómodos, determina que en el primero “se encuentran encaminados a un fin práctico, consistente en generar un clima de hostilidad que a su vez puede concretarse en acciones de violencia en todas sus

de la Federación y y su Gaceta, Décima Época, Tomo I, Libro 13, Diciembre de 2014, p. 237.

¹⁹⁵ Comisión IDH. Informe sobre Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. Resolución OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, Párr. 10

¹⁹⁶ Idem

manifestaciones”¹⁹⁷. Por lo anterior, la Suprema Corte, retomando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹⁸, señala que el discurso de odio es una excepción estricta a los alcances de la libertad de expresión¹⁹⁹.

A pesar del acuerdo que existe respecto de la prohibición del discurso de odio, la Comisión Interamericana advierte que la regulación debe estar acotada e incluir la totalidad de ideologías políticas creencias religiosas aunque abarquen insultos o expresiones provocadoras. Esta preocupación nace de que el discurso de odio pueda ser manipulado de tal forma que el Estado lo emplee como una forma de restringir expresiones disidentes²⁰⁰.

Debido a lo anterior, han existido esfuerzos para diferenciar entre discursos de odio que incitan a la violencia y discursos intolerantes. Uno de los estándares más completos es el que se desarrolló en el marco del Plan de Acción de Rabat de la ONU y es retomado y resumido por la CIDH, éste establece los siguientes criterios a tomar en cuenta: (i) el contexto social y político prevalente al momento en que el discurso fue emitido y diseminado; (ii) la posición o el estatus social del emisor del discurso, incluyendo la postura del individuo o de la organización en el contexto de la audiencia a la cual se dirige el discurso; (iii) la intención del emisor del discurso; (iv) el contenido o la forma del discurso, que puede incluir la evaluación de hasta qué grado el discurso fue provocador y directo, así como un enfoque en la forma, estilo y naturaleza de los argumentos expresados en el discurso en cuestión o en el balance alcanzado entre los argumentos expresados; (v) el ámbito del discurso, incluyendo elementos como el alcance del discurso, su naturaleza pública, la magnitud y el tamaño de la audiencia; y (vi) la posibilidad, inclusive la inminencia, de que exista una probabilidad razonable de que el discurso tenga éxito en incitar a

¹⁹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo directo en revisión 2806/2012, cit... p. 46

¹⁹⁸ Tribunal EDH. Caso Vejdeland y otros v. Suecia (No. 1813/07) Sentencia del 9 de mayo de 2012.

¹⁹⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo directo en revisión 2806/2012, cit... p. 46

²⁰⁰ Comisión IDH. Informe sobre Violencia contra Personas Lesbianas... cit. párr. 11

una acción real contra el grupo al que se dirige, reconociendo que esa relación de causalidad debe ser más bien directa²⁰¹.

Aún no existen casos en el Sistema Interamericano en los que se hayan aplicado los estándares desarrollados. Las preocupaciones sobre discurso de odio se enfocan en comunicaciones de organizaciones de la sociedad civil sobre las personas LGBTTTIQ. En razón de lo anterior, este apartado se limita a exponer el desarrollo teórico para el tratamiento del discurso de odio.

iii) Pornografía infantil

La pornografía infantil se refiere a “la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, [de] toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”.²⁰² Debido a que la pornografía infantil implica una forma discursiva violenta y lesiva de los derechos de los niños y de su interés superior, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión la reconoce como una forma no protegida de la libertad de expresión²⁰³.

La razón y justificaciones por las cuales la pornografía infantil es un discurso no protegido son exactamente las mismas que existen en el ámbito estadounidense por lo cual se considera que no es necesario ahondar en este tema.

iv) Discurso discriminatorio

La Corte mexicana agrega a la lista de contenido no protegido al discurso discriminatorio. El Amparo 2806/2012, mencionado previamente, señala que

²⁰¹ *Íbidem*, párr. 24

²⁰² ONU. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Resolución A/RES/54/263. 25 de mayo de 2000. Entró en vigor el 18 de enero de 2002, arts. 2-3.

²⁰³ CIDH y RELE. Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión... cit. párrs. 60-61

“aquellas expresiones, en las cuales exista una referencia a la homosexualidad, no como una opción sexual personal -misma que es válida dentro de una sociedad democrática, plural e incluyente-, sino como una condición de inferioridad o de exclusión, mediante términos abiertamente hostiles o de rechazo, o bien, a través de palabras burlescas, constituyen manifestaciones discriminatorias”²⁰⁴. El caso en concreto versó sobre expresiones de característicamente homofóbicas, no obstante la Corte afirma que el estándar puede ser aplicable a otros grupos históricamente discriminados.

La SCJN argumenta que la principal problemática de este tipo de expresiones es que crean un clima de intolerancia hacia las personas de la comunidad gay. La Corte se apoya en sentencias del Tribunal Europeo para sostener que los discursos de odio o desprecio hacia un grupo constituyen una excepción a los alcances de protección de la libertad de expresión²⁰⁵.

Asimismo, la Corte sostiene que las categorías sospechosas del primero constitucional son prohibiciones expresas en contra de la discriminación por lo cual nadie puede emplearlas de forma denostativa. Esta sentencia fue muy discutida²⁰⁶ por la inclusión de las expresiones homofóbicas como contenido no protegido por la libertad de expresión ya que limita una parte del discurso, contrario a lo que se supone que protege una sociedad democrática.

Por ejemplo, la Comisión Interamericana señala que las prohibiciones de discurso no son el recurso más adecuado para tratar temas de discriminación como la que sufren las personas trans. La RELE asegura que la prohibición de

²⁰⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo directo en revisión 2806/2012, cit... p. 43

²⁰⁵ Cfr. Tribunal EDH. Caso Vejdeland y otros v. Suecia (No. 1813/07) Sentencia del 9 de mayo de 2012. Tribunal EDH. Caso Karner v. Austria (Application no. 40016/98) Sentencia del 24 de julio de 2003.

²⁰⁶ Ver Vela, Estefanía. <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=2591> Una de las críticas principales afirmaba que los hechos del caso no eran suficientes para que la sentencia empleara el término expresiones homofóbicas pues el emisor de ese discurso en ningún momento se refería a la comunidad gay.

expresiones “no eliminará el estigma, el prejuicio y el odio profundamente arraigados en las sociedades de América” y tampoco las sanciones legales²⁰⁷.

Es interesante notar que, de acuerdo con los hechos del caso, el emisor de las expresiones aparentemente discriminatorias no las estaba usando en contra de la comunidad gay. Sino que las usaba para llamar cobarde a alguien a través de la palabra piñal, un insulto constantemente empleado en México. Lo que la Corte dice sobre el tema es que el mero uso de un insulto que se encuentre relacionado con la comunidad gay resulta discriminatorio por el clima histórico adverso que existe en México en contra de las personas gays.

Aunado a lo anterior, la sentencia afirma que el discurso discriminatorio puede, incluso, convertirse, en algunas ocasiones, en discurso de odio. Esta última categoría ha sido muy discutida y solo existe en el ámbito mexicano pues en el Sistema Interamericano, amplio protector de la libertad de expresión afirma que este tipo de prohibiciones podrían ser empleadas de forma arbitraria para acallar voces disidentes²⁰⁸.

c) Contenido protegido

En principio tanto la Suprema Corte y el Sistema Interamericano coinciden en que todo discurso está protegido por la libertad de expresión²⁰⁹. Ambas instancias entienden a la libertad de expresión como un pilar fundamental del estado democrático constitucional, modelo con el que tanto México como el Sistema Interamericano se encuentran comprometidos²¹⁰.

²⁰⁷ Comisión IDH. Informe sobre Violencia contra Personas Lesbianas... cit. párr. 21

²⁰⁸ Cfr. Comisión IDH. Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión : Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, vol.2, OEA/Ser.L/V/II Doc.48/15 v.2. Capítulo 5.

²⁰⁹ Véase: CIDH y RELE. Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión, OEA documentos oficiales ; OEA Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF., Suprema Corte de Justicia de la Nación. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OBLIGACIÓN DE NEUTRALIDAD DEL ESTADO FRENTE AL CONTENIDO DE LAS OPINIONES. Tesis: 1a. CCXV/2009 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Novena Época, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 287

²¹⁰ OEA. Carta Democrática Interamericana, Aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 11 de septiembre de 2001

En esta veta, la RELE afirma que el artículo 13 de la Convención Americana tiene como objetivo fortalecer el funcionamiento de sistemas democráticos pluralistas y deliberativos a través de la protección de la libre circulación de ideas²¹¹. La CIDH incluso ha asegurado que “la plena y libre discusión evita que se paralice una sociedad y la prepara para las tensiones y fricciones que destruyen las civilizaciones. Una sociedad libre, hoy y mañana, es aquella que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma”²¹². En razón de lo anterior, existe una presunción de protección hacia cualquier expresión y para demostrar lo contrario debe argumentarse una necesidad imperiosa.

Los dos sistemas de protección de derechos humanos sostienen que la presunción de protección de los discursos incluye aquél que sea incómodo o poco aceptado socialmente²¹³. La Corte Interamericana en el caso Olmedo Bustos afirmó que la libertad de expresión debe proteger incluso “a las opiniones minoritarias, incluyendo aquellas que ofenden, resultan chocantes o perturban a la mayoría”²¹⁴, como en este caso chileno, de una sociedad predominantemente católica, que prohibió una película porque se retrata a Jesucristo de una forma controversial.

De estas premisas nace la obligación de neutralidad del Estado frente a las diversas opiniones vertidas en el espacio público. La neutralidad por parte del Estado implica que no existen discursos excluidos *a priori* de la discusión pública, esto sin importar sujeto o ideología que se manifieste en el ejercicio de

²¹¹ Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 143.

²¹² Comisión IDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. LV/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm>

²¹³ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 113

²¹⁴ Corte IDH, Caso de “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 69

la libertad de expresión²¹⁵. Lo anterior, a pesar de que la ideología sea contraria a la posición imperante en la sociedad.

i) Contenido con protección especial

Contrario al sistema estadounidense, donde todo contenido es protegido por igual, en el interamericano, que fue adoptado por México, existen ciertos tipos de discursos que se encuentran especialmente protegidos. La protección especial se debe a la relación que tienen con el funcionamiento de la democracia. A continuación se describirá brevemente cada uno de ellos.

- **Discurso político y sobre asuntos de interés público**

Este discurso se encuentra protegido de forma especial debido a su importancia para el buen funcionamiento de una democracia. La Corte IDH señala que una democracia mejora su calidad en tanto exista una circulación de información respecto de los asuntos públicos y, a partir de ello, se genere una discusión rica y plural²¹⁶. Aunado a lo anterior, el contexto de información sobre los asuntos que preocupan a la sociedad tiene como consecuencia que se tenga bajo vigilancia y control la actuación de las autoridades del Estado.

A través del ejercicio de la libertad de expresión, principalmente de periodistas, se puede denunciar la corrupción y las actuaciones incorrectas del Estado. Aunque suene ilógico, el Estado debe de proteger especialmente aquellos asuntos que puedan ser incómodos para el mismo, en busca de la mejora del funcionamiento de las instituciones. La mayor protección implica que el Estado debe abstenerse con mayor rigor de establecer limitaciones al discurso emitido en este tipo de temas²¹⁷. Es decir, se debe realizar un test de escrutinio estricto

²¹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OBLIGACIÓN DE NEUTRALIDAD DEL ESTADO FRENTE AL CONTENIDO DE LAS OPINIONES. Tesis: 1a. CCXV/2009 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Novena Época, Tomo XXX, Diciembre de 2009, Pag. 287

²¹⁶ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párrs. 84, 86 y 87

²¹⁷ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, cit., párr. 125

en los casos en los que se discutan temas de interés público para determinar si las restricciones son legítimas.

- **Discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos**

Esta categoría también se encuentra protegida debido a la importancia para la rendición de cuentas. En una democracia, el actuar de los funcionarios del Estado es de interés público pues a partir de la vigilancia puede existir un mejoramiento de las instituciones. Por otro lado, la expresión sobre los dichos de los candidatos a ocupar un cargo es de vital importancia para la discusión de la idoneidad de los candidatos para abordar los asuntos públicos.

Los funcionarios cuentan con un ámbito distinto de protección a su derecho al honor y en razón de esto, existe un mayor grado de tolerancia a las expresiones que se hagan en torno a ellos²¹⁸. La SCJN afirma que la sujeción a este estándar, conocido como protección dual²¹⁹, resulta intrínseca a la figura de servidor público, quien será sujeto a escrutinio por el tipo de actividades que conlleva su puesto. Por otro lado, la Corte IDH asevera que este derecho incluye los debates que puedan ser críticos u ofensivos para los funcionarios, candidatos o personas vinculadas a la política.

Además, es importante recalcar que la jurisprudencia interamericana defiende el derecho de hacer denuncias sobre violaciones de derechos humanos por parte de los funcionarios públicos como un modo de ejercicio de la libertad de expresión²²⁰. Las personas en una democracia deben poder distribuir este tipo

²¹⁸ Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina... cit. párr. 47

²¹⁹ La SCJN ha sostenido en su jurisprudencia que el sistema dual de protección implica que los límites a la crítica son más amplios cuando es acerca de personas que desempeñan actividades públicas y las sanciones a los dichos solo pueden existir tras haber acreditado la prueba de real malicia (que la información sea falsa y esto fuera conocido por el autor). Por lo contrario, las personas sin exposición pública reciben un tipo de protección más amplio cuando su vida privada es discutida en público.

²²⁰ Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 83

de información pues la sociedad tiene derecho de conocer información importante.

- **Discursos que expresan elementos esenciales de la identidad o dignidad personales**

El Sistema Interamericano otorgó protección especial a este tipo de discurso a partir de un caso en el que existía una prohibición dentro de un centro penitenciario para que un miembro de una comunidad indígena empleara su propia lengua.

La Corte IDH afirma que el idioma es uno de los rasgos más importantes de la identidad de un pueblo indígena pues a través de ella se transmite una parte importante de su cultura. La relación entre la identidad de un pueblo y la dignidad de sus miembros hace que la prohibición a usar su lengua sea particularmente grave²²¹.

Aunado a lo anterior, la CIDH reconoce que también gozan de un nivel especial de protección el discurso de religioso y aquellos que expresan la orientación sexual y la identidad de género de las personas. La protección se debe a la intrínseca relación que existe entre este tipo de discursos con la dignidad, libertad e igualdad de las personas²²² a través de la manifestación de su identidad ya sea cultural, de género o religiosa.

ii) Test de restricción

Por último lugar, es importante destacar que a pesar de la presunción de protección a todo tipo de discurso, es posible que la libertad de expresión pueda ser restringida en ciertos casos. El SIDH afirma que la libertad de expresión puede ser restringida para garantizar el respeto a los derechos o reputación de los demás, a la protección de la seguridad nacional, el orden, salud o moral públicas. Sin embargo, estas restricciones no quedan al arbitrio

²²¹ Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia del 1o de febrero de 2006. Serie C No. 141. párr. 169.

²²² Asamblea General de la OEA. Resolución 2435 (XXXVIII-O/08).

de la autoridad sino que existe un examen que debe ser superado para que la restricción pueda sostenerse.

La CIDH agrupa los pasos desarrollados en la jurisprudencia de la Corte IDH y concluye que una restricción puede existir si: “1) la limitación ha sido definida de forma precisa y clara a través de una ley formal y material, 2) la limitación está orientada hacia el logro de objetivos imperiosos autorizados por la CADH, y 3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcional a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr.”²²³

La restricción debe ser definida de forma precisa con el objeto de evitar arbitrariedad. Los términos amplios de regulación podrían brindar a la autoridad un espacio amplio de discrecionalidad para determinar que discurso puede restringirse. Esto resultaría contrario a la presunción de protección de todo tipo de discurso.

Además, de forma indirecta, las normas amplias pueden tener un efecto disuasorio debido a que no existe seguridad sobre que tipo de expresiones pueden ser restringidas o no. En este mismo sentido, es necesario que la restricción se encuentre en ley para evitar arbitrariedad y dotar de seguridad jurídica a las personas²²⁴.

En segundo lugar, las limitaciones solo pueden ser aquellas permitidas por la Convención Americana. Los rubros permitidos por la Convención son aquellos intereses públicos imperativos que solo de modo excepcional pueden ser empleados para limitar este derecho. Asimismo, la RELE anota que los Estados no pueden interpretar de cualquier forma estos conceptos jurídicos y

²²³ CIDH y RELE. Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión... cit. párr. 67

²²⁴ Cfr. Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

aporta definiciones para que, de nuevo, la aplicación de las restricciones no sea arbitraria²²⁵.

Por último, la Corte aporta tres requisitos que las restricciones deben contener con tal de que sean constitucionales y convencionales. Primero, la restricción debe ser necesaria, esto es que debe establecerse claramente la justificación que existe para realizar esta limitación y que, además, es la menos gravosa para lograr el objetivo que se pretende. En palabras de la RELE “entre varias opciones para alcanzar el mismo objetivo, debe escogerse la que restrinja en menor escala el derecho protegido por el artículo 13”²²⁶.

Aunado a lo anterior, la limitación debe ser la idónea para cumplir la finalidad que se busca. Es decir, que la restricción sea la medida adecuada para lograr el objetivo que se persigue. En último lugar, la restricción debe ser proporcional. Este concepto implica que debe determinarse si el sacrificio a la libertad de expresión es desmedido frente a las ventajas de garantía del otro derecho²²⁷. Como es posible notar, este último paso tiene como base la teoría de Alexy que fue expuesta en el primer capítulo.

Esta serie de pasos es la que permitirá limitar lo más posible la arbitrariedad del Estado y hacer de las restricciones a la libertad de expresión una medida excepcional.

2.2.3 Distinción entre modelos

A partir de la lectura de estas páginas es posible notar las similitudes y diferencias que existen entre los dos modelos de protección de la libertad de expresión. Para el propósito de esta tesis, resulta importante destacar las diferencias que existen entre ellos.

²²⁵ CIDH y RELE. Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión... cit. párr. 75

²²⁶ Cfr. Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257.

