

PRESENTACIÓN
José Thompson J.

L'UNIVERSALITÉ NÉCESSAIRE ET INELUCTABLE
DES DROITS INHÉRENTS
À LA PERSONNE HUMAINE / THE NECESSARY
AND INELUCTABLE UNIVERSALITY OF THE RIGHTS
INHERENT TO THE HUMAN PERSON
Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO DE ODIO EN INTERNET
José Juan Anzures Gurría

EL IMPACTO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
EN EL COMBATE DE LA ESCLAVITUD CONTEMPORÁNEA
EN BRASIL: UNA RELACIÓN DE IMPLICACIÓN
Silvio Beltramelli Neto
Mônica Nogueira Rodrigues

LOS DISCURSOS DE ODIO COMO LÍMITE AL EJERCICIO
DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN
Jorge Tomás Broun Isaac

RETOS Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE ACCESO
A LA INFORMACIÓN
Alan Gerardo García Salinas

¿EL DERECHO A LA LACTANCIA MATERNA?
Miluska Orbegoso Silva

LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA A TRAVÉS DEL DIÁLOGO.
LA EXPERIENCIA DE LA PROCURACIÓN PENITENCIARIA
EN ARGENTINA

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE
LOS MIGRANTES IRREGULARES
Nathaly Ramírez Díaz

EL DISCURSO DE ODIO EN LA CADH:
¿IGUALDAD Y/O LIBERTAD DE EXPRESIÓN?
Ricardo F. Rosales Roa

REVISTA IIDH

REVISTA
IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

70

Julio - Diciembre 2019

70

Julio - Diciembre 2019



Embajada de Noruega
Ciudad de México



REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: José Benjamín Cuéllar M.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom

Impresión litográfica: Litografía Versalles

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación..... 7

José Thompson J.

L'UNIVERSALITÉ NÉCESSAIRE ET INELUCTABLE DES DROITS INHÉRENTS À LA PERSONNE HUMAINE / THE NECESSARY AND INELUCTABLE UNIVERSALITY OF THE RIGHTS INHERENT TO THE HUMAN PERSON 13

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE

Libertad de expresión y discurso de odio en internet 37

José Juan Anzures Gurriá

El impacto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el combate de la esclavitud contemporánea en Brasil: una relación de implicación 61

Silvio Beltramelli Neto

Mônica Nogueira Rodrigues

Los discursos de odio como límite al ejercicio del derecho a la libertad de expresión 97

Jorge Tomás Broun Isaac

Retos y evolución del derecho de acceso a la información..... 131

Alan Gerardo García Salinas

¿EL DERECHO A LA LACTANCIA MATERNA?161

Miluska Orbegoso Silva

La prevención de la tortura a través del diálogo. La experiencia de la Procuración Penitenciaria en Argentina	185
--	------------

Derecho a la seguridad social de los migrantes irregulares.....	221
<i>Nathaly Ramírez Díaz</i>	

El discurso de odio en la CADH: ¿igualdad y/o libertad de expresión?	233
<i>Ricardo F. Rosales Roa</i>	

Presentación

El Insituto Interamericano de Derechos Humanos presenta, en su Revista IIDH número 70, nueve artículos de amplia variedad temática; en estos se recogen diversos criterios de los autores sobre algunos temas de gran vigencia en el escenario actual de los derechos humanos dentro del continente americano, así como en el derecho internacional y universal de los mismos.

Esta edición tiene como característica la inclusión de tres textos sobre la problemática de los discursos de odio, su presencia en internet, su relación con la libertad de pensamiento y expresión, así como las particulares normativas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) al respecto. Asimismo, recogen las opiniones de expertos sobre el combate de la esclavitud contemporánea en Brasil, el acceso a la información, el derecho a la lactancia materna, la prevención de la tortura en el contexto de las cárceles argentinas y el derecho a la seguridad social de los migrantes irregulares.

Además, se ofrece el discurso del presidente de nuestro Consejo Consultivo Editorial –Antônio A. Cançado Trindade– pronunciado en la sesión inaugural de la reunión anual del Instituto Internacional de Derechos Humanos – Fundación René Cassin, realizada en el 2019 con el objeto de conmemorar su quincuagésimo aniversario. La disertación titulada “La necesaria e ineluctable universalidad de los derechos inherentes a la persona humana”,¹ nos presenta una profunda visión del proceso de humanización del derecho internacional público; proceso marcado por la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de 1969 y la de 1993.

¹ Traducción nuestra.

También plantea los desafíos contemporáneos que enfrenta la protección internacional de los derechos humanos. Nos señala además las características propias del derecho a la protección de la persona humana, sus fundamentos y la reacción del mundo de los derechos humanos frente a los esfuerzos actuales de deconstrucción. Por último, aborda el tema de las violaciones graves de derechos humanos en perjuicio de personas en condición de vulnerabilidad y el de la expansión de la jurisdicción internacional, su responsabilidad, personalidad y capacidad, centrada en las víctimas de violaciones de derechos humanos.

El segundo artículo corresponde al autor Juan José Anzures Gurría, quien lo titula “Libertad de expresión y discurso de odio en internet”; en el mismo se aborda de forma amplia el concepto de pluralidad contenido en el derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Dicho concepto lo enmarca en el ejercicio de esta última dentro del internet, el cual se ha convertido desde hace tiempo en el espacio perfecto para verter todo tipo de comentarios sobre la realidad actual. Presenta, además, relevante jurisprudencia mexicana y universal sobre la materia así como el concepto mismo del discurso de odio y las distintas posturas doctrinales acerca de tan vigente problemática.

Los coautores Silvio Beltramello Neto y Mônica Nogueira Rodríguez –cuyo aporte se denomina “El impacto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el combate de la esclavitud contemporánea en Brasil: una relación de implicación”– nos ofrecen una investigación acerca de la influencia de la labor de esta entidad en el desarrollo normativo y de políticas públicas para enfrentar dicho flagelo. Para ello, toman como antecedente los casos José Pereira y trabajadores de la hacienda Brasil Verde contra el Estado brasileño junto con las decisiones y recomendaciones emitidas por el órgano interamericano en ambos casos. El papel desempeñado por dicha Comisión en la construcción de los estándares para la protección de los derechos humanos en relación con la esclavitud moderna

fue determinante, sin dejar de lado el reconocimiento de normas específicas atinentes como *ius cogens*.

Por su parte, Jorge Tomás Broun Isaac –autor de “Los discursos de odio como límite al ejercicio del derecho a la libertad de expresión”– desarrolla una interesante perspectiva sobre el tema que abarca la responsabilidad internacional de los Estados en la materia, el derecho de difusión del pensamiento, el alcance mismo de la libertad de expresión y sus restricciones. Además, analiza los tipos de discurso que se encuentran protegidos por el derecho a la libertad de expresión, las nociones y los elementos constitutivos de los discursos de odio, las causas y efectos de estos hasta llegar a la responsabilidad por la manifestación de los mismos.

Por otro lado, Alan Gerardo García Salinas –en “Retos y evolución del derecho de acceso a la información”– nos muestra su perspectiva acerca de la importancia de este derecho en la sociedad actual, recordándonos cómo el mismo así como la transparencia y la rendición de cuentas son elementos que ayudan al fortalecimiento del sistema democrático y al empoderamiento de la ciudadanía. En su contenido desarrolla cómo nace el derecho de acceso a la información pública, su concepto y relevancia, las distintas maneras en las que se configura este derecho y su evolución en México y América Latina. También recoge sus principios rectores el concepto de transparencia, el de rendición de cuentas y finaliza con los retos del derecho de acceso a la información para el Estado mexicano.

En “¿El derecho a la lactancia materna?”, Miluska Orbegoso Silva nos presenta una investigación acerca de la proclamación de los Estados modernos sobre la existencia de dicho derecho, cuyo contenido no ha sido definido aún por la doctrina ni la jurisprudencia. Su basamento lo encuentra en los diversos pronunciamientos realizados por la Organización Mundial de la Salud y en señalamientos médicos acerca del mismo. Como bien jurídico protegido, la lactancia materna es un derecho de la madre y del niño; sin embargo, plantea una serie de problemas tales como lo relativo a sus titulares y los distintos supuestos que

ello genera. El texto incluye un interesante análisis del principio de libertad frente al interés superior del niño y el papel del Estado respecto tanto a este como a la madre.

Un equipo de facilitadores del Programa específico “Marcos de Paz”, coordinado por la Procuración Penitenciaria de la Nación de Argentina a través del Área de Métodos Participativos de Resolución de Conflictos y la Oficina de Promoción de la Prevención de la Tortura, es responsable del artículo denominado “La prevención de la tortura a través del diálogo. La experiencia de la Procuración Penitenciaria en Argentina”. En su amplio contenido se comenta dicho Programa, cuya finalidad es promover la paz así como prevenir la violencia y los malos tratos en el Complejo Federal para Jóvenes Adultos en dicho país suramericano. Se relata acerca de sus métodos, experiencias y logros, además de la puesta en marcha del proyecto piloto “Probemos hablando: formación para la convivencia colaborativa” desarrollado por dicha institución.