²²⁷ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, cit., párr. 123

En primer lugar, la tradición jurisprudencial sobre la libertad de expresión. El modelo estadounidense tiene una larga tradición de interpretación de este derecho y existe un gran número de casos que dan cuenta de ello. Esto ha permitido que la teoría sobre la libertad de expresión haya tocado diversas vertientes a diferencia del modelo mexicano.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha funcionado como tribunal constitucional poco más de veinte años, por lo cual no ha tenido la misma oportunidad de desarrollo jurisprudencial que la Corte estadounidense. Aunado a lo anterior, en los primeros años, el interés hacia los derechos humanos era mínimo. Por otro lado, la Corte IDH cuenta con más desarrollo, no obstante existen temas que no han sido abordados como el de propaganda de la guerra.

Otra distinción es que en el modelo estadounidense la protección a los discursos es la misma, solo existen algunos tipos como el comercial, en el que el estándar sobre las restricciones es más laxo. Por el contrario, en el sistema mexicano existe una especie de protección exacerbada en torno a ciertos discursos por su importancia para una sociedad democrática. Cabe destacar que la protección especial es un criterio característico del sistema interamericano que en la protección de ciertos derechos, les otorga calidad de especiales²²⁸.

El último punto, probablemente el más importante, en el que los modelos difieren es sobre la forma de protección al discurso de odio y las expresiones discriminatorias. El modelo estadounidense ha sido muy abierto, a lo que llaman la libre circulación de las ideas, en casos en los que las expresiones incluso rayaban con la violencia. Asimismo, ha puesto un estándar muy alto en casos en los que se afirmaba que ciertos discursos podrían resultar dañinos.

Es particularmente problemático el tema del nexo causal entre las fighting words y la incitación a la violencia que, de acuerdo con la Corte

²²⁸ Véase Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245., Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.

estadounidense, deben presentarse siempre juntas. La comprobación de la relación de la una con la otra es tremendamente difícil de probar. Podría pensarse que es necesario que el emisor del discurso diga que se violenta a alguien y la siguiente acción es que alguien golpee a la persona sobre la que se está hablando.

También resulta preocupante que la regla del contenido no sea tema para la Corte estadounidense incluso cuando grupos históricamente discriminados están inmersos. El caso R.A.V es un buen ejemplo de como la regla de la neutralidad es ciega a ciertas desigualdades que la ordenanza de ese estado trataba de combatir.

Por otro lado, el modelo mexicano ha considerado a “simples” expresiones discriminatorias como exentas a la protección de la Constitución, lo cual resultaría impensable para la Corte estadounidense. La Corte estadounidense requiere un acto de violencia explícito para poder limitar este tipo de expresión y la Corte mexicana permite que exista una limitación bajo el argumento de que el discurso alimente un ambiente de exclusión e intolerancia hacia grupos históricamente discriminados. Aun cuando el discurso o a quien se dirigía no tiene absolutamente ninguna relación con la comunidad LGBTTTIQ.

Conclusión

La revisión teórica de la libertad de expresión permitió entender el nacimiento de ésta como una libertad negativa y su evolución para ser un elemento intrínseco del buen funcionamiento de una democracia. Asimismo, es importante conocer las otras visiones que piensan que la libertad de expresión es importante en tanto puede ser usada de forma igualitaria permitiendo que todas las voces sean escuchadas, dando paso a una verdadera sociedad democrática.

Por otro lado, la comparación de los modelos de protección a la libertad de expresión da la posibilidad de entender las diferencias conceptuales que llevan a la aplicación diferenciada de derechos. Además en un mundo globalizado donde existe diálogo entre Cortes, es común que se retomen casos de otras

latitudes. En particular la identificación de la diferencia del trato del discurso de odio y discriminatorio entre modelos es fundamental para comprender como puede ser tratado y para prevenir restricciones infundadas a cualquiera de los derechos en cuestión.

El desarrollo de tanto la parte teórica como de la parte práctica será fundamental para el ejercicio de la ponderación en el último capítulo de la investigación.

Tercer capítulo. La discriminación en contra de las mujeres

Este capítulo se centrará en el derecho a la no discriminación de las mujeres, el otro principio que será ponderado en el capítulo final del trabajo. Se iniciará de forma similar al capítulo anterior, exponiendo algunas nociones teóricas sobre la igualdad de las mujeres.

Al abordar el tema de la igualdad de las mujeres, es imposible dejar de lado el feminismo y una de sus aportaciones principales, la distinción entre sexo y género. La diferencia es de vital importancia porque la subordinación y desigualdad de la mujer se encuentra basada en la idea que había reinado hasta no hace mucho- y lo sigue haciendo en algunos lugares- sobre que la mujer estaba condenada por su biología a ser relegada a roles de cuidado y que su actividad debía limitarse a las inmediaciones del hogar. En este sentido, a partir de los logros de las teorías feministas, la desigualdad en que viven las mujeres ha tenido un amplio cuestionamiento y ha sido el principal impulso de detección y combate en contra de la discriminación hacia ellas.

Las nociones teóricas de la igualdad serán retomadas principalmente de Luigi Ferrajoli. Estas ideas fueron expuestas a profundidad en el primer capítulo de la tesis puesto que para Ferrajoli, la universalidad no es otra cosa que la igualdad en derechos. Por otro lado, para la reconstrucción de ideas de las teorías feministas la investigación se apoyará de autoras como Marta Lamas, Isabel Jaramillo, Rebeca Cook, entre otras.

Una vez planteadas las nociones teóricas sobre la igualdad, el trabajo se centrará en la discriminación, uno de los problemas para lograr la igualdad. El enfoque que se dará será jurídico puesto que éste es el necesario para el último capítulo sobre la ponderación en concreto. En relación con lo anterior, se inicia con la regulación de la discriminación en los tratados internacionales para así dar paso a analizar cómo esta norma jurídica ha evolucionado para diferenciar diversos tipos de discriminación como la directa, indirecta y estructural.

Debido a que la investigación tiene como uno de sus temas principales la discriminación estructural en contra de las mujeres, se hará un énfasis especial en el mismo. Por lo anterior, se dedica un apartado dentro del capítulo para la revisión de la legislación nacional e internacional, además de aportes teóricos sobre la discriminación estructural. Para el entendimiento de la problemática la investigación se basó en los escritos realizados por Owen Fiss, Maria José Añón y Roberto Saba principalmente.

Aunado a lo anterior, se exponen tres casos jurisprudenciales en los que algunas cortes internacionales de derechos humanos han abordado la problemática. Es importante resaltar que la discriminación estructural es un tema de estudio novedoso por lo cual aún no existe un gran número de casos al respecto.

Cada uno de los puntos expuestos en este capítulo permite tener un mejor entendimiento del fenómeno discriminatorio en contra de las mujeres. Además el enfoque jurídico permitirá que todo sea recogido para poder ser empleado en la resolución del caso de colisión entre derechos.

3.1 Apuntes teóricos sobre la igualdad de las mujeres

La igualdad ha sido entendida de forma diversa a lo largo de la historia de la humanidad. La aproximación a través de la cual se entenderá la igualdad a lo largo de estas páginas será retomando las categorías de igualdad desarrolladas por Ferrajoli en conjunción con las teorías feministas que centran la discusión en la igualdad para las mujeres. Se hará únicamente una breve referencia a esta teoría ya que ésta fue expuesta a profundidad en el primer capítulo de esta tesis.

Como aproximación general de la igualdad, Ferrajoli afirma que en la historia han existido cuatro modelos para entender el concepto de igualdad. Estos son la indiferencia jurídica de las diferencias, la diferenciación jurídica de las

diferencias, la homologación jurídica de las diferencias y en la que se centrará este apartado, la valoración jurídica de las diferencias²²⁹.

La valoración jurídica de las diferencias tiene como base el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales que debe ir acompañado de un sistema de garantías que los haga efectivos. Los ejes del modelo son el reconocimiento de que las personas son distintas y el respeto de la autonomía para su desarrollo. Para caminar hacia un modelo de igualdad es necesario abrazar las diferencias, reconocer y proteger la afirmación de las identidades múltiples de los individuos.

No obstante, es necesario tener en cuenta que existen grupos a los cuales se les han negado sus derechos históricamente, por lo cual el respeto de las diferencias no puede dejarse al azar. En razón de lo anterior, Ferrajoli afirma que se debe partir de reconocer que el principio normativo de la igualdad será inefectivo por obstáculos que lo limitarán de facto, por lo cual la legislación debe venir acompañada de garantías adecuadas para lograr su efectividad²³⁰.

En ese trabajo de investigación, el modelo de Ferrajoli será el que se empleará para entender la igualdad. Sin embargo, la situación especial en la que se encuentran las mujeres hace necesario que se cuente con una aproximación especial sobre la igualdad en este tema. Esta afirmación lleva necesariamente al feminismo, movimiento del cual existen múltiples corrientes y aproximaciones, pero del que puede decirse que nació como la lucha para lograr la igualdad para las mujeres²³¹.

Después de un tiempo, el movimiento feminista se academizó y dio pie a la elaboración de teorías feministas. Estas teorías feministas permitieron que lo iniciado como una lucha política de reivindicación pasara a aportar elementos

²²⁹ Cfr. Ferrajoli, Luigi "Igualdad y diferencia" en, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 6ta Edición, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Editorial Trotta, 2009

²³⁰ *Íbidem*.

²³¹ Gamba, Susana. "Feminismo: historia y corrientes", en *Diccionario de estudios de Género y Feminismo*. Editorial Biblos, 2008, p. 2

teóricos sobre los problemas que tenían las mujeres en su lucha por la igualdad.

Una cuestión teórica fundamental en la que las feministas han insistido es la diferencia que existe entre la categoría de sexo y género. Esta distinción no nació dentro de la teoría feminista, sino a partir de estudios de psicología social²³². Debido a su trascendencia los conceptos sexo y género, que serán desarrollados a continuación, fueron retomados por la teoría feminista para el análisis de las desigualdades existentes entre hombres y mujeres.

El sexo se refiere a las características biológicas, en su mayoría sexuales, que distinguen a las especies como macho y hembra. Jaramillo señala que “el sexo, como parámetro para crear categorías, distingue entre hombres y mujeres o, en otras palabras, entre machos y hembras de la especie humana.”²³³ Esta categoría está basada en características físicas o de corporalidad que suelen ser englobadas en las categorías binarias de hombre y mujer²³⁴.

Por otro lado, el género se refiere a los rasgos que socialmente se asocian con las conductas de hombres y mujeres, es decir, características masculinas y femeninas. En palabras de Marta Lamas, el género se refiere “al conjunto de ideas, prescripciones y valoraciones sociales sobre lo masculino y lo

²³² Robert Stoller realizó un estudio en los que la asignación de sexo había fallado debido al estado de los órganos sexuales. Por ejemplo, había niñas en las que su sexo genético (xx) no coincidía con sus genitales externos que solían tener apariencia de pene. A estas niñas se les asignó un papel masculino y este rol fue casi imposible de cambiar después de los primeros tres años de edad. Esto también ocurrió, de forma inversa, con niños que no tenían visible su pene. Esto le permitió concluir a Stoller que “la asignación y adquisición de una identidad es más importante que la carga genética, hormonal y biológica”.

²³³ Jaramillo, Isabel. La crítica feminista al derecho, en Robin West, Género y teoría del derecho, Bogotá, Siglo de Hombres Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000, p. 105

²³⁴ Quisiera advertir que la tesis reconoce que la concepción binaria del mundo ha sido rebasada por las diversidades sexuales. Por ejemplo, los casos como es posible advertir en la comunidad trans que plantean nuevos desafíos a la visión binaria hombre-mujer. No obstante, la tesis se centra en la discriminación que existe en torno a la idea de ser mujer que no solo afecta a las mujeres cis, sino también a las mujeres trans, gays y demás grupos afectados por la idea del género y la subordinación de la mujer.

femenino”²³⁵. Por ejemplo, a partir de la construcción del género, se asocia a lo masculino, la fuerza, agresividad y competitividad y a lo femenino la sumisión, emotividad, belleza y delicadeza. En este sentido, el género no es un tema de mujeres sino de todas las personas debido a la asignación arbitraria de rasgos.

A partir de esta distinción, en pocas palabras, se puede decir que el sexo es una cuestión biológica y corpórea de genitalidad. Mientras que, por otro lado, el género es una construcción de la sociedad mediante la cual se asignan roles a las personas basadas en su corporalidad de hombre o mujer. Es importante insistir en que son las características físicas las que han dado paso a que exista una noción de que por tener una vagina, cuestión fáctica y corporal, una persona debe comportarse de cierta manera.

Entonces, debido a las características corporales, la sociedad de forma inconsciente asume que hombres y mujeres deben ser y comportarse de cierta manera. Un ejemplo de cómo una cuestión biológica ha marcado la pauta en los roles de las mujeres es la maternidad; el hecho de que las mujeres sean quienes gestan ha permitido que exista una asignación de tareas en las que ellas deban cuidar a las y los hijos hasta que puedan valerse por sí mismos y que se espere de ellas demostrar cariño y calidez. Asimismo, se han derivado otros roles como que la mujer tiene que permanecer en el hogar y que debe atender al esposo y a las y los hijos.

En este sentido, la teoría feminista usó esta distinción para hacer notar que la distribución de tareas y roles a partir de la diferencia sexual no proviene de la biología sino de una cuestión social. Esta diferencia entre sexo y género resultó fundamental para enfrentar a “las teorías socio-biológicas que pretendían reducir el asunto de los comportamientos sociales de hombres y mujeres a variables biológicas, como si la biología fuera una condena”²³⁶.

²³⁵ Lamas, Marta. La perspectiva de género, En *Hablemos de Sexualidad: lecturas*. México, ConapoMexFam, 1996, p. 4

²³⁶ Jaramillo, Isabel. La crítica feminista al derecho, en Robin West, *Género y teoría del derecho*, op. cit., p. 106

Existe una categoría con la cual se identifican los papeles y actividades que se reparten de acuerdo con el sexo de las personas llamada roles de género. Marta Lamas identifica a estas asignaciones como roles de género y señala que “el papel (rol) [...] se forma con el conjunto de normas y prescripciones que dictan la sociedad y la cultura sobre el comportamiento femenino o masculino.”²³⁷

La asignación inconsciente de tareas ha llevado a que existan papeles que se esperan de hombres y mujeres sobre lo que les corresponde hacer o no hacer. La problemática derivada de la asignación es que estos roles puede encasillar a las personas dentro de papeles con los que no están de acuerdo. Pone en jaque la idea de las decisiones libres y autónomas de las personas. Esto lleva a abordar el tema de los estereotipos de género, es decir, el encuadramiento de las personas que puede existir basado en el género.

3.1.1 Estereotipos de género

En primer lugar, es necesario tratar el concepto general de estereotipo. De acuerdo con Melgar y Piñones, los estereotipos “son creencias de origen y desarrollo sociohistórico, resultado de un proceso cognitivo cuya función consiste en reducir la incertidumbre frente a una realidad compleja, que el estereotipo representa de manera fragmentaria y, por tanto, ideológicamente orientada”²³⁸. Es decir, los estereotipos han sido construidos a lo largo de la historia y son parte de procesos largos de categorización que, a través de los años, se han asentado en el imaginario colectivo. Asimismo, éstos son empleados para facilitar a la sociedad lidiar con la complejidad del mundo. Así, no van pensando de forma detallada en cada personas que conocen, sino que los estereotipos les permiten hacer una preclasificación que ayuda a enfrentar la realidad.

²³⁷ Lamas, Marta (2002), “La antropología feminista y la categoría género”, en *Cuerpo, Diferencia Sexual y Género*, Taurus, México, p. 188

²³⁸ CONAVIM. *Glosario de términos relacionados con violencia y género*, CONAVIM, México, 2010, p. 54

Asimismo, se afirma que “los estereotipos presumen que todas las personas miembros de un cierto grupo social poseen atributos o características particulares (v.g. las mujeres son cuidadoras por naturaleza). Para calificar una generalización como un estereotipo, no importa si dichos atributos o características son o no comunes a las personas que conforman el grupo o si sus miembros de hecho, poseen o no tales roles.”²³⁹ En este sentido, a partir de que se piensa a las mujeres como un grupo homogéneo por cuestiones biológicas, los estereotipos le atribuyen las mismas características a todas sin que importe la historia de vida, preferencias y deseos individuales. No es objeto de esta tesis pero es interesante traer a colación que esto pasa con todos los grupos humanos posibles, no solo las mujeres. Por ejemplo, se piensa que todas y todos los latinos saben bailar o que las y los judíos son buenos en los negocios.

Los estereotipos no son intrínsecamente negativos y tampoco implican prejuicios. Sin embargo, sí existe una relación causal entre estereotipos y prejuicios. Valenzuela diferencia los dos conceptos de la siguiente forma: “el prejuicio puede encontrar su fundamento en un estereotipo y conllevar el ejercicio de la hostilidad hacia otras personas o colectivos; mientras que el estereotipo corresponde a la representación de una parte de la realidad con respecto a determinados grupos humanos, sin que ello se traduzca – automáticamente– en una conducta destructiva.”²⁴⁰

La idea previamente citada permite pensar a los estereotipos en dos momentos. Primero, como una clasificación de la realidad que, como todos los conceptos, simplifican el mundo y dejan fuera particularidades que enriquecen el mundo. Pero de nuevo, conceptualizar no es negativo, sino que ayuda a procesar el mundo. El problema viene en el segundo momento del estereotipo, cuando a partir de ellos se encasillan a las personas y se emplean para reprimir a quienes no se sienten identificados con el concepto que se hizo para ellas o ellos.

²³⁹ Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone. Estereotipos de género. Perspectivas Legales, Transnacionales, trad. Andrea Parra, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2009, p. 11

²⁴⁰ CONAVIM. Glosario de términos relacionados con violencia y género, op. cit. p. 55

Los prejuicios suelen estar relacionados con un estereotipo de carga negativa. A partir de los mismos se da una “actitud hostil y desconfiada hacia una persona que pertenece a un grupo simplemente por el hecho de pertenecer a él, suponiéndose por lo tanto que posee las cualidades objetivas atribuidas a dicho grupo.”²⁴¹ No obstante, también existen estereotipos positivos que exaltan las cualidades atribuidas al grupo, como que las mujeres son inteligentes emocionalmente. La cuestión es que estos estereotipos a pesar de que resaltan cualidades, hace que las personas pertenecientes al grupo se vean encasilladas en esas características.

En este sentido es que la Magistrada Mokgoro de Sudáfrica señala que “en la medida en que los estereotipos ignoran las necesidades, habilidades, circunstancias y los deseos individuales, estos generan un impacto significativo en la capacidad que tienen las personas para crear o formar sus propias identidades de acuerdo con sus valores y deseos. De la misma manera, limitan el rango y diversidad de las expresiones del carácter humano”²⁴². Es importante insistir en el impacto de los estereotipos, pues podría decirse que si una persona quiere comportarse de forma diversa a lo que el estereotipo demanda, no existe mayor problema. No obstante, los estereotipos de género y la forma en que operan son un gran ejemplo de cómo éstos afectan en la realidad social.

Un estereotipo de género es un concepto que se refiere al grupo de creencias que se tiene respecto a los atributos, características y comportamientos de hombres y mujeres²⁴³. Es una clasificación presentada de forma binaria de la cual se derivan formas de ser y actuar a partir de las cuales se encuadrada y

²⁴¹ Páez, Darío. “Relaciones intergrupales” en *Psicología Social, Cultura y Educación*, Madrid, Pearson Educación, 2004, p. 752

²⁴² Presidente de la República de Suráfrica c. Hugo, *South African Law Reports*, Vol. 4, p. 1 (1997) (Suráfrica, Corte Constitucional), párr. 93 (Magistrada Mokgoro, voto concurrente)

²⁴³ Cfr. Ashmore, Richard D. y Del Boca, Frances K. Sex Stereotypes and Implicit Personality Theory: Toward a Cognitive-Social Psychological Conceptualization. En: *Sex Roles* No. 5 (1979), p. 222.

divide a dos grupos humanos. Esta clase de estereotipos sirven en muchos casos para sostener la práctica social del género²⁴⁴.

Existe una clasificación de los estereotipos de género en descriptivos y prescriptivos que se encuentra relacionada con la visión de los estereotipos en dos momentos distintos. Los estereotipos descriptivos o estadísticos se refieren a la clasificación que existe en razón de que estadísticamente las mujeres son o se comportan de cierta manera en la mayoría de los casos. Por ejemplo, se estereotipa estadísticamente cuando se afirma que las mujeres son más pequeñas que los hombres, suposición que al ser enfrentada con la realidad tiene sustento.

Por otro lado, están los estereotipos prescriptivos que son los que “buscan delimitar las identidades.”²⁴⁵ Es decir, que regulan la conducta de las personas basándose en el grupo al que se pertenece. Un estereotipo prescriptivo puede ser la expectativa de que las mujeres se adecuen a los conceptos dominantes de belleza y modestia o que las mujeres deban ser madres y amas de casa.

En ocasiones esta diferenciación conceptual se complica debido a que existen casos en que ambos tipos de estereotipos convergen. Un ejemplo de ello es la noción de que las mujeres asumen primariamente la crianza de los hijos. Si se voltea a ver la estadística, se podrá confirmar la afirmación. Sin embargo, la realidad puede estar o, como se sostiene en esta tesis, está marcada por el estereotipo prescriptivo en el cual las mujeres tienen como principal papel ser madres.

En este sentido, con base en estereotipos descriptivos que se tornan prescriptivos se regula lo que puede o no hacer una mujer, sin tomar en cuenta sus características particulares. Esto se encuentra relacionado con el apartado anterior de como el género y sus roles, que dividen a la humanidad, hizo creer que las mujeres debían comportarse de cierta forma.

²⁴⁴ Post, Robert. Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law, En: California Law Review No. 88 (2000), p. 18.

²⁴⁵ Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone. Estereotipos de género. Perspectivas Legales, Transnacionales, op. cit. p. 21

Por eso es que, a partir de que las mujeres son más pequeñas y menos fuertes que los hombres, no se consideraba hasta hace poco que ellas pudieran participar de ciertas ocupaciones como ser policías o bomberas. O de forma radical, que las mujeres son quienes se encargan de la crianza y por esto, ellas no podían ser parte del mundo laboral.

La problemática se torna aún mas compleja cuando no solo las normas sociales, en las que se asigna liderazgo a hombres y trabajo colaborativo a mujeres, sino también el derecho prescribe la realidad a partir de estereotipos de género. Como, por ejemplo, la diferencia en las leyes sobre la licencia de maternidad y paternidad que perpetua la noción de que las mujeres son las encargadas de la crianza.

Es importante traer a colación la siguiente cita pues describe la complejidad de los estereotipos de género y lo que los mismos representan para las mujeres: “Una característica particular de los estereotipos de género es que son resilientes; son dominantes y persistentes. Son dominantes socialmente cuando se articulan a lo largo del tiempo. Las condiciones para que haya lugar a la estratificación y subordinación social de las mujeres existen cuando las prácticas que incluyen los estereotipos son socialmente dominantes y persistentes²⁴⁶.” La persistencia de los estereotipos, más prescriptivos que descriptivos, permite que una creencia desarrollada hace milenios, como que las mujeres son castas y tienen poco o nada de interés en cuestiones sexuales, permee en la sociedad actual y se continúe viendo negativamente a las mujeres que disfrutaran de su vida sexual.

Así, es posible entender como se puede pasar de la existencia de un estereotipo, que delimita la realidad, hacia la necesidad de la sociedad de una atribución hostil del mismo cuando una mujer no desea seguir las normas tradicionales atribuidas a su sexo. En pocas palabras, la persona quiere desbordar la realidad pensada para ella.

²⁴⁶ Ibidem, p. 25

Lo anterior da paso a fenómenos como la discriminación que será tratada a continuación. Sin embargo, para cerrar este apartado, resulta útil la siguiente cita para comprender la relación que existe entre los estereotipos de género, su eliminación y la igualdad para las mujeres: “La hipótesis según la cual puede lograrse la emancipación de las mujeres a través de la eliminación de los estereotipos de género se basa en la tesis de que gracias a estos, las mujeres son socialmente construidas en roles serviles y con características y atributos inferiores.”²⁴⁷

3. 2 Discriminación en contra de las mujeres

Uno de los temas en los que se centrará este trabajo de investigación es la discriminación hacia las mujeres. En consecuencia, todo lo que se escribirá a continuación será relacionado con este fenómeno. No obstante, a lo largo de este apartado se abordarán dinámicas del fenómeno de la discriminación en general. Lo anterior debido a que mucho del desarrollo de este tema existe gracias a que otros grupos históricamente discriminados han contribuido hacia la teorización y solución del problema.

La discriminación en contra de la mujer ha sido regulada en el ámbito internacional como “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.²⁴⁸

A partir de las definiciones contenidas en los tratados internacionales²⁴⁹, se podría zanjar el tema de la definición de la discriminación. Estas definiciones son muy útiles, pues hacen tangible a través del derecho, éste fenómeno y

²⁴⁷ *Ibíd*em, p. 2

²⁴⁸ ONU. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

²⁴⁹ Existen definiciones similares en los tratados como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por ejemplo.

permiten determinar cuando existen situaciones de discriminación para actuar en contra de ellas. Sin embargo, a partir de las definiciones de los tratados podrían surgir dos tipos de concepciones de igualdad, la igualdad como prohibición de trato arbitrario y la de igualdad como no discriminación²⁵⁰, que deben ser separadas para atacar de forma precisa el problema de la discriminación.

En primer lugar, la igualdad como prohibición de trato arbitrario está relacionada con la noción de Ferrajoli de la homologación jurídica de las diferencias o igualdad formal, donde la ley es aplicada a todas y todos de forma igual. Cuando existe una medida que podría resultar en un trato desigual, esta noción se limita a buscar, a través de un examen, si existe una racionalidad en la medida y si existe una razón suficiente entre los medios y fines de la norma. La medida solo puede sostenerse si es necesaria para alcanzar un fin considerado como legítimo²⁵¹. En conclusión para pasar el examen, lo que se debe demostrar es si la medida es objetiva y razonable.

Existen distintas graduaciones del examen de igualdad como prohibición de trato arbitrario que fueron adoptadas originalmente por la Suprema Corte de Estados Unidos. El examen va de un test de escrutinio débil, en el que se analiza un trato desigual a cualquier persona, hasta un juicio estricto de igualdad en el cual se encuentran inmiscuidas categorías de grupos históricamente discriminados. En razón de lo anterior, la carga de la prueba se revierte y se presume la ilegitimidad de la medida.

Bajo esta premisa, el Estado está obligado únicamente a abstenerse de realizar un trato basado en criterios subjetivos y en caso de que exista una medida sospechosa, ésta debe ser coherente entre medio y fin perseguido. El

²⁵⁰ Cfr. González Le Saux, Mariana y Parra Vera, Óscar. Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz. Revista IIDH. San José, núm. 47, enero - junio 2008.

²⁵¹ Fiss, Owen. Groups and the Equal Protection Clause. *Philosophy and Public Affairs*, New Jersey, vol. 5, núm.2, Invierno 1976, pp. 111-112

problema es que el Estado está obligado únicamente a un no hacer y no se le es exigible una medida positiva de combate a la discriminación²⁵².

Por otro lado, la igualdad como no discriminación parte del reconocimiento de la existencia de grupos que han sido históricamente discriminados y de que esta discriminación persiste hasta nuestros días. La concepción de grupo, de acuerdo con Owen Fiss, cuenta con los siguientes elementos: “tiene una existencia distinta de la de sus miembros, que tienen una identidad propia”. Asimismo, existe una condición de interdependencia donde la identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y bienestar del grupo están conectados²⁵³. En este sentido, el rasgo de identificación del grupo es el que ha servido como razón para que el grupo haya sido discriminado históricamente²⁵⁴.

Como señala Maria José Añón: “La discriminación como tratamiento diferenciado desfavorable o injusto hacia una persona por razón de su sexo, origen racial o étnico, religión, convicciones, edad, orientación sexual, etc., tiene carácter grupal o colectivo, puesto que parte y se experimenta desde características que una persona comparte con un grupo, a pesar de la heterogeneidad que se da en todo colectivo.”²⁵⁵

Esta idea resulta de suma importancia puesto que existen grupos, como el de las mujeres, que son altamente heterogéneos y podría parecer que no existe relación alguna entre sus miembros, como la diferencia marcada que existe entre una mujer mexicana de clase alta y una indígena que vive en la Sierra de Guerrero. Sin embargo, la situación que las une es que se trata de un grupo que ha sido infrarepresentado y subordinado a lo largo de la historia por características que se les atribuyen a todas las mujeres, como bien demuestran los estereotipos de género.

²⁵² González Le Saux, Mariana y Parra Vera, Óscar. op. cit. p. 132

²⁵³ Fiss, Owen. Groups and the Equal Protection... cit. p. 148 Traducción propia

²⁵⁴ Giménez Gluck, David. Juicio de igualdad y tribunal constitucional. España, Editorial Bosch, 2004, pp. 170-176

²⁵⁵ Añón, Maria José. Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. ISONOMÍA, México, núm. 39, octubre 2013, p. 134

A partir de la creencia colectiva representada en los estereotipos de género se han alimentado razones por las cuales las mujeres deben o no hacer o ser ciertas cosas. En este sentido, la discriminación hacia las mujeres, el trato diferenciado que se les da, que menoscaba sus derechos y les impide hacer lo que desean, la mayoría de las veces proviene de un razonamiento nutrido por estereotipos de género.

Esta diferencia entre las concepciones de igualdad será un gran aporte para la visibilización, de un tipo de discriminación en particular, la estructural, que será expuesta en los siguientes apartados.

3.2.1 Tipos de discriminación

Una de las tipologías empleadas para la discriminación es aquella que la divide en discriminación directa, indirecta y estructural o sistémica. Existen otras clasificaciones que incluyen la discriminación de hecho y de derecho o por acción u omisión²⁵⁶. No obstante, la presente tesis se centrará en la primer tipología mencionada, que se centra en las manifestaciones de la discriminación.

- **Discriminación directa**

La discriminación directa se refiere a las situaciones en las que una persona recibe un trato diferenciado que no es objetivo, ni razonable y tiene como resultado un menoscabo en el disfrute de derechos por algún factor que prohíbe diferenciación. La razón de la diferencia de trato en estos casos es explícita, por ejemplo cuando a una mujer se le impide acceder a una profesión por el hecho de ser mujer o cuando se prohíbe la entrada a un lugar por la pertenencia a una etnia o raza.

De acuerdo con Añón, el punto central de este tipo de discriminación es la diferencia de trato que sufre una persona, una diferenciación que es

²⁵⁶ Comisión Nacional de los Derechos Humanos. La discriminación y el derecho a la no discriminación, México, CNDH, 2012, p. 11

tangible²⁵⁷. En este sentido, la identificación de la medida diferenciada es el primer elemento para saber si nos encontramos ante un caso de discriminación directa como demuestran los ejemplos del párrafo anterior.

Una vez identificada la medida, es necesario hacer un ejercicio de comparación. La comparación consiste en examinar como habría sido tratada una persona en caso de no pertenecer a uno de estos grupos históricamente discriminados. Si bien, una situación nunca será idéntica, bastará con basarse en situaciones comparables para determinar si existe discriminación directa²⁵⁸.

Asimismo, Miné plantea que el test debe estar absolutamente libre de estereotipos²⁵⁹. Una visión estereotipada de una persona podría afectar si, por ejemplo, si se rechaza a una mujer de 35 años para ser contratada de tiempo completo porque existe una noción en la que las mujeres mayores de treinta años solo pueden ser contratadas medio tiempo porque seguramente tiene deberes maternos. En este caso, se estaría justificando un trato diferenciado que podría parecerle razonable a alguien pero que está basado en la perpetuación de estereotipos.

Por último, es importante señalar que para probar la discriminación directa no es necesario que exista intención de la persona que realizó una acción u omisión. La parte que debe importar es la valoración objetiva del actuar u omisión que tuvo como resultado el menoscabo de derechos a alguien.

- **Discriminación indirecta**

La discriminación indirecta consiste en un trato que se encuentra basado en normas, políticas o prácticas de apariencia neutral pero que cuando son

²⁵⁷ Añón, María José, Principio antidiscriminatorio... cit. p. 143

²⁵⁸ Aguilera Rull, Ariadna. Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica del concepto de discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, InDret Revista per a l'anàlisi del Dret, Barcelona, núm 1/2007, enero de 2007, p. 5

²⁵⁹ Miné, Michel. Los conceptos de discriminación directa e indirecta", texto revisado de la presentación realizada en el marco de la Conferencia "Lucha contra la discriminación: Las nuevas directivas de 2000 sobre la igualdad de trato", Universidad de Cergy-Pontoise, Trèves, marzo-abril, 2003, p. 5

aplicadas tienen como consecuencia que se excluya a un grupo sin que exista una justificación objetiva²⁶⁰. La diferencia que la separa de la discriminación directa es que la norma, política o práctica no parece ir dirigida a excluir a un grupo de forma abierta sino que su aplicación hace que el grupo, por su situación de subordinación o marginación, se vea perjudicado. En este sentido, lo que necesita ser evaluado es el impacto de la norma, práctica o política y si causa alguna desventaja.

En este sentido, Añón presenta los rasgos característicos de esta discriminación que son:

- a) es un trato discriminatorio que centra su atención en los efectos sociales de la norma y en la aceptación de que estos efectos pueden ser resultados intencionales o no de las personas que adoptan la norma o pauta;
- b) enfatiza la dimensión colectiva o grupal de los procesos discriminatorios;
- c) se ha desarrollado conjuntamente con otros principios reparadores (la autora se refiere a que se adoptan medidas generales para la solución del problema y que tienen impacto en todo el grupo, como las medidas indicadas por la Corte Interamericana en el Caso Campo Algodonero);
- d) se invierte la carga de la prueba y se abandona la necesidad de demostrar intencionalidad²⁶¹.

Como puede observarse, la argumentación para la demostración de la discriminación indirecta se aleja de la directa puesto que se prueba a partir de los efectos y no de la identificación de la medida. Además, la comparación no cabe debido a que la discriminación directa se tiene que basar en los efectos producidos para un grupo históricamente discriminado. Por ejemplo, una práctica de apariencia neutral que regula las pensiones y deja sin pensión a las personas que trabajan tiempo parcial afecta principalmente a las mujeres que

²⁶⁰ ECOSOC. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 42 periodo de sesiones, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, p. 5

²⁶¹ Añón, María José, Principio antidiscriminatorio... cit. p. 144-145

por una cuestión estructural son la mayoría de las trabajadoras a tiempo parcial. En realidad, como bien dice Añón, a través de este enfoque se vuelve necesaria “una valoración material de las desigualdades.”²⁶²

- **Discriminación estructural**

Los tipos de discriminación que fueron expuestos anteriormente son los que han sido empleados de forma constante por tribunales para dar solución a los graves problemas de discriminación que existen. No obstante, múltiples teóricos han llegado a la conclusión de que los procesos de discriminación son tan profundos y complejos que esta caracterización de la discriminación no basta.

El concepto de discriminación estructural, que será explicado a continuación, nace como una forma de apartarse de la noción liberal e individual de la discriminación hacia un reconocimiento de la situación colectiva de ciertos grupos históricamente oprimidos ²⁶³. La discriminación estructural podría definirse como una forma de trato que reproduce y proviene de situaciones desiguales en las que existe subordinación y dominación de un grupo sobre otro y en la que resulta muy complicado individualizar una conducta específica por lo cual es difícil integrarlas a la prohibición jurídica de la discriminación²⁶⁴.

A partir de esta definición es posible ahondar en puntos claves para comprender cómo se reproduce esta discriminación. En primer lugar, se debe partir de la distribución inequitativa del poder de un grupo sobre otro que tiene como consecuencia dominación y subordinación. Esto sucede en todos los grupos históricamente discriminados, no obstante, en razón del enfoque hacia

²⁶² Ibidem, p. 144

²⁶³ Barrère Unzueta, Ma. Ángeles y Morondo Taramundi, Dolores. Subordiscriminación y discriminación interseccional: Elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 45 (2011), p. 18

²⁶⁴ Barrère Unzueta, Ma. Ángeles. “Derecho fundamental a la igualdad de trato, discriminación estructural y empoderamiento de las mujeres”, ponencia presentada en el encuentro sobre “Crisis económica, género y retribución” organizado por la Defensoría para la Igualdad de Mujeres y Hombres e inserto en los XXVIII Cursos de Verano-XXI Cursos Europeos de la UPV/EHU. p. 5

la problemática de las mujeres, los ejemplos y explicaciones se centrarán en este grupo.

Rowlands afirma que el *poder sobre* significa que ciertas personas o grupo tienen control o influencia sobre otras personas o grupo²⁶⁵. En este sentido, no es necesario que exista un despliegue obvio y evidente del poder sino que puede ejercerse de una forma sutil, como es el caso de la discriminación estructural, pues en muchos casos la opresión está interiorizada y es ejercida de forma incluso amable tanto por personas del grupo opresor como del oprimido. Como cuando una abuela le dice a su nieta que las mujeres deben darse a desear porque de lo contrario no son bien vistas.

Sobre la opresión, Young señala que “se refiere también a los impedimentos sistemáticos que sufren algunos grupos y que no necesariamente son el resultado de las intenciones de un tirano.”²⁶⁶ Asimismo, esta autora afirma que “sus causas están insertas en normas, hábitos y símbolos que no se cuestionan, en los presupuestos que subyacen a las reglas institucionales y en las consecuencias colectivas de seguir esas reglas.”²⁶⁷ Pensar en opresión no tiene porqué ser igual a pensar en violencia física, sino también remite a prácticas culturales que encasillan a personas en roles de los que resulta difícil escapar, como los estereotipos de género.

Young también señala que “el carácter sistémico de la opresión determina que un grupo oprimido no necesite tener un grupo opresor correlativo. La opresión estructural implica relaciones entre grupos; estas relaciones, sin embargo, no siempre responden al paradigma de opresión consciente e intencional de un grupo por otro.”²⁶⁸ Esta idea es muy importante pues, en ocasiones se piensa que las mujeres no son opresoras de las mujeres o que ser mujer es sinónimo de conciencia de género. Sin embargo, el sistema de opresión hace que la

²⁶⁵ Rowlands, Joanne. *Questioning Empowerment. Working with Women in Honduras*, Oxford, Oxfam, 1997, p. 9

²⁶⁶ Young, Iris Marion. *La justicia y la política de la diferencia*, Trad. de Silvina Álvarez Madrid, Editorial Cátedra, 2000, p. 74

²⁶⁷ Idem.

²⁶⁸ Ibídem, p. 75

sociedad, sin distinción de sexo, ponga en acción un sistema que reproduce el papel subordinado de la mujer.

En el caso de las mujeres, su subordinación fue creada a partir de un grupo dominante, que en principio les negó el estatus de personas y posteriormente las convirtió en amables acompañantes pero no protagonistas. Saba afirma que otra forma de identificar a un grupo oprimido es “la ausencia de la posibilidad de influir sobre la decisión o la conducta de aquellos que los condujeron a la situación en la que se encuentran.”²⁶⁹ Así, la subordinación de las mujeres producto de una larga historia de exclusión se concretó desde el momento en que ellas no tuvieron ningún tipo de influencia para la determinación de su situación.

Otro punto que es importante abordar es que la forma estereotípica en que se ha clasificado a las mujeres les ha impedido formar parte de los puestos de toma de decisión. Al ser representadas como débiles, sentimentales, no inteligentes, se les excluyó del ejercicio del poder tanto político, económico como ideológico y esto solo contribuyó a su subordinación.

Una cuestión característica de la discriminación estructural es la complicación para individualizarla. Esto es así pues, como señala Añón, “los rasgos característicos de la discriminación estructural muestran que se trata de procesos sociales difusos, sistémicos al margen de la intencionalidad o voluntad de las personas individualmente consideradas- que se reproducen institucionalmente por cuanto atraviesan o se proyectan en todas las dimensiones de la existencia, tanto en el ámbito público y social como privado doméstico y se entrecruzan a su vez, con las variables sociales de mayor relevancia.”²⁷⁰ La existencia de relaciones concebidas desde el sistema de género hace que ciertas prácticas nacidas en lo privado impacten en lo público y pasen sin cuestionarse.

²⁶⁹ Saba, Roberto. (Des)igualdad estructural, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 22

²⁷⁰ Añón, María José, Principio antidiscriminatorio... cit. p.148

Un buen ejemplo es la idea de que las mujeres son las encargadas del cuidado de las y los hijos y derivado de esto la regulación de licencias de maternidad son una práctica común y las de paternidad parecen algo extraordinario. La maternidad y paternidad es una cuestión que corresponde al ámbito privado pero que pasa al público al ser regulado por el derecho y además ejecutado por las y los patrones.

Asimismo, la discriminación estructural problematiza la idea de toma de decisiones libres. Si no existe una conciencia de la existencia de patrones de discriminación estructural y estereotipos sociales es complicado calificar a una decisión como libre. Pues, puede ser que el sistema orilló a la persona que toma la decisión sin que ella o él lo notara. Las decisiones dejan de ser libres y se convierten en preferencias adaptativas o una decisión marcada por un estado de necesidad que impide que la decisión sea libre e informada²⁷¹.

Para la identificación y tratamiento del problema de la discriminación estructural, es importante incluir datos históricos y sociales que retraten la situación de sometimiento y exclusión sistemática en la que se encuentran muchos grupos en la sociedad²⁷². Esto ya ha sido realizado por algunos tribunales de derechos humanos y la experiencia será expuesta en el siguiente apartado.

En conclusión, es posible decir que existe discriminación estructural cuando “el conjunto de prácticas, reproducidas por las instituciones y avaladas por el orden social, provocan que las personas enfrenten distintos escenarios sociales, políticos, económicos y éticos, y diferentes oportunidades de desarrollo y de consecución de sus planes de vida, debido a su pertenencia a grupos en situación de exclusión sistemática cuanto persistente y presente en

²⁷¹ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación. México, CDHDF, 2011, p. 20

²⁷² Saba, Roberto. (Des)igualdad estructural op. cit. p. 4

todo el orden social, e históricamente determinada en cuanto a su origen y permanencia en el tiempo.”²⁷³

A partir de los diversos ejemplos expuestos es posible identificar la relación estrecha que existe entre los estereotipos de género y la discriminación estructural. Los estereotipos pueden ser pensados como alimento para la discriminación estructural. Esto debido a la vocación categorizadora de los estereotipos que llevó a que el mundo fuera concebido de forma binaria y subordinara a la mujer a un papel de madre y cuidadora.

Estas características “esenciales” de la mujer permitieron que fuera relegada del espacio público y excluida de la toma de decisiones sobre su situación, característica fundamental de los grupos desaventajados. La perpetuación de los estereotipos hace que hasta el día de hoy, las mujeres tengan problemas para influir en la toma de decisiones en distintos niveles.

Aunado a lo anterior, estos estereotipos hacen que las mujeres, a pesar de haber obtenido muchas victorias, deban seguir insistiendo en su calidad de personas autónomas y combatiendo los prejuicios que existen. A partir del entorno complicado en el que viven las mujeres, es posible entender otro punto de la discriminación estructural, la problematización de las decisiones libres, pues muchas veces los estereotipos oprimen tanto que una decisión libre parece imposible.

No obstante, existe una serie de logros a nivel jurídico que han sido y pueden convertirse en una forma de combatir el problema de la discriminación estructural en contra de las mujeres. Estos casos tanto internacionales como nacionales serán presentados a continuación.

3.3 Normatividad sobre la discriminación estructural

Este apartado se enfocará principalmente en exponer legislación y casos en torno a la discriminación estructural. Se pondrá principal atención en presentar aquella legislación y casos que tengan relación con los estereotipos de género

²⁷³ Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, op. cit. p. 20

y la discriminación estructural, pues servirán para la resolución del caso hipotético de conflicto entre la libertad de expresión y la discriminación en el último capítulo de la tesis.

Es necesario comenzar apuntando que la base jurídica para la igualdad en México tiene como asidero principal el artículo primero constitucional, expuesto previamente. Este artículo en su último párrafo prohíbe de forma tajante la discriminación de la siguiente forma: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”²⁷⁴

De esta forma, la igualdad y no discriminación existe como un principio constitucional del más alto rango. Asimismo, esto permite que el principio de igualdad y no discriminación sea ponderado con otros derechos humanos, como la libertad de expresión, con el objetivo de armonizarlos.

Por otro lado, la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres en su artículo 5 define a la discriminación como: “Toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas”²⁷⁵.

Es posible advertir que el artículo señala que la discriminación impide la igualdad real de oportunidades. Así, se aleja de la igualdad jurídica formal y permite decir que el Estado mexicano se encuentra comprometido al logro de la igualdad material entre hombres y mujeres. Lo anterior se encuentra

²⁷⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, op. cit.

²⁷⁵ Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, Última reforma publicada DOF 24-03-2016

íntimamente ligado a la eliminación de la desigualdad estructural en contra de las mujeres.

En el ordenamiento jurídico mexicano existe más normativa en torno al tema de la discriminación en contra de las mujeres. No obstante, debido a que la finalidad de esta tesis es el análisis de un ejercicio constitucional para armonizar derechos, bastará con la normativa citada y se procederá a exponer jurisprudencia en la que se han identificado las problemáticas sobre el tema que nos ocupa.

3.3.1 Jurisprudencia sobre la discriminación estructural

La jurisprudencia que se expondrá en este apartado no tendrá necesariamente relación con México. Lo anterior debido a que la discriminación estructural es un tema novedoso, incluso a nivel mundial por lo cual resulta necesario traer casos de diferentes latitudes. No obstante, se iniciará por presentar un caso paradigmático para México y América Latina, el caso González y otras vs México, mejor conocido como Campo Algodonero.

- **Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs México**

Las víctimas de este caso, Esmeralda Herrera, Claudia González y Laura Ramos, son tres de los centenares de mujeres muertas, conocidas como las Muertas de Juárez. Las tres eran mujeres jóvenes de 15, 20 y 17 años respectivamente, desaparecieron y fueron encontradas mutiladas y muertas en un campo algodonoero a las afueras de Ciudad Juárez. En todos los casos, las autoridades esperaron 72 horas para comenzar la búsqueda de las jóvenes.

Además, las autoridades que recibieron el reporte de desaparición emitieron comentarios sobre la conducta de las víctimas que minimizaban su desaparición. De acuerdo con la Corte IDH, estos tuvieron una posible relación con la inacción del Ministerio Público para buscarlas.

Para ejemplificar esta práctica, la Corte transcribe en el caso lo que se dijo a la madre de Esmeralda Herrera: “La madre [...] declaró que, al interponer la denuncia, las autoridades le dijeron que su hija “no está desaparecida, anda

con el novio o anda con los amigos de vaga” “que si le pasaba eso era porque ella se lo buscaba, porque una niña buena, una mujer buena, está en su casa”.²⁷⁶ Los dichos de las autoridades dejan ver la permanencia de estereotipos sobre las mujeres y como estos contribuyen a la subordinación del grupo. Las autoridades dejan ver que solo las malas mujeres ejercen su sexualidad y se merecen los delitos de los que son víctimas.

Para resolver el caso la Corte realiza una reconstrucción de los antecedentes históricos que conviven en este caso. Para contextualizar, la Corte analiza las cifras del fenómeno de los feminicidios en Juárez, trae a colación declaraciones de México donde reconoce que los asesinatos están influenciados por una cultura de discriminación hacia la mujer y presenta declaraciones de la Relatora sobre la Violencia en contra de la Mujer de la ONU que señalan que en México existe una desigualdad de género arraigada en la sociedad²⁷⁷.

Aunado a lo anterior, la CoIDH incluye la falla sistemática de las autoridades para investigar estos casos y las actitudes discriminatorias ejercidas por las mismas. Todos estos elementos son empleados para afirmar que existe un contexto de violencia en contra de las mujeres en Ciudad Juárez.

Si bien, la Corte no dice en la sentencia que existe una situación de discriminación estructural en contra de las mujeres, como dice Abramovich, la Corte reconoce a las mujeres “como miembros de un colectivo más amplio que se ve afectado por una situación estructural de violencia y desigualdad, lo que permite entender los crímenes particulares en su real dimensión.”²⁷⁸ La identificación del colectivo como subordinado es uno de los elementos fundamentales de la discriminación estructural.

²⁷⁶ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 198

²⁷⁷ Ibidem, párr.134

²⁷⁸ Abramovich, Víctor. Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Anuario de Derechos Humanos, Santiago, No. 6 (2010), p. 168

Además, la CoIDH expone el contexto a través de la reconstrucción de la situación de las mujeres en Ciudad Juárez y lo emplea para declarar la violación al deber de prevenir del Estado. Así, debido a que el Estado sabía que existía un contexto violento en contra de la mujer, que podría llamarse discriminación estructural, falló en prevenir la muerte de las tres víctimas del caso.

Lo novedoso de este caso es que, a pesar de que no se habla expresamente de discriminación estructural, las medidas de reparación son transformadoras y amplias. Una de las medidas de reparación es la obligación de capacitar sobre género a todas las autoridades y no solo a las que activamente desplegaron la conducta discriminatoria²⁷⁹. Este caso resulta un avance hacia la eliminación de subordinación de grupos desaventajados a través de la aplicación de medidas de reparación transformadoras que intentan cambiar la percepción de la sociedad.

- **Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs Brasil**

El caso versa sobre la práctica de trabajo forzoso y servidumbre por deudas en la Hacienda Brasil Verde. Esto se enmarca en un contexto en el que miles de trabajadores son sometidos a trabajo esclavo en haciendas del norte de Brasil. Lo anterior persiste incluso a pesar de que el Estado brasileño desde hace muchos años haya reconocido este problema.

Existen múltiples violaciones de derechos humanos para las víctimas, sin embargo la exposición se centrará en lo abordado por la Corte Interamericana sobre discriminación estructural. Es importante decir que éste es el primer caso en el que la CoIDH determina una violación de derechos humanos en relación con la discriminación estructural. Esto después de un avance intermitente a través de casos como Campo Algodonero, Nadege Dorzema y Atala Riffo donde la problemática se menciona pero no acarrea una violación a derechos humanos.

²⁷⁹ Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, cit... párr. 155

La Corte no abunda en el tema del concepto de discriminación estructural pero lo trata a través de la perspectiva de las obligaciones del Estado. En este sentido, la Corte señala que: “Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto de actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”²⁸⁰.

Este argumento lo conecta con la situación de vulnerabilidad en la que viven grupos que sufren discriminación estructural. Como ha reiterado en su jurisprudencia, el Estado debe actuar de forma positiva para revertir los patrones de discriminación en contra de estos grupos, no únicamente abstenerse²⁸¹.

Debido a lo anterior, el Estado brasileño es responsable toda vez que tenía conocimiento de la situación de vulnerabilidad en la que viven las personas pobres y que los lleva a consentir trabajar como esclavos en lugares como en la Hacienda Brasil Verde. La Corte se apoya en informes realizados por la OIT y el Ministerio de Trabajo de Brasil para afirmar que los trabajadores se encuentran en una situación de miseria que prácticamente los conduce al trabajo esclavo.

El juez Ferrer McGregor, en su voto razonado del caso, identifica los siguientes elementos para considerar que existe discriminación estructural:

- i) el grupo de personas necesitaba protección especial debido a la situación de pobreza en la que vivían
- ii) “las personas estaban sometidas a esta práctica histórica y sistemática que los mantuvo en una situación de exclusión y marginación”

²⁸⁰ Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 336

²⁸¹ Cfr. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

- iii) a pesar de que el caso ocurre en un lugar determinado, existen miles de casos más que permiten afirmar que se trata de una práctica reiterada que no ha sido erradicada por el Estado y
- iv) “en el presente caso el fenómeno de esclavitud del cual fueron objeto 85 víctimas fue una discriminación indirecta y *de facto* por la ineficacia de las prácticas estatales para evitar su prevención y erradicación.”²⁸²

En conclusión, a través de la obligación de prevención, el Estado se convierte en el responsable de evitar que persistan violaciones a derechos humanos de grupos históricamente discriminados. Sin duda este caso representa un antes y después respecto del tema de la discriminación estructural, pues permite identificarla y que sea responsabilidad del Estado revertir las prácticas de subordinación y marginalización en la que viven muchos grupos.

- **Caso D. H. y Otros vs. República Checa**

Este caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que existe una violación al derecho a la educación en relación con la cláusula de no discriminación del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos por la segregación escolar hacia la etnia romaní. Los demandantes controvierten que a ellos y otros niñas y niños romaníes se les envía a escuelas especiales de forma automática. Esto se basa en un examen psicológico y el consentimiento de los padres. Lo anterior tiene como consecuencia que las y los niños romaníes estudien separados de las y los demás niños checos²⁸³.

El Tribunal Europeo detalla el contexto de discriminación que existe hacia los gitanos o personas de etnia romaní en toda Europa. Asimismo, rescata declaraciones de autoridades que justifican la medida basándose en prejuicios y estereotipos sobre la etnia romaní, como que los padres romaníes tienen actitudes negativas respecto de la educación.

²⁸² Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318. Voto Razonado Juez Eduardo Ferrer McGregor Poisot, Párr. 88

²⁸³ Cfr. Tribunal EDH. Asunto D. H. y otros vs Hungría, Demanda no 57325/00, Sentencia del 13 de noviembre de 2007

El Estado checo trata de defenderse señalando que no existe una política discriminatoria pues el criterio para enviar a las personas gitanas a una escuela especial es un examen y no su etnia. Sin embargo, el Tribunal, a través de un análisis de estadísticas en las que es posible notar como el 70 por ciento de personas romaníes están en escuelas especiales, hace que la medida de apariencia neutral tenga consecuencias discriminatorias.

El argumento del Estado sobre los exámenes es invalidado pues se demuestra que niñas y niños que superaron el examen fueron enviados a escuelas especiales por razones como diferencias culturales. La Corte problematiza la estructura del examen pues resulta omiso para identificar las diferencias culturales que puedan influir en el resultado del examen y que persisten en segregar a la niñez romaní.

Aunado a lo anterior, el Estado checo se escuda en que los padres de las y los niños firmaron un consentimiento para enviarlos a esa escuela. En este punto, el Tribunal hace algo muy interesante, señala que el consentimiento no es del todo válido pues los padres se encuentra en una situación de desventaja que hace que su decisión no esté libre de coacción y sea informada.

En conclusión, el Tribunal declara la violación al derecho a la educación sin discriminación debido a que el Estado, a través de una discriminación indirecta, segregó a las y los niños gitanos. Lo anterior repercutió en que éstos accedieran a una educación de mayor nivel, como la que las y los niños checos recibían.

De esta forma, el Tribunal, a partir de la noción de discriminación estructural, demuestra con estadísticas que existe un contexto de desventaja para las personas romaníes y que el grupo dominante de forma no intencional persiste en segregarlos basado en prejuicios y estereotipos no expresos.

Por otro lado, la noción de desigualdad estructural le permite al Tribunal cuestionar el consentimiento de los padres a través de la identificación previa del contexto de desventaja. Como señala Añón, este caso es “indicativo de una desventaja masiva o estructural que puede comprometer las capacidades

individuales de dar un consentimiento significativo e informado relativo al nivel y tipo de la educación de los hijos”²⁸⁴.

A partir de este caso es posible notar como la situación de desventaja estructural afecta en distintos niveles las decisiones de las personas y del Estado. Por un lado, no permite que exista una verdadera autonomía. Además, concluye que la intencionalidad es irrelevante, debido a que la forma de actuar está impregnada de desigualdad y hace que medidas de apariencia neutral terminen siendo discriminatorias.

La argumentación realizada en estos casos permitirá abordar de mejor forma el caso que será presentado a continuación. El caso que nos ocupará es un ejemplo de las constantes situaciones en las que la libertad de expresión entra en conflicto con la discriminación estructural en la que viven las mujeres.

Conclusión

Este capítulo permite entender como la igualdad es un tema vigente hasta nuestros días. Pues, a pesar de que la igualdad jurídica está positivizada prácticamente en todos los países del mundo, existen aún desafíos para lograr una valoración jurídica de las diferencias que se convierta en igualdad material para los grupos discriminados históricamente, como el de las mujeres.

Para entender los problemas para lograr la igualdad de las mujeres, fue necesario hacer un repaso de la teorización de las feministas acerca de las diferencias entre el sexo y género. Lo anterior permite pasar a la existencia de estereotipos en los que se encasilla a las mujeres y como a partir de los mismos se transita a prejuicios y discriminación en contra del grupo.

Una vez expuesto lo anterior, es posible analizar el fenómeno de la discriminación y como ha sido tratado jurídicamente para su combate, dividiéndola en tres tipos: discriminación directa, indirecta y estructural. Las categorías fueron naciendo, una después de la otra debido a la insuficiencia de

²⁸⁴ Añón, María José, Principio antidiscriminatorio... cit. p. 149

la discriminación directa para combatir el fenómeno tan complejo de la discriminación.

De este modo, aterrizamos a la discriminación estructural, uno de los rubros principales de este trabajo de investigación. A partir de la teoría, fue posible observar que el concepto de discriminación estructural es reciente y muy complejo de pensar. Al tratarse de un fenómeno difuso hace que su identificación sea difícil. En este sentido, algunos tribunales de derechos humanos han dado los primeros pasos para condenar a Estados por no haber realizado las acciones pertinentes para combatir la discriminación estructural.

Esto último permitirá usar las herramientas jurídicas desarrolladas sobre la categoría de discriminación estructural con el objeto de analizar un caso concreto en el último capítulo de la tesis.

Cuarto capítulo. Estudio de caso de colisión entre la libertad de expresión y la no discriminación en contra de las mujeres

Como se anunció desde el inicio de este trabajo de investigación, el propósito de la exposición sobre los derechos humanos, la ponderación, la libertad de expresión y la discriminación estructural era su aplicación para un caso práctico de colisión de derechos. Lo anterior proviene de una firme convicción de que todo desarrollo de investigación debe tener como objetivo principal su utilidad para resolver problemas prácticos.

En este último capítulo se analizará el caso de Marcelino Perelló y como se aplicaría la ponderación en este caso de colisión entre la libertad de expresión y el derecho a la no discriminación. Para ello, se emplearán todas las herramientas teóricas expuestas.

La base para realizar el examen será el test de ponderación de Daniel Vázquez. A partir del test se analizará si existe un conflicto de derechos real y posteriormente se empleará lo expuesto sobre ambos derechos para presentar, en armonía con las coordenadas teóricas, como sería solucionado el conflicto entre derechos.

4.1 Hechos del caso de Marcelino Perelló

Marcelino Perrelló era profesor de asignatura en la Facultad de Ciencias Políticas de la UNAM, estaba contratado por el Museo Universitario del Chopo y había sido comisionado a Radio UNAM. En esta emisora, Perelló contaba con un programa llamado Sentido Contrario.

En la transmisión del 28 de marzo este personaje, opinando sobre el caso de Daphne Fernández y los Porkys²⁸⁵ afirmó que:

²⁸⁵ Daphne Fernández fue abusada sexualmente y posteriormente violada por un grupo de cuatro hombres en Veracruz. Este caso fue visibilizado ya que los hombres, apodados "Porkys", eran miembros de la clase alta de Veracruz y no cumplieron con un acuerdo privado que habían realizado con el padre de Daphne para pedirle

“Tampoco eso de que te metan los dedos es para armar un desmadre estrepitoso (...). O sea, la violación implica necesariamente verga, si no hay verga, no hay violación. O sea con palos de escoba, dedos o vibradores no hay violaciones; hay una violación a la dignidad si tú quieres, pero de esas hay de muchos tipos, igual que si te embarran la cara con mierda de caballo”²⁸⁶.

Los dichos de Perelló desataron una serie de protestas a través de redes sociales²⁸⁷. Dentro de la UNAM también existieron reacciones negativas ante los comentarios, sobre todo por parte de colectivos feministas. El rechazo llegó al grado de que algunas académicas y profesoras denunciaron penalmente al conductor del programa²⁸⁸.

Ante la ola de rechazo, el 7 de abril Difusión Cultural UNAM ordenó la cancelación del programa a través del siguiente comunicado:

“Ante los comentarios vertidos por Marcelino Perelló en el programa Sentido Contrario, el día martes 28 de marzo de 2017, Radio UNAM comunica lo siguiente:

De forma inmediata se cancela el programa Sentido Contrario debido a que las expresiones del conductor titular de este espacio en Radio UNAM atentan contra el espíritu de esta emisora y de la Universidad Nacional Autónoma de México, al normalizar la violencia y oponerse al concepto de equidad e igualdad de género.

disculpas. Todos fueron procesados penalmente y sus casos, en amparo, aún se encuentran pendientes de resolución.

²⁸⁶ Transcripción del programa de radio. Disponible en: https://mx.ivoox.com/es/2017-03-28-boulevard-7-germinal-audios-mp3_rf_17889167_1.html

²⁸⁷ Milenio. Comentarios misóginos de Marcelino Perelló indignada Twitter. Disponible en: http://www.milenio.com/cultura/marcelino_perello-radio_unam-twitter-machismo-violacion-milenio-noticias_0_934106746.html

²⁸⁸ Proceso, Académicas y tabajadoras de la UNAM denuncian a Marcelino Perelló ante la PGR y Fevimtra. Disponible en: <http://www.proceso.com.mx/483798/academicas-trabajadoras-la-unam-denuncian-a-marcelino-perello-ante-la-pgr-fevimtra>

Además del lenguaje misógino y sexista utilizado, el discurso de Marcelino Perelló se opone a los valores promovidos por esta casa de estudios.

Radio UNAM promueve los valores universitarios y reitera su compromiso con la libertad de expresión a favor de la equidad y contra la violencia de género.²⁸⁹

El 26 de abril, la Universidad Nacional dio por terminado el contrato de Perelló Valls. El Museo Universitario, a partir de denuncias presentadas por académicas y alumnas por el lenguaje sexista empleado, solicitó a la Dirección General de Asuntos Jurídicos determinar las consecuencias laborales del caso. La autoridad a quien se le solicitó la opinión jurídica notificó al día siguiente al Chopo que existían “elementos suficientes para proceder a la rescisión del contrato de trabajo de Marcelino Perelló Valls”. Sin embargo Perelló renunció antes de que fuera necesario rescindir el contrato por parte de la Universidad²⁹⁰.

La medida aplicada por Difusión Cultural UNAM podría ser tomada como una restricción ilegítima a la libertad de expresión en pos de garantizar el derecho a la no discriminación de las mujeres. En estos casos de colisión es necesario analizar si se hizo una armonización adecuada de derechos, para que ninguno de los derechos termine siendo inoperante. Para determinar si la medida adoptada fue adecuada, se empleará el test de ponderación desarrollado por Daniel Vázquez.

4.2 Elementos del test de ponderación

En este apartado se expondrán nuevamente los elementos del test de ponderación de manera resumida para tener una guía de como proceder para

²⁸⁹ Coordinación de Difusión Cultural, Comunicado sobre Marcelino Perelló. Disponible en: <http://www.saladeprensacdc.unam.mx/index.php/coordinacion-de-difusion-cultural/item/3469-comunicado-sobre-marcelino-perello>

²⁹⁰ Animal Político. La UNAM oficializa la salida de Marcelino Perelló como catedrático y conductor de radio. Disponible en: <http://www.animalpolitico.com/2017/05/marcelino-perello-unam-contrato/>

el caso concreto. Vázquez señala que los elementos mínimos que debe tener un test de ponderación deben ser:

- i) Identificación de los derechos que se encuentran en colisión.
- ii) Peso en abstracto que tienen los derechos a ponderar. Este paso podría terminar prematuramente el conflicto ya que si uno de los principios en colisión no es un derecho humano, éste puede desplazar cualquier otro tipo de normas jurídicas sin necesidad de entrar a un examen a fondo.
- iii) Idoneidad, adecuación o causalidad (las tres son sinónimos del mismo criterio) y necesidad de la restricción de ambos derechos. Conforme a este criterio se debe determinar si la importancia de satisfacción de uno de los derechos justifica la restricción del otro. Vázquez dice que la pregunta que debe guiar este criterio es, “si restrinjo X derecho ¿qué se gana en el ejercicio del derecho Y?”²⁹¹. La idoneidad sirve para analizar si la satisfacción de uno de los derechos supone la restricción de otro. Por otro lado, la necesidad se utiliza para identificar si no existe un método alternativo para lograr el fin buscado.
- iv) Intensidad de la restricción de ambos derechos o proporcionalidad en sentido estricto. Esto se realiza a través de la escala triádica de Alexy de intensidad leve, media o grave.
- v) La no anulación de ninguno de los derechos. El autor señala que se deben tener en cuenta dos criterios distintos. Primero, que las restricciones que surjan de la ponderación no afecten el núcleo esencial de los derechos en colisión y, en segundo lugar, que a pesar de las restricciones producto de la ponderación, aún existan mecanismos generales de protección y formas de atenuar los impactos. Los mecanismos generales de protección son otras medidas que no permiten que un derecho quede sin garantía.

4.3 Aplicación del test de ponderación

Una vez descritos los hechos del caso, se procederá a realizar punto por punto el test de ponderación desarrollado por Daniel Vázquez.

²⁹¹ Cfr. Vázquez, Daniel. Test de razonabilidad y derechos humanos... cit. p 112.

a) Identificación de derechos

El primer paso es identificar los derechos que se encuentran en conflicto. Esto es importante pues podrían existir casos en los que existe una confusión sobre los derechos en colisión o incluso es posible que no exista un conflicto real entre derechos por lo cual no sería necesaria la aplicación del test.

El conflicto que suscita el caso de Marcelino Perelló es entre la libertad de expresión y el derecho a la no discriminación contra las mujeres. La razón por la cual se puede afirmar que existe ejercicio de la libertad de expresión es porque Perelló emitió una serie de comentarios sobre las mujeres a través de su programa de radio. De esta forma, este personaje estaba ejerciendo su derecho de expresar ideas de todo tipo a través de cualquier medio posible, tal y como lo señala el artículo 13 de la Convención Americana.

Por otro lado, los dichos emitidos por Perelló, hablando del caso de Daphne Fernández, han sido señalados como discriminatorios. Lo anterior, puesto que contribuyen a minimizar la violación, en sentido amplio, del cuerpo de las mujeres y esto conduce a la perpetuación de una cultura de violencia justificada hacia este grupo.

Lo interesante de estos dichos es que no podrían ser conceptualizados bajo la definición de discriminación directa, donde se debe probar cierto menoscabo o anulación de los derechos de las personas. Bajo esta línea de ideas, es complicado probar que existe una receptora específica de la conducta por lo cual no se podría pensar a este caso como discriminación directa.

Ante la problemática que representa la discriminación directa, la discriminación indirecta en conjunción con la discriminación estructural es la mejor forma para pensar las expresiones emitidas por Perelló. Atendiendo a los rasgos característicos que Añón señala sobre la discriminación indirecta²⁹² y uniéndolos con la construcción jurisprudencial sobre la discriminación

²⁹² Añón, María José, Principio antidiscriminatorio... cit. pp. 152-153

estructural, a continuación se argumentará porque este caso debe verse a través de estas herramientas conceptuales.

Añón señala que cuando existe trato discriminatorio indirecto se debe atender a la dimensión colectiva o grupal de los procesos²⁹³. En el caso que nos ocupa esta idea es muy importante puesto que el caso de Daphne fue una especie de pretexto para hablar sobre las mujeres en general. Primero, Perelló explica cómo no deben “armar un desmadre estrepitoso”; en los siguientes minutos del programa afirma como las mujeres se visten de cierta forma porque quieren atraer a los hombres, que les alcen la falda es una consecuencia natural porque las mujeres buscan levantar la libido de los hombres²⁹⁴, entre otras cosas.

Asimismo, es posible afirmar que existe un efecto diferenciado cuando se insiste en la minimización de la violación puesto que es un mal que afecta principalmente a las mujeres²⁹⁵. Además, la violación forma parte de una cultura que percibe a la mujer como un objeto de deseo de los hombres, lo cual hace que de forma indirecta la violencia se piense como justificada²⁹⁶.

Debido a este tipo de problemáticas, es necesario pensar este caso a través de la discriminación estructural. Como se ha mencionado previamente, el fenómeno de la desigualdad entre hombres y mujeres tiene antecedentes históricos tan antiguos como la historia de la humanidad. Esto hace que la estructura desigual sea pensada como natural, inmutable e imperceptible para las personas.

²⁹³ Íbidem, pp. 132-133

²⁹⁴ Cfr. Programa Sentido Contrario del 28 de marzo de 2017. Disponible en: https://mx.ivoox.com/es/2017-03-28-bouleau-7-germinal-audios-mp3_rf_17889167_1.html

²⁹⁵ Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, Resumen Ejecutivo del ser diagnóstico sobre la atención de la violencia sexual en México, Marzo 2016, p. 13. Disponible en: http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/118490/Resumen_Ejecutivo_diagno_stico_violencia_Sexual_CEA_V.pdf

²⁹⁶ Afanador Contreras, María Isabel y Caballero Badillo, María Claudia. La violencia sexual contra las mujeres. Un enfoque desde la criminología, la victimología y el derecho, Reflexión Política, vol. 14, núm. 27, 2012, p. 126

En este sentido, la discriminación estructural en contra de las mujeres debe pensarse como una discriminación nacida y reproducida por un sistema de opresión y subordinación de un grupo sobre otro que tiene tanta historia que se convierte en un proceso social incuestionable y difuso. El programa de radio presenta a las mujeres como objetos de deseo o que los piropos hacia ellas son algo natural porque una de sus actividades principales es ser agradables a la vista de los hombres. O incluso, que debido a su existencia como seres objetos, la profanación a sus cuerpos no es tan grave porque la producción de placer es otra de las razones de su existencia.

Lo difuso de la estructura y discriminación hace que sea complicado identificar una conducta como parte de la perpetuación del sistema desigual. Así, muchas personas emiten opiniones, las cuales pueden ser reproducciones de la estructura desigual, y no se dan cuenta que de una forma u otra contribuyen a la persistencia de la misma.

Con base en lo anterior, la intención de las expresiones viene a ser inoperante para determinar si la conducta es discriminatoria. Por ejemplo, la insistencia posterior de Perelló acerca de la sacralidad de los piropos²⁹⁷ permite pensar que probablemente se le hace inconcebible que los piropos sean parte de un sistema de desigual que afecta en particular a las mujeres.

En conclusión, lo dicho por Marcelino Perelló puede que no sea identificable como una forma de discriminación directa, fácilmente medible. No obstante, sus expresiones se enmarcan en un tipo de discriminación difuminada que para ser identificada debe ponerse atención a la existencia de grupos históricamente discriminados, los cuales siguen viviendo bajo un sistema desigual. Asimismo, es necesario advertir que las expresiones reflejan la interiorización del sistema desigual y que no tienen porqué afectar directamente a una persona en concreto pero se debe reconocer que la subordinación de un grupo frente a otro hace que la discriminación sea igualmente grave.

²⁹⁷ Radiofórmula. Pidió disculpas a quienes se hayan ofendido, no a quienes me insultan y calumnian: Perelló. Con Ciro Gómez Leyva. Disponible en: <http://www.radioformula.com.mx/notas.asp?Idn=677013&idFC=2017>

En razón de lo argumentado, es posible afirmar que existen derechos, la libertad de expresión y la no discriminación en contra de las mujeres, que se encuentran en colisión y que deben ser armonizados. Por lo anterior, se procederán a aplicar los siguientes pasos del test.

b) Peso en abstracto

Este punto del test será sencillo de solucionar por las razones que serán expuestas a continuación. Lo que corresponde en esta parte es asignar un peso, de acuerdo con la escala triádica, para determinar si existe de entrada un principio que tiene menos valor que otro. De acuerdo con Vázquez, los derechos humanos son los principios de la máxima jerarquía y automáticamente eliminan a cualquier otro principio al que se enfrenten²⁹⁸.

Como es notorio, ambos principios en conflicto son derechos humanos. Es pertinente traer a colación lo expuesto en el primer capítulo del trabajo de investigación, sobre la indivisibilidad de los derechos humanos. Esta característica implica que no existe jerarquía entre ellos. Así, lo que corresponde es armonizar ambos derechos para que los dos puedan ser garantizados en la medida de lo posible.

No obstante lo anterior, es indispensable recordar lo expuesto acerca del derecho a la libertad de expresión. En los diversos modelos de protección se insiste en que la libertad de expresión es un pilar fundamental para la construcción y existencia de un estado democrático. La libre circulación de ideas permite que exista pluralidad y el debate público se vea enriquecido, incluso por opiniones que resultan chocantes para la mayoría²⁹⁹.

Lo anterior, se encuentra muy relacionado con el buen funcionamiento del aparato estatal. Se entiende que si se garantiza la libertad de expresión, las y los ciudadanos tendrán la posibilidad de exigir que el Estado funcione de forma eficiente e incluso igualitaria. Asimismo, de acuerdo con la teoría existe una

²⁹⁸ Cfr. Vázquez, Daniel. Test de razonabilidad y derechos humanos... cit.

²⁹⁹ CIDH y RELE. Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión... cit.

relación que podría pensarse de la siguiente forma: a menor garantía a la libertad de expresión, más cerca se está de un estado autoritario.

Una vez anotado lo anterior, se puede afirmar que no se puede zanjar el examen prematuramente, puesto que ambos principios son derechos humanos. En razón de lo anterior es necesario proseguir con el test de ponderación.

c) Idoneidad, adecuación o causalidad y necesidad de la restricción de ambos derechos

A continuación se realizará el análisis de idoneidad, adecuación o causalidad y necesidad de ambos derechos por separado, iniciando con el derecho que sufrió la restricción, en este caso la libertad de expresión. En adelante para referirnos al primer criterio de este apartado se optará por el nombre de idoneidad para evitar confusiones terminológicas.

• Libertad de expresión

En primer lugar se debe atender a si la restricción implementada tiene una relación de causalidad entre la medida y el objetivo legítimo que se persigue³⁰⁰. En otras palabras, se debe examinar si la medida aplicada sirve para lo que se pretende lograr. Lo anterior debido a que, en ocasiones, la medida es restrictiva mas no efectiva y puede resultar en un daño innecesario sin beneficio alguno.

La medida restrictiva a considerar en este caso es la cancelación del programa de radio, vehículo de transmisión de las ideas de Perelló. El objetivo legítimo que se pretendía alcanzar será extraído del comunicado emitido por Difusión Cultural UNAM donde se anuncia la cancelación del programa.

Este comunicado afirma que los dichos normalizan la violencia en contra de la mujer y se oponen al concepto de equidad e igualdad de género por lo cual era necesario cerrar el programa. Interpretando lo expresado, el objetivo legítimo

³⁰⁰ Vázquez, Daniel. Test de razonabilidad y derechos humanos... cit., p. 62

perseguido era la garantía de los derechos e igualdad de las mujeres. En otras palabras, la razón por la cual el derecho a la libertad de expresión resultó restringido fue porque atenta contra los derechos de terceros a vivir sin discriminación.

La cancelación de programas que transmiten ideas de corte discriminatorio puede ser una forma de prevenir que dicho mensaje sea esparcido normalizando la violencia en contra de las mujeres y perpetuando estereotipos que impiden el alcance de igualdad para este grupo. Asimismo, el cese de difusión de contenido con estas características hace que la conducta discriminatoria específica se suspenda. En conclusión, la medida fue idónea para el objetivo que se pretendía lograr.

El siguiente paso es analizar la necesidad de la medida. En este paso se debe verificar que no exista otra medida menos gravosa para lograr el fin que se busca con la restricción. En razón de lo anterior es indispensable centrarse, de nuevo, en el objetivo perseguido.

El derecho de las mujeres a no ser discriminadas podría ser garantizado a través de diversas medidas. Una de ellas, la cancelación del programa que emita contenido discriminatorio que perpetúe estereotipos. Sin embargo, es una obligación pensar si existen otras medidas para lograr el fin. Por ejemplo, podría ser que la autoridad emita un lineamiento para que el programa se conduzca bajo los principios de igualdad de género. También se podría ordenar que se envíe a Marcelino Perelló a algún curso para aprender de género.

Sin embargo, es posible argumentar que la única medida para detener completamente la emisión de contenido discriminatorio es el cierre de la programación. Lo anterior debido a que nada asegura que las medidas menos lesivas sean eficaces para lograr la modificación del comportamiento del personaje emisor del discurso. En razón de lo anterior, es necesario proseguir el examen de ponderación.

Es importante notar del análisis sobre necesidad e idoneidad, que los derechos estaban encontrados y se prefirió uno sobre otro, argumentándolo incluso

como objetivo legítimo. Esto es muy relevante porque la medida es analizada desde la perspectiva de cumplimiento total del derecho a la igualdad y no discriminación, lo cual deja en un posible desamparo a la libertad de expresión.

- **Derecho a la igualdad y no discriminación**

Este apartado se centrará en analizar el estado del derecho a la igualdad y no discriminación previo a la medida que restringió la libertad de expresión. La medida entonces será la emisión de un mensaje discriminatorio.

La existencia de un programa de radio, incluso con mensaje discriminatorio, es una forma de ejercer la libertad de expresión pues es un mecanismo a través del cual se transmiten ideas. En este sentido, si el objetivo legítimo es la circulación de ideas y pluralidad del debate, la existencia de un programa de radio es una forma a través de la cual se suman voces, sea del tipo que sea, al debate público.

Ahora, se debe analizar la necesidad, es decir, si existen otras medidas menos restrictivas para que exista una circulación amplia de ideas. La libertad de expresión como principio puede ser garantizado a través de distintos medios.

Podría decirse que su libertad de expresión podrá seguir siendo ejercida a través de otros medios como un periódico, redes sociales, etcétera. No obstante, debido a que la libertad de expresión ya tenía un mecanismo a través del cual ser ejercida, como la radio, lo más sencillo era que el programa persistiera como estaba.

El siguiente paso de análisis será importante para determinar si la medida es sostenible en un examen de ponderación.

d) Intensidad de la restricción de ambos derechos o proporcionalidad en sentido estricto

La proporcionalidad en sentido estricto se refiere a lo que Alexy llama la intervención en el derecho³⁰¹. Es decir, a partir de la medida adoptada se debe analizar si la restricción en el derecho es grave, intermedia o moderada. Como espejo, se necesita analizar que la medida adoptada sea la que logre el objetivo de cumplimiento de tal forma que el otro derecho sea afectado de la menor forma posible.

El cierre del programa de radio puede verse como una restricción indirecta y grave a la libertad de expresión. Indirecta porque no se ordenó silenciar a esta persona pero se le privó de los medios a través de los cuales transmitía su mensaje. Como sostiene la Corte Interamericana³⁰², es posible que se utilicen medios encaminados a impedir la comunicación y circulación de las ideas y opiniones, lo cual representa una violación al derecho a la libertad de expresión.

La restricción puede ser considerada grave ya que se cerró el vehículo a través del cual se esparcían las ideas. Las medidas indirectas son una forma a través de la cual se acallan discursos sin ordenar directamente al emisor que no transmita su mensaje. Lo grave es que, ya sea través de una orden de censura directa, el cierre de un programa o la cancelación de una concesión, la libertad de expresión puede ser vulnerada.

Pensando en los estándares sobre la libertad de expresión, que la reconocen como un pilar fundamental de una sociedad democrática, una medida que pretenda acallar ideas es una intervención grave a un derecho humano. Podría existir una excepción para los discursos que se encuentran fuera de la protección de la libertad de expresión, como el discurso de odio que incita a la violencia. Si en este caso se emitiera un discurso de odio, sería posible censurar o sancionar a la persona emisora de dicho mensaje.

³⁰¹ Alexy, Robert, 2008, "La fórmula del peso"... cit., p. 15

³⁰² Cfr. Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293.

No obstante, no se cumplen los requisitos necesarios para que lo sostenido por Marcelino Perelló constituya un discurso de odio que incite a la violencia. Los dichos no configuran la categoría de discurso de odio en los términos desarrollados en los estándares de la Comisión Interamericana, expuestos a detalle en el segundo capítulo.

Existen seis elementos que deben cumplirse, de acuerdo con la CIDH, para poder señalar a una expresión como discurso de odio. No se abordarán cada uno de los pasos del examen sino únicamente aquel que permite afirmar y descartar que nos encontremos ante un discurso de odio. El criterio particular que no pasaría el examen es el de “la posibilidad, inclusive la inminencia, de que exista una probabilidad razonable de que el discurso tenga éxito en incitar a una acción real contra el grupo al que se dirige, reconociendo que esa relación de causalidad debe ser más bien directa”³⁰³.

Como puede advertirse, el discurso que buscar ser censurado debe ser el causante de alguna acción en contra del grupo sobre el cual se está hablando. Es decir, para superar el estándar es necesario que se emita un discurso y que este lleve a que se violente a una persona prácticamente de forma inmediata a la emisión del mismo. Este estándar es el que se encuentra detrás del recurrido ejemplo de la Corte estadounidense sobre gritar fuego en un lugar lleno de gente, lo que inmediatamente provoca es una estampida que daña a cualquiera en las inmediaciones del recinto.

Este estándar ha sido empleado por distintas instancias, como la Suprema Corte de Estados Unidos, para dar preferencia a la libertad de expresión sobre otros derechos. Incluso, estos estándares han llevado a un extremo en el que la libertad de expresión no puede ser limitada debido a que la prueba del nexo causal entre el discurso y una acción es muy complicado de demostrar.

En el caso que nos ocupa, Perelló habla sobre su concepción de la violación e insiste en estereotipos sobre las mujeres. En primer lugar, difícilmente sus expresiones llaman a la acción. Insisten en la normalización de ciertas

³⁰³ Comisión IDH. Informe sobre Violencia contra Personas Lesbianas... cit. párr. 11

conductas y en las supuestas exageraciones que éstas producen, pero él no llama a que se viole mujeres o que se les levante la falda. Incluso, si lo hubiera hecho, es necesario probar que lo que dijo produjo una acción en la que se violentara a una mujer.

Con base en lo argumentado, es posible afirmar que el discurso de Marcelino Perelló no constituye discurso de odio, por lo cual no es susceptible a ser censurado. Bajo esta lógica, el discurso se encuentra dentro de los parámetros de protección de la libertad de expresión conforme a los estándares desarrollados jurisprudencialmente hasta la actualidad.

En conclusión, el grado de intervención en el derecho a la libertad de expresión es grave y la medida tomada hace que el derecho sea afectado de la mayor forma posible.

A continuación, se procederá a analizar la proporcionalidad estricta de la medida previa a la restricción a la libertad de expresión, es decir, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión que tuvo como consecuencia una limitación a la igualdad y no discriminación de las mujeres.

El ejercicio libre de la libertad de expresión permitió que Marcelino Perelló emitiera comentarios que perpetúan estereotipos sobre las mujeres y minimizan la violencia que sufren. Como se señaló previamente, los dichos no encuadran en un tipo de discriminación directa puesto que los comentarios no significan un trato diferenciado que menoscaba derechos. Lo anterior se debe a que los comentarios están lejos de ser una acción que pueda ser medida en contra de una persona en particular.

El discurso de Perelló se puede entender como discriminación si se parte del reconocimiento de la existencia de un sistema basado en la diferenciación del género en el que se atribuyen roles y papeles secundarios a las mujeres. Bajo este orden de ideas, podría argumentarse que los comentarios como aquellos emitidos por Perelló afectan el derecho a la igualdad de las mujeres como grupo.

Sin embargo, una afectación a los derechos de un grupo, conforme a lo recogido a partir de la jurisprudencia y teoría sobre la libertad de expresión y no discriminación, hace que la intervención pueda ser considerada únicamente como moderada. Lo anterior debido a que el sistema de prueba de daño está basado en la afectación real y concreta a los derechos de una persona y en este caso no existe alguien en particular al que se le estén afectando sus derechos.

Podría reconocerse que existe una afectación con base en el tipo de comentarios que fueron emitidos hacia la colectividad de las mujeres. No obstante, resulta complicado argumentar y demostrar el daño causado a una persona a partir de estos comentarios.

A partir de lo expuesto es posible afirmar que la afectación al derecho a la libertad de expresión fue grave. Por otro lado, en razón de las complejidades de la medición de afectaciones a derechos colectivos, la intervención en el derecho a la igualdad y no discriminación se debe considerar como moderada.

e) La no anulación de ninguno de los derechos

El criterio de no anulación de los derechos se encuentra íntimamente relacionado con la noción de ponderación como armonización de derechos. Este requisito permite que cualquiera de los derechos que estén enfrentados, a pesar de que sea el que resulte más restringido en la ponderación, no sea cancelado para salvar al otro. El derecho será garantizado en menor medida pero no se volverá inexistente.

Aunado a lo anterior, como afirma Vázquez, este criterio debe tener en cuenta la no invasión del núcleo esencial del derecho, entendido como “el establecimiento de elementos mínimos que el Estado debe proveer a cualquier persona de forma inmediata y sin que medien contra-argumentaciones fácticas de imposibilidad provenientes de escasez de recursos o elementos semejantes”³⁰⁴. Lo desarrollado sobre el núcleo esencial del derecho ha estado

³⁰⁴ Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel. Los derechos en acción, cit... p. 100

vinculado principalmente con derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, las partes del test incluyen cuestiones presupuestales, nociones de progresividad y no regresividad, entre otros rubros.

Una vez identificado en el punto anterior que la medida no cumplió los requisitos de proporcionalidad, lo que debería resultar en este apartado es que la ponderación que armonice los derechos, no atente en contra del contenido esencial de ninguno. Para lograrlo, es necesario identificar las obligaciones básicas de cada derecho. En primer lugar se analizarán las obligaciones de la libertad de expresión y posteriormente las de igualdad y no discriminación.

La libertad de expresión tiene como finalidad que exista una libre circulación de ideas en las que el Estado no intervenga y censure al emisor, con excepción de ciertos casos previstos. En este sentido, la intervención del Estado para acallar algún discurso protegido por la libertad de expresión, a través de medios directos o indirectos, configuraría una intrusión al núcleo mínimo del derecho.

Para lograr el respeto al núcleo mínimo del derecho se podría adoptar alguna de las medidas señaladas previamente, como la emisión de lineamientos, etcétera. Una vez analizado la libertad de expresión se procederá a examinar el derecho a la igualdad y no discriminación.

La igualdad y no discriminación tiene como finalidad que todas las personas sean consideradas igualmente dignas, abrazando las diferencias que existan entre ellas. El núcleo mínimo del derecho está relacionado con un deber de respeto en el que el Estado no debe hacer o permitir que se hagan diferenciaciones entre personas debido a su pertenencia a grupos históricamente discriminados.

Como se argumentó previamente, en el caso que nos ocupa, no existió una violación al núcleo del derecho toda vez que la acción no fue una medida que afectara individualmente a una persona. Bajo esta lógica, las medidas que se proponen estarían en sintonía con la protección del núcleo mínimo de ambos derechos.

4.4 Resultado de la ponderación

En atención a los estándares recogidos en todo este trabajo de investigación, el resultado de una ponderación para el caso de Marcelino Perelló tendría múltiples consecuencias.

En primer lugar, a partir del análisis de los criterios de proporcionalidad estricta es posible notar que la restricción aplicada a la libertad de expresión, a favor de la igualdad y no discriminación, no fue la medida menos lesiva y tuvo como resultado una intervención grave en el derecho conforme a los estándares aplicables. Por otro lado, debido a la complejidad de la demostración de una afectación, la intervención en el derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres es moderada.

Aunado a lo anterior, como se señaló en diversas ocasiones, existen otras medidas que podrían garantizar ambos derechos y que restringen en menor medida la libertad de expresión. Además de los mecanismos señalados, existe otra propuesta, planteada por diversos actores, que consiste en nunca atentar en contra de la libertad de expresión, apostar a la discusión pública y que esto tendrá como consecuencia que las expresiones discriminatorias caigan por su propio peso.

Sin duda existen tipos de discursos que pueden quedar fuera de la protección de la libertad de expresión y no serían objeto de ponderación. Sin embargo, como se demostró, de acuerdo con el examen sobre discurso de odio, las expresiones de Perelló no encuadran dentro del supuesto.

En conclusión, la medida aplicada fue demasiado restrictiva y dejó sin protección a la libertad de expresión. En razón de lo anterior, entendiendo a la ponderación como armonización, se debería adoptar una medida diversa y menos lesiva que intente balancear ambos derechos humanos. Esto podría tener como consecuencia la reinstalación del programa en pos de garantizar la libertad de expresión de Marcelino Perelló.

4.5 Apuntes sobre la ponderación en los casos de libertad de expresión y discriminación estructural en contra de las mujeres

De lo argumentado fue posible concluir que la aplicación de una ponderación entre la libertad de expresión y un caso de discriminación estructural, que no constituya discurso de odio, resultaría, en la mayoría de los casos, a favor de la libertad de expresión.

Como es posible advertir a través del examen del caso de Marcelino Perelló y de los desarrollos teóricos presentados, la libertad de expresión tiene un papel protagónico y de gran importancia en las sociedades bajo un sistema democrático. La libertad, desde la construcción de los sistemas que predominan en la actualidad, ha tenido un rol central.

Lo anterior podría explicarse a través de la construcción de los derechos humanos. Como se anotó en el segundo capítulo de este trabajo, los derechos nacieron de una lucha necesaria para limitar al poder y lograr espacios de no intromisión del Estado. Las ideas liberales que se encuentran detrás de la estructura política de los sistemas actuales sigue insistiendo en una visión de límite para que las personas actúen de forma autónoma y no se preocupa por otras visiones de la libertad de expresión como propone Owen Fiss. Sin embargo, esta vertiente del pensamiento no reparó que en la mayoría de los países, solo un número reducido de personas podría ser verdaderamente capaz de, ante un poder político limitado, actuar de acuerdo con su voluntad por las otras condicionantes que existen, como el poder económico.

En la actualidad, donde la mayoría de los países ha reconocido a los derechos humanos, no solo los de libertad sino también a los económicos, sociales y culturales, como elementos fundantes del Estado, es necesario tomarse en serio la universalidad de los derechos. Si se entiende a la universalidad desde la perspectiva de Ferrajoli, es decir, como igualdad para todas y todos en los mismos derechos, la agenda pendiente de la discriminación estructural, hace que aún existan grandes retos para la garantía de los derechos.

Asimismo, resulta indispensable examinar el papel de la libertad de expresión en una sociedad democrática. Como afirma Fiss, de los dos principios de la

libertad de expresión, la autonomía y el debate público, en ciertos casos se debe optar por un papel enriquecedor de la libertad de expresión sobre el de vehículo para que cualquier persona pueda decir lo que sea³⁰⁵.

En este sentido, se debe pensar en una dimensión extra como la igual garantía de la libertad de expresión e incluso de todos los derechos para que cuando se piense en ellos, la dimensión más importante a cumplir sea la de la igualdad. Esto cobra particular importancia en países como México en el que existen grandes problemas en el cumplimiento de derechos a grupos históricamente discriminados. Si se piensa en que la mitad de la población de nuestro país es mujer, prácticamente a ese gran número de personas no se les están garantizando sus derechos humanos de forma efectiva en función de la desigualdad estructural en la que viven.

Continuando con la libertad de expresión, también es posible pensar que ésta puede no tener un papel protagónico sino que podría ponerse al mismo nivel que otros derechos e incluso dejar que el derecho a la igualdad y no discriminación sea el protagonista y base en la construcción del estado democrático constitucional. En realidad la igualdad y no discriminación parte como base para la garantía de los derechos, la libertad de expresión incluida.

Lo anterior podría tener como consecuencia práctica que en los casos de ponderación donde se enfrente la libertad de expresión y la no discriminación en su vertiente estructural, sea posible pensar en medidas como la adoptada por la UNAM para el caso Perelló puedan sostenerse, contrario a lo que resultó en el examen de ponderación. Una vía podría ser argumentando, desde la perspectiva de Fiss, que la reproducción de discurso estereotípico no aporta en lo absoluto al debate público.

Incluso, podría pensarse en un paso adicional al examen de ponderación de Daniel Vázquez. Por ejemplo, en el supuesto de encontrarnos ante casos donde exista discriminación estructural en contra de un grupo históricamente discriminado, se deba hacer un análisis de contexto. A partir de la lectura del

³⁰⁵ Cfr. Fiss, Owen. Libertad de expresión y estructura social,. cit...

contexto en el que se encuentre el grupo perjudicado podría existir un agravio mayor al grado de intervención en el derecho humano. Lo anterior, con base en la demostración de la situación de opresión y subordinación del grupo.

En el punto anterior se pone el acento en la discriminación estructural pero esto no debería llevar a decisiones como la de la Suprema Corte mexicana sobre la prohibición de discurso discriminatorio. Este tipo de determinaciones podría tener como consecuencia la existencia de palabras prohibidas en el sistema jurídico.

Conclusión

En este último capítulo se realizó una aplicación práctica para el caso de Marcelino Perelló a partir de lo desarrollado a lo largo de este trabajo de investigación. La conclusión fue interesante ya que del análisis aplicable en la actualidad, la medida realizada por la UNAM resultaría demasiado restrictiva para la libertad de expresión.

No obstante, como se expuso en el último apartado del capítulo, esta corriente de interpretación resulta problemática para el derecho a la igualdad y no discriminación. Con las herramientas jurídicas desarrolladas hasta este momento se sigue dando un protagonismo a la libertad de expresión por encima de muchos derechos.

La igualdad, materia pendiente, sigue quedando relegada en estas interpretaciones jurídicas. Por lo cual, es necesario hacer un estudio aún mas profundo de las herramientas adecuadas para lograr la universalidad de los derechos, incluida la libertad de expresión para todas las personas.

Sobre la pregunta que intentaba responder el trabajo de investigación, sobre si la ponderación es el examen adecuado para los casos en los que se enfrentan la libertad de expresión y no discriminación estructural en contra de las mujeres, la respuesta es sí y no.

La ponderación definitivamente es el mejor examen para estudiar conflicto de derechos pues parte de la idea principal de la armonía entre principios. Lo cual tendría como resultado que ninguno de los derechos quede sin garantía.

Por otro lado, de acuerdo con los pasos previstos por Vázquez, estos no resultan suficientes para solucionar los casos de discriminación estructural debido a las particularidades de este tipo de discriminación. Sin embargo, el mismo autor prevé que de necesitarse pasos extra para solucionar una problemática de derechos, estos pueden ser agregados a al examen.

En este sentido, la propuesta sería agregar un nuevo paso en los casos que se encuentre en colisión la discriminación estructural.

Conclusiones

- ***Conclusiones primer capítulo***

El primer capítulo de la investigación permitió realizar un estudio de la teoría mediante la cual las normas jurídicas se dividen en principios y reglas. En un inicio, los sistemas jurídicos tenían como fin principal proporcionar de seguridad jurídica a las y los ciudadanos para que el gobierno de las leyes prevaleciera frente al gobierno de los hombres. Sin embargo, a partir del paso del tiempo, la complejización de las sociedades y la positivización de los derechos humanos, se requería un cambio en la rigidez de las normas para que en los casos difíciles los tribunales pudieran interpretar de forma más libre y dar respuesta a casos en las que algunas reglas del mismo nivel estaban enfrentadas.

Una vez identificada la diferencia entre normas fue posible demostrar como los derechos humanos se insertan perfectamente en la categoría de principios. Por ejemplo, debido a la titularidad universal de los derechos humanos, éstos tienden a colisionar entre ellos ya que el ejercicio del derecho de una persona muchas veces afecta el derecho de otra persona; como ocurre con la libertad de tránsito y el derecho a la protesta.

Como fue expuesto en el primer capítulo, los derechos humanos son inalienables por lo cual no pueden ser sustraídos o negados a las personas por lo cual deben ser optimizados para que se garanticen en la mayor medida de lo posible a cada titular de los mismos. En este sentido, el funcionamiento de las normas-regla, bajo el cual en caso de colisionar una tiene que ceder ante la otra y es eliminada en su totalidad, no es factible para el caso de los derechos humanos.

Bajo este orden de ideas, la construcción teórica de la primera mitad del capítulo permite concluir que es necesario interpretar a los derechos humanos como principios para que sea posible la convivencia de las personas en las democracias constitucionales. Esto debido a que este tipo de sistemas se encuentran basados en el respeto y garantía de los derechos fundamentales de la ciudadanía.

Una vez demostrada la necesidad de la interpretación de los derechos humanos como principios, se debe buscar el método adecuado para la resolución de conflictos entre derechos. De acuerdo con la literatura sobre el tema, se llegó a la conclusión que el mejor método para la colisión entre derechos es la ponderación desarrollada por Robert Alexy y reconstruida por Daniel Vázquez. Este método fue empleado en el último capítulo de la investigación para resolver el conflicto de derechos entre la libertad de expresión y el derecho a la no discriminación en contra de las mujeres.

- ***Conclusiones segundo capítulo***

El segundo capítulo del trabajo fue una revisión tanto teórica como jurídica del derecho a la libertad de expresión. El estudio tenía como objetivo lograr un conocimiento amplio del derecho para realizar una interpretación adecuada al momento de realizar el examen de ponderación.

Al finalizar el estudio teórico fue posible concluir que se le ha dado un papel central a la libertad de expresión para el funcionamiento y evaluación de las sociedades liberales. Como se apuntó en el capítulo respectivo, Norberto Bobbio la reconoce como una de las libertades de los modernos o el Sistema Interamericano de Derechos Humanos la identifica como una pieza fundamental de las democracias de la región.

Asimismo, la investigación permite afirmar que la libertad de expresión es ejercida principalmente como libertad negativa, es decir, como una esfera donde el Estado no debe intervenir y debe permitir al individuo hacer lo que desee. Sin embargo, también existen algunas voces que pugnan por una nueva concepción de la libertad de expresión en la cual su función principal debe ser la aportación al debate público.

Esta idea, promovida principalmente por Owen Fiss, afirma que en una sociedad desigual, donde muchas voces no pueden ser escuchadas debido a la dificultad de acceder a medios para difundir ideas, el fin principal de la libertad de expresión debe ser el enriquecimiento de la discusión pública. Esto

se encuentra en oposición a la visión liberal de la libertad de expresión como una mera no intervención del Estado.

El cambio de visión permite pensar a la libertad de expresión como un elemento igualador que es valioso en tanto permita que se escuchen todas las voces, no únicamente las dominantes. Asimismo, resalta la importancia de la igualdad sobre la que se deben de construir los derechos. De nada sirve que no haya intervención del Estado si sistemáticamente pocas personas son las que pueden acceder a los medios para que se difundan sus ideas.

Después de exponer las bases teóricas de la libertad de expresión, la investigación se enfocó en el estudio de modelos de la libertad de expresión. Se revisaron dos modelos distintos de protección a la libertad de expresión, el estadounidense y mexicano. A partir de la comparación fue posible obtener diversas conclusiones sobre las diferencias de los sistemas de protección.

La diferencia más importante de ambos modelos y que impacta directamente en la forma en que se aplicará el modelo mexicano en la ponderación, es la forma de protección al discurso de odio y las expresiones discriminatorias. Por un lado, el modelo estadounidense se ha caracterizado por inclinarse hacia la libre circulación de las ideas, en casos en los que las expresiones incluso rayaban con la violencia.

Por ejemplo, en casos en los que se ha elegido como blanco a personas afroamericanas de allanamiento de morada para la quema de objetos en su patio, la Corte estadounidense ha determinado que la legislación bajo la cual se procesó a las personas, era violatoria de la libertad de expresión. El argumento fue que la legislación se enfocaba en prohibir cierto tipo de discurso, el discriminatorio, lo cual está prohibido por la Primer Enmienda. Lo que la Primer Enmienda únicamente puede permitir es la prohibición de la forma en que se transmite el mensaje como puede ser de forma amenazadora, obscena, etcétera. En conclusión, las ideas per se no pueden ser censuradas.

En cambio, el modelo mexicano ha considerado a expresiones discriminatorias como exentas de la protección de la Constitución, como en el amparo Amparo

2806/2012, resolución que sería abominable para la Corte estadounidense. La Corte mexicana que el uso de un insulto que se encuentra relacionado con cierto grupo discriminado históricamente, es suficiente para discriminar e incluso promover el odio.

Es interesante como la Corte estadounidense requiere prácticamente de un acto de violencia explícito para pensar en limitar este tipo de expresión. En contraste, la Corte mexicana, en este caso aislado, sostiene que la existencia de un ambiente de exclusión e intolerancia hacia grupos históricamente discriminados y el uso de insultos que se refieran a éstos, basta para que puedan haber límites a la libertad de expresión.

El capítulo permite tener una guía para la aplicación del derecho a la libertad de expresión en casos concretos. Lo más importante es que las diferencias permiten problematizar y obligan a tomar postura sobre como se interpretará la libertad de expresión, una concepción muy liberal como la Corte estadounidense o fuertemente intervencionista como la mexicana.

- ***Conclusiones tercer capítulo***

El tercer capítulo se centró en el derecho a la no discriminación de las mujeres. En consonancia con el capítulo anterior se realizó un estudio teórico y jurídico de este derecho. En particular, el estudio se enfocó en la discriminación en su vertiente estructural pues es el tipo que existe en el caso a ser ponderado.

La revisión teórica de la igualdad como principio detrás de la no discriminación permite entender como ésta sigue siendo una asignatura pendiente. La existencia de grupos discriminados históricamente, quienes en ciertos casos apenas están logrando cierto reconocimiento como las personas mayores, hace cuestionarse los avances y retos de la igualdad. Dentro de estos grupos históricamente discriminados se encuentra el de las mujeres en el cual se centró la tesis.

El entendimiento de la problemática sobre el logro de la igualdad para las mujeres pasa de forma necesaria por la lucha feminista. El feminismo fue pionero en el cuestionamiento de la desigualdad existente entre hombres y

mujeres. Este movimiento llevó a preguntar cuáles eran las razones bajo las cuales se cimentaba una sociedad en la cual se excluía de diversas formas a las mujeres. De los estudios resultaron ideas importantes como la diferencia entre sexo y género o la identificación de estereotipos que encasillan y a veces encarcelan a las mujeres en ciertos roles.

La identificación de estereotipos sobre las mujeres permite iniciar a comprender la dinámica de la discriminación. De la lectura de diversas fuentes es posible concluir que los estereotipos, al ayudar a enfrentar la realidad a través de un filtro previo que asigna características a las personas, hacen que se espere algo de esas personas.

En este sentido, cuando una persona se escapa del estereotipo que ha sido construido a través de los años provoca, un choque en la mente de las demás personas con esta forma simple de enfrentar la realidad. Esta situación pone a la sociedad ante un terreno desconocido. La mayoría de las personas, en vez de aceptar esta variación, se sienten agredidas en su forma de comprender el mundo y desata una serie de reacciones negativas en contra de las personas que se escapan de sus estereotipos.

Las mujeres, un grupo que funcionaba bajo ciertas reglas impuestas por la sociedad, que las constreñía principalmente en sus papeles de madres y esposas, al separarse de estos roles básicos eran y son rechazadas y por tanto discriminadas. Aunado a lo anterior, los estereotipos arraigados llevan a pensar que en realidad las mujeres solo podían dedicarse a estos papeles históricamente dejados a ellas.

La discriminación entra en acción cuando los estereotipos imperan y las personas actúan conforme a ellos, no permitiendo que los grupos históricamente discriminados vivan de acuerdo con sus propias decisiones. Aún más grave es cuando el sistema social, económico, jurídico y político está construido conforme a estos estereotipos y hacen que, por ejemplo, las mujeres tengan barreras invisibles para estudiar ingeniería o para ser presidentas del país.

La identificación de que el problema de la discriminación va más allá de la acción de una persona, sino que en realidad trasciende hacia la construcción de un sistema basado en estos estereotipos, hace cuestionar que los primeros acercamientos hacia la discriminación sean suficientes. En este sentido, la discriminación directa, regulada en tratados internacionales, pasó a ser insuficiente para tratar con el problema. Así, surgieron nuevas aproximaciones como la discriminación indirecta y la discriminación estructural.

Las y los autores que han tratado el tema de la discriminación estructural han llegado a la conclusión de que ésta es un proceso difuso que refleja la construcción de un sistema desigual que oprime a un grupo favoreciendo a otro. Asimismo, afirman que es un fenómeno normalizado y arraigado que complica la identificación de conductas que perpetúan el problema.

A partir de la investigación realizada se identificó que el análisis de la discriminación estructural se encuentra en una etapa inicial y apenas ha comenzado a pensarse desde el ámbito jurídico. Algunos tribunales internacionales de derechos humanos han iniciado a analizar casos a través del concepto de la discriminación estructural pero aún existen dificultades para la demostración jurídica de la misma. Esto fue particularmente claro en el análisis del caso concreto en el último capítulo de la tesis.

• Conclusiones cuarto capítulo

El último capítulo fue una aplicación de todas las herramientas desarrolladas a lo largo de la investigación para analizar el caso de Marcelino Perelló. Éste caso fue muy interesante para analizar ya que, como se demostró en el respectivo capítulo, la conducta desplegada por Perelló no puede ser considerada como discriminación directa.

La afirmación anterior se basa en que el discurso de Perelló, que habla de una forma generalizada de las mujeres, no necesariamente representa un menoscabo o anulación de derechos de una persona en específico. La prueba del menoscabo o anulación es un elemento fundamental para probar la discriminación directa. Por la razón expuesta resulta prudente analizar el caso

bajo la discriminación estructural ya que los dichos de Perelló son un reflejo del sistema desigual entre mujeres y hombres.

El ejercicio de ponderación se realizó conforme a los pasos indicados en el examen de Daniel Vázquez. A partir del mismo se determinó que en efecto existía un conflicto entre derechos, que lo dicho por Marcelino Perelló no constituye discurso de odio y por último, que la medida impuesta por la Universidad Nacional fue demasiado restrictiva de la libertad de expresión.

Además, a partir de lo desarrollado en el segundo capítulo y verificado en la ponderación, tener presente a la libertad de expresión en un caso como el que se estudió, hace que el resultado sea bastante previsible. La importancia que se le ha dado a la libertad de expresión en las democracias contemporáneas tiene como consecuencia que la balanza se incline hacia ella.

La aplicación de la ponderación permitió que la investigación pudiera realizar un cuestionamiento, aún más profundo que el pretendido en un inicio, respecto del resultado. En función de que el papel preponderante de la libertad de expresión era previsible, es necesario replantearse el papel que se está dando a la libertad sobre la igualdad.

Esto es particularmente importante en Estados como el mexicano, que está comprometido con la garantía de los derechos humanos en sentido amplio. De la investigación realizada se llegó a la conclusión más importante de la tesis, la profunda desigualdad en que vivimos, que se ve reflejada en los distintos grupos históricamente discriminados hace que quizá se necesite replantear el enfoque a través del cual se interpretan los derechos humanos.

Si se continúa bajo una visión primariamente liberal, quizá los derechos humanos nunca puedan ser verdaderamente garantizados. Si no se pone atención en la igualdad, las personas que se encuentren en los grupos dominantes bajo los esquemas desiguales serán los únicos a los que se garanticen los derechos. Por estas razones, el estudio de la dinámica de la discriminación estructural resulta primordial para poder combatir las grandes desigualdades antes las que nos enfrentamos en nuestro país.

La presente tesis realizó y agotó el análisis previsto de la funcionalidad de la ponderación para los casos de colisión entre la libertad de expresión y discriminación estructural en contra de las mujeres. El estudio llevó a concluir que la ponderación es el método adecuado, sin embargo, necesita de un paso adicional para que el examen sea más completo.

Para solucionar la cuestión anterior, podría por ejemplo pensarse en un paso adicional al examen de ponderación de Daniel Vázquez. Una idea podría ser que en caso de encontrarnos ante casos donde exista discriminación estructural en contra de un grupo históricamente discriminado, se deba hacer un análisis de contexto. A partir de la lectura del contexto en el que se encuentre el grupo perjudicado podría existir un agravio mayor al grado de intervención en el derecho humano. Lo anterior, con base en la demostración de la situación de opresión y subordinación del grupo. Esta es una idea que nació a partir del análisis de esta investigación, sin embargo, la rebasa.

Además, el análisis permitió la identificación de una problemática grave que es aún incipiente en el ámbito jurídico. Con base en los hallazgos expuestos, se pretende y desea ahondar en el tema de la discriminación estructural para el ámbito jurídico en futuras investigaciones.

Bibliografía

Libros

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

Alexy, Robert. “La fórmula del peso”, en CARBONELL, Miguel (ed), El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. 2a Edición, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

Bello, Álvaro. “Los pueblos indígenas y las contradicciones de la globalización” en Globalización, derechos humanos y pueblos indígenas, Chile, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas, 2008.

Bernal Pulido, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”, en CARBONELL, Miguel (ed), El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Bernal Pulido, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Blanc Altemir, Antonio. “Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal”, en La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal, España, Universitat de Lleida / Tecnos / ANUE, 2001.

Bobbio Norberto. Liberalismo y democracia, México, trad. de J. F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, 1989.

Bobbio, Norberto. Teoria generale della politica, Einaudi, Turín, 1999.

Carbonell, Miguel. "Notas sobre la libertad de expresión en México", en Carbonell, Miguel (comp.), Problemas contemporáneos de la libertad de expresión, México, Porrúa-CNDH, 2004.

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Herramientas para una comprensión amplia de la igualdad sustancial y la no discriminación. México, CDHDF, 2011.

Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. Glosario de términos relacionados con violencia y género, CONAVIM, México, 2010.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. La discriminación y el derecho a la no discriminación, México, CNDH, 2012.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos. México, CNDH, 2016.

Cook, Rebecca J. y Cusack, Simone. Estereotipos de género. Perspectivas Legales, Transnacionales, trad. Andrea Parra, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 2009.

Díez-Picazo, Luis. Sistema de Derechos Fundamentales, 4ta Edición, Thomson-Civitas, p. 46, 2013.

Dworkin, Ronald. Taking rights seriously. 5ta Edición, New Heaven, Harvard University Press, 2008.

Faundéz Ledesma, Héctor. Los límites de la libertad de expresión. México, IIJ-UNAM, 2016.

Ferrajoli, Luigi. "El principio de igualdad y la diferencia de género", en Juan A. Cruz Parceró y Rodolfo Vázquez (coords.), Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres, Fontamara-SCJN, México, 2010.

Ferrajoli, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. 6ta Edición, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Editorial Trotta, 2009.

Ferrajoli, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Estructuras y procesos, Derecho. 4ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2009.

Ferrajoli, Luigi. Sobre los derechos fundamentales y sus garantías, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006.

Ferrer McGregor, Eduardo. Derechos Humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Fundación Konrad Adenauer, México, 2013.

Gamba, Susana. "Feminismo: historia y corrientes", en Diccionario de estudios de Género y Feminismo. Editorial Biblos, 2008.

Giménez Gluck, David. Juicio de igualdad y tribunal constitucional. España, Editorial Bosch, 2004.

Guastini, Riccardo. Los principios en el derecho positivo, in Id., Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho, Traducción de Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999.

Huerta Ochoa, Carla. Conflictos normativos. 2a. ed. México, UNAM-IIJ, 2016.

Jaramillo, Isabel. La crítica feminista al derecho, en Robin West, Género y teoría del derecho, Bogotá, Siglo de Hombres Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000.

Lamas, Marta. "La antropología feminista y la categoría género", en Cuerpo, Diferencia Sexual y Género, Taurus, México, 2002.

Lamas, Marta. La perspectiva de género, En Hablemos de Sexualidad: lecturas. México, ConapoMexFam, 1996.

Mill, John Stuart. On Liberty. Ontario, Batoche Books Limited, 2001.

Páez, Darío. "Relaciones intergrupales" en Psicología Social, Cultura y Educación, Madrid, Pearson Educación, 2004.

Pou Giménez, Francisca. "La libertad de expresión y sus límites." en Derechos humanos en la Constitución: Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana, en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo et al, México, SCJN-UNAM-IIJ-Konrad Adenauer Stiftung, 2013.

Prieto Sanchís, Luis. "Diez argumentos sobre los principios." Ley, Principios, Derechos. Madrid, S. L.- Dykinson, 2002.

Prieto Sanchís, Luis. Justicia constitucional y derechos fundamentales, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

Rowlands, Joanne. Questioning Empowerment. Working with Women in Honduras, Oxford, Oxfam, 1997.

Ruane, Kathleen Ann. Freedom of Speech and Press: Exceptions to the First Amendment, CRS Report for Congress (Prepared for Members and Committees of Congress), Congressional Research Service, 2014.

Saba, Roberto. (Des)igualdad estructural, en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella (coords.), El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

Salazar Ugarte, Pedro. La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual. México, Instituto Belisario Domínguez, 2014.

Salazar, Pedro y Gutiérrez, Rodrigo. El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación. Tensiones, relaciones e implicaciones. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, CONAPRED, 2008.

Salazar, Pedro. La democracia constitucional. Una radiografía teórica. México, Fondo de Cultura Económica, 2011.

Santiago Juárez, Mario. Igualdad y acciones afirmativas, México, IIJ-UNAM, 2007.

Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel. El enfoque de derechos humanos, México, Flacso-México (col. Guías de estudio de la Maestría en Derechos Humanos y Democracia), Mimeo, 2012.

Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel. Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos. México, FLACSO-México, 2013.

Serrano, Sandra. "Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos, en Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana I, coords. Ferrer, Eduardo, Caballero, José Luis y Steiner Christian, México, UNAM, SCJN y Fundación Konrad Adenauer, 2013.

Shiffrin, Steven. The First Amendment and the Meaning of America, in IDENTITIES, POLITICS, AND RIGHTS 307, Austin Sarat & Thomas R. Kearns eds., 1995.

Silva García, Fernando. Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial. México, Porrúa, 2012.

Sirvent, Consuelo. Sistemas jurídicos contemporáneos, 15 ed, México, Editorial Porrúa, 2011.

Strauss, David. Freedom of Speech and the Common-Law Constitution, in Eternally Vigilant: Free Speech in the modern era 33, Lee C. Bollinger & Geoffrey R. Stone eds., 2002.

Vázquez, Daniel et al. Derechos humanos y restricciones: Los dilemas de las justicia, México, Editorial Porrúa, 2015.

Vázquez, Daniel y Serrano, Sandra. "Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica", en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma. México, Porrúa, 2011.

Vázquez, Daniel. Test de razonabilidad y derechos humanos: Instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo de recursos disponibles. México, UNAM-IIJ, 2016.

Young, Iris Marion. La justicia y la política de la diferencia, Trad. de Silvina Álvarez Madrid, Editorial Cátedra, 2000.

Zagrebelsky, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. 9na Edición, trad. de Marina Gascón, Madrid, Editorial Trotta, 2009.

Artículos académicos

Abramovich, Víctor. Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Anuario de Derechos Humanos, Santiago, No. 6, 2010).

Afanador Contreras, María Isabel y Caballero Badillo, María Claudia. La violencia sexual contra las mujeres. Un enfoque desde la criminología, la victimología y el derecho, Reflexión Política, vol. 14, núm. 27, 2012.

Aguilera Rull, Ariadna. Discriminación directa e indirecta. Comparación y crítica del concepto de discriminación en el Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz y en el Proyecto español de Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, InDret Revista per a l'anàlisi del Dret, Barcelona, núm 1/2007, enero de 2007.

Aguiló Bonet, Antoni. Los Derechos Humanos como campo de luchas por la diversidad humana: Un análisis desde la sociología crítica de Bonaventura de Sousa Santos. universitas humanística no.68 julio-diciembre de 2009.

Alexy, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional núm. 11, enero-junio 2009.

Alexy, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales, Revista Española de Derecho Constitucional, año 22, n. 66, septiembre-diciembre 2002.

Añón, María José. Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. ISONOMÍA, México, núm. 39, octubre 2013.

Arroyo Jiménez, Luis. Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo, Revista para el Análisis del Derecho, Madrid, 2009.

Ashmore, Richard D. y Del Boca, Frances K. Sex Stereotypes and Implicit Personality Theory: Toward a Cognitive-Social Psychological Conceptualization. En: Sex Roles No. 5, 1979.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. "Sobre principios y reglas", Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho, España, núm. 10 de 1991.

Atienza, Manuel. "Las caricaturas de Mahoma y las libertad de expresión", Revista Internacional de Filosofía Política, 2008.

Barrère Unzueta, Ma. Ángeles y Morondo Taramundi, Dolores. Subdiscriminación y discriminación interseccional: Elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 45 2011.

Bernal Pulido, Carlos. "Estructura y límites de la ponderación", Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, España, núm. N. 26 de 2003.

Cañizález, Andrés. Libertad de expresión y democracia: relación indisoluble. Revista Comunicación N. 131. Estudios Venezolanos de comunicación, 2005.

Cárdenas Gracia, Jaime. 2014, "Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad.", Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie, año XLVII, núm. 139, enero-abril de 2014.

Chemersinsky, Erwin. Content neutrality as a central problem of Freedom of Speech: Problems in the Supreme Court's application, Southern California Law Review Vol. 74:49: 2000.

Farias Batlle, Pedro. La prensa y las transiciones políticas a la democracia. Revista Comunicar 13, 1999.

Ferrajoli, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, Núm. 15 de 2006.

Fiss, Owen. Free Speech and Social Structure. Iowa Law Review, number 71, 1986.

Fiss, Owen. Groups and the Equal Protection Clause. Philosophy and Public Affairs, New Jersey, vol. 5, núm.2, Invierno 1976.

Freixes Montes, Jordi. La protección constitucional de la libertad de expresión en Estados Unidos: ¿Un modelo para Europa? Revista Derecho Privado y Constitución Núm. 10, septiembre-diciembre, 1996.

Garzón Valdés, Ernesto. Algo más acerca del coto vedado. Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 6 de 1989.

Gómez Gamboa, David. Hacia la construcción del Ius Constitutionale Commune en América Latina en materia de libertad de expresión e información. México, IIJ-UNAM, Serie Estudios Jurídicos, núm. 272, 2015.

González Le Saux, Mariana y Parra Vera, Óscar. Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz. Revista IIDH. San José, núm. 47, enero - junio, 2008.

Gonzalez Oropeza, Manuel. Constitución Federal de los Estados-Unidos de América, con dos discursos del general Washington, estudio introductorio Manuel González Oropeza. 1a ed. -- México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación : UNAM. Instituto de Investigaciones Bibliográficas, 2013.

Laporta, Francisco. Sobre el concepto de derechos humanos. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, España, núm. N. 04 de 1987.

Miné, Michel. Los conceptos de discriminación directa e indirecta”, texto revisado de la presentación realizada en el marco de la Conferencia “Lucha

contra la discriminación: Las nuevas directivas de 2000 sobre la igualdad de trato”, Universidad de Cergy-Pontoise, Trèves, marzo-abril, 2003.

Peces-Barba, Gregorio. La universalidad de los derechos humanos. Doxa. N. 15-16, 1994.

Post, Robert. Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law, En: California Law Review No. 88, 2000.

Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel. Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos Consultado el 29 de noviembre de 2016 <http://www.cjslp.gob.mx/SEMINARIO/programa/Panel%20IV/Enfoque%20de%20derechos.%20Operacionalizacio%C2%B4n%20de%20esta%C2%B4ndares%20internacionales.pdf>

Viana Leao, Ingrid. La interdependencia de los derechos humanos: desplazamiento de mujeres en la globalización, Consultado el 3 de diciembre de 2016 <http://www.ossyr.org.ar/pdf/bibliografia/112.pdf>

Williams, Susan. “Feminist Theory and Freedom of Speech, Free Speech Theory.” en Indiana Law Journal, Volumen 84, Article 11, 2009.

Zoller, Elizabeth. The United States Supreme Court and the Freedom of Expression, Indiana Law Journal, Vol. 84:885 2009.

Legislación

Código Penal para el Distrito Federal. Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002. Última reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de junio de 2016.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Última reforma publicada DOF 27-01-2016.

Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, Última reforma publicada DOF 24-03-2016.

Jurisprudencia

Jurisprudencia mexicana

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo directo en revisión 2806/2012.
6 de marzo de 2013

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 2655/2013 de 6
de noviembre de 2013

Suprema Corte de Justicia de la Nación. JURISPRUDENCIA MITIDA POR LA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE
PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A
LA PERSONA.” Tesis P./J. 21/2014, Semanario Judicial de la Federación y su
Gaceta, Décima Época, Tomo I, Libro 5, abril de 2014.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y
OBLIGACIÓN DE NEUTRALIDAD DEL ESTADO FRENTE AL CONTENIDO
DE LAS OPINIONES. Tesis: 1a. CCXV/2009 Semanario Judicial de la
Federación y su Gaceta Novena Época, Tomo XXX, Diciembre de 2009.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL
ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA REQUIERE NO SÓLO QUE LA
INFORMACIÓN DIFUNDIDA HAYA SIDO FALSA, SINO QUE SE HAYA
DIFUNDIDO A SABIENDAS DE SU FALSEDAD O CON LA INTENCIÓN DE
DAÑAR (INTERPRETACIÓN DE ESTE ÚLTIMO ESTÁNDAR). Tesis 1a.
XL/2015 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial
de la Federación. Libro 15, Febrero de 2015.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SE
PRESUME QUE TODAS LAS FORMAS DE EXPRESIÓN SE ENCUENTRAN
PROTEGIDAS POR LA CONSTITUCIÓN. Tesis 1a. CDXXI/2014, Semanario
Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo I, Libro 13,
Diciembre de 2014.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tesis: 1a. CCXV/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo 1, Libro XXII, Julio de 2013.

Jurisprudencia interamericana

Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73

Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257

Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184

Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151

Corte IDH. Caso Fontevecchia y D`Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238

Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205

Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293

Corte IDH. Caso Herrera Ulloa. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107

Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74

Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177

Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia del 1o de febrero de 2006. Serie C No. 141

Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251

Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135

Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245

Corte IDH. Caso Ricardo Canese. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111

Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318

Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318. Voto Razonado Juez Eduardo Ferrer McGregor Poisot

Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193.

Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207

Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5

Jurisprudencia estadounidense

Brandenburg vs Ohio 395 U.S. 444, 446 (1969)(per curiam)

Brown v. Ent. Merch. Ass'n, 131 S. Ct. 2729 (2011).

Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942)

Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U.S. 323 (1974)

Miller v. California, 413 U.S. 15, 27 (1973)

New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)

New York v. Ferber, 458 U.S. 747, 764 (1982)

Police Dept. of City of Chicago v. Mosley 408 U.S. 92 (1972)

R.A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 393 (1992).

Rosenberger v. Rector and Visitors of Univ. of Va., 515 U.S. 819 (1995)

Sable Communications of California, Inc. v. Federal Communications Commission, 492 U.S. 115, 126 (1989).

Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919)

Schneider v. New Jersey, 308 U.S. 147, 161 (1939).

West Virginia Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).

Jurisprudencia Tribunal Europeo

Tribunal EDH. Asunto Ahmet Yildirim Vs Turquía, Demanda no 31111/10, Sentencia de 18 de marzo de 2013.

Tribunal EDH. Asunto D. H. y otros vs Hungría, Demanda no 57325/00, Sentencia del 13 de noviembre de 2007

Tribunal EDH. Caso Karner v. Austria (Application no. 40016/98) Sentencia del 24 de julio de 2003.

Tribunal EDH. Caso Sabri Günes v. Turkey, Gran Cámara, (No. 27396/06) Sentencia de 29 de junio de 2012.

Tribunal EDH. Caso Vejdeland y otros v. Suecia (No. 1813/07) Sentencia del 9 de mayo de 2012.

Otra Jurisprudencia

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-355/06, de 10 de mayo de 2006

Tribunal Constitucional Español, Sentencia 214/1991, de 11 de noviembre (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 1991)

Documento internacional

Asamblea General de la OEA. Resolución 2435 (XXXVIII-O/08).

CIDH y RELE. Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión, OEA documentos oficiales ; OEA Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.

Comisión IDH. Informa Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, Capítulo III. 30 de diciembre de 2009. OEA/Ser. L./V/II/Doc. 51.

Comisión IDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

Comisión IDH. Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión : Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, vol.2, OEA/Ser.L/V/II Doc.48/15 v.2. Capítulo 5.

ECOSOC. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 42 periodo de sesiones, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.

OEA. Carta Democrática Interamericana, Aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 11 de septiembre de 2001.

OEA. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

ONU. Carta de las Naciones Unidas, Adoptada en San Francisco el 26 de junio de 1945.

ONU. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

ONU. Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

ONU. Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Resolución 32/130, Asamblea General, 1977.

ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

ONU. Proclamación de Teherán, aprobada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Teherán, 13 de mayo de 1968.

ONU. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Resolución A/RES/54/263. 25 de mayo de 2000. Entró en vigor el 18 de enero de 2002.

Hemerografía

Animal Político. La UNAM oficializa la salida de Marcelino Perelló como catedrático y conductor de radio. Disponible en: <http://www.animalpolitico.com/2017/05/marcelino-perello-unam-contrato/>

Milenio. Comentarios misóginos de Marcelino Perelló indignada Twitter. Disponible en: http://www.milenio.com/cultura/marcelino_perello-radio_unam-twitter-machismo-violacion-milenio-noticias_0_934106746.html

Proceso. Académicas y trabajadoras de la UNAM denuncian a Marcelino Perelló ante la PGR y Fevimtra. Disponible en: <http://www.proceso.com.mx/483798/academicas-trabajadoras-la-unam-denuncian-a-marcelino-perello-ante-la-pgr-fevimtra>

Radiofórmula. Pidió disculpas a quienes se hayan ofendido, no a quienes me insultan y calumnian: Perelló. Con Ciro Gómez Leyva. Disponible en: <http://www.radioformula.com.mx/notas.asp?Idn=677013&idFC=2017>

Otras fuentes

Barrère Unzueta, Ma. Ángeles. “Derecho fundamental a la igualdad de trato, discriminación estructural y empoderamiento de las mujeres”, ponencia presentada en el encuentro sobre “Crisis económica, género y retribución” organizado por la Defensoría para la Igualdad de Mujeres y Hombres e inserto en los XXVIII Cursos de Verano-XXI Cursos Europeos de la UPV/EHU.

Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas. Resumen Ejecutivo del ser diagnóstico sobre la atención de la violencia sexual en México, Marzo 2016, p.

13. Disponible en:
http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/118490/Resumen_Ejecutivo_diagnosticso_violencia_Sexual_CEAV.pdf

Coordinación de Difusión Cultural. Comunicado sobre Marcelino Perelló. Disponible en: <http://www.saladeprensacdc.unam.mx/index.php/coordinacion-de-difusion-cultural/item/3469-comunicado-sobre-marcelino-perello>

National Archives Página Oficial en Español. Declaración de Derechos, Consultada el 11 de febrero de 2017
<https://www.archives.gov/espanol/declaracion-de-derechos.html>

Presidente de la República de Suráfrica c. Hugo, South African LawReports, Vol. 4, p. 1 (1997) (Suráfrica, Corte Constitucional), párr. 93 (Magistrada Mokgoro, voto concurrente)