Nathaly Ramírez Díaz –en “Derecho a la seguridad social de los migrantes irregulares”– analiza las restricciones de derechos que conlleva la migración irregular, el papel que desempeña al respecto la seguridad social y la problemática de la desigualdad que sufren los migrantes indocumentados. Además, se plantea la justiciabilidad para estos grupos de sus derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. El artículo profundiza sobre el deber estatal de garantizar una protección efectiva y la importancia de que el mencionado sistema brinde una respuesta que trascienda a la justiciabilidad del derecho a la seguridad social, así como a fomentar medidas y sugerir herramientas que –con la cooperación internacional– puedan estar dirigidas a estandarizar y armonizar las normas de seguridad social de los países miembros de la Organización de los Estados Americanos; también a apoyar la política de un derecho internacional socialmente justo.

En “El discurso de odio en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: ¿Igualdad y/o libertad de expresión?, el autor Ricardo F. Rosales Roa desarrolla un estudio acerca de cómo

tal discurso ha sido interpretado en el sistema interamericano en función de la libertad de expresión, pero no así desde la perspectiva de la igualdad. En el artículo se lleva a cabo una aproximación de derecho comparado del discurso de odio entre la CADH y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, los tratados antintolerancia del sistema interamericano y su compatibilidad con la CADH, los regímenes normativos del discurso de odio y del discurso intolerante así como del concepto de democracia abierta en el contexto de la CADH.

Finalizo esta presentación agradeciéndoles a las autoras y los autores por los artículos incluidos en esta nueva edición de la Revista IIDH, los que indudablemente constituyen una valiosa contribución al debate y la búsqueda de soluciones a asuntos de gran actualidad y relevancia en el campo de los derechos humanos; de igual forma, agradezco a la cooperación noruega que hace posible la producción y difusión de esta publicación y al Consejo Consultivo Editorial de la misma por sus valiosos aportes.

José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH
Instituto Interamericano de Derechos Humanos

L'UNIVERSALITÉ NÉCESSAIRE ET INELUCTABLE DES DROITS INHÉRENTS À LA PERSONNE HUMAINE / THE NECESSARY AND INELUCTABLE UNIVERSALITY OF THE RIGHTS INHERENT TO THE HUMAN PERSON

*Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE**

Résumé / Summary : I. Introduction. II. L'universalité des droits inhérents de la personne humaine dans le cadre du processus d'humanisation progressive du droit international public. III. Les deux Conférences Mondiales des Droits de l'Homme. IV. La protection internationale des droits de l'homme: défis contemporains. V. Caractéristiques propres du droit de protection de la personne humaine. 1. Juridictions internationale et nationale: interaction au lieu de "subsidiarité". 2. *Corpus juris* de protection: applicabilité directe sans "marge d'appréciation". VI. The Foundations and Reaction of Human Rights Protection in Face of Current Endeavours of Deconstruction. VII. Human Rights Protection in Cases of Grave Violations of Rights of Vulnerable Persons. VIII. The Expansion of International Jurisdiction, Responsibility, Personality and Capacity, Centred on the Victims.

* Juge de la Cour Internationale de Justice; ancien Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme; Professeur Émérite de Droit International de l'Université de Brasília, Brésil; Docteur *Honoris Causa* de plusieurs Universités en Amérique Latine, Europe, et Asie / Judge of the International Court of Justice; Former President of the Inter-American Court of Human Rights; Emeritus Professor of International Law of the University of Brasília, Brazil; Doctor *Honoris Causa* of several Universities in Latin America, Europe, and Asia.

I. Introduction.

C'est un honneur et une satisfaction pour moi de prononcer cette conférence inaugurale de la session annuelle de 2019 en commémoration du cinquantième anniversaire de l'Institut International des Droits de l'Homme - Fondation René Cassin, aujourd'hui, le 01 juillet 2019, ici au siège de la Cour Européenne des Droits de l'Homme à Strasbourg. J'accompagne en effet la trajectoire de l'Institut International des Droits de l'Homme depuis que je suis venu à la session d'étude de 1971. J'ai connu tous ses Présidents et Directeurs, dès le Président René Cassin et le Secrétaire-Général Karel Vasak au début (en 1971), jusqu'au Président Jean-Paul Costa et le Directeur Sébastien Touzé à l'actualité.

En 1974, j'ai reçu le diplôme de l'Institut des mains de René Cassin lui-même, qui avait été succédé à la présidence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (en tant que deuxième président) par Henri Rolin. J'ai ensuite assisté en 1974 à la dernière conférence de René Cassin à l'Académie de Droit International de La Haye, peu de temps avant son décès. L'Institut International des Droits de l'Homme fait partie de ma vie, et il est ancré dans mon cœur. Dès cette époque, j'accompagne, au fil des années, le travail de l'Institut.

II. L'universalité des droits inhérents de la personne humaine dans le cadre du processus d'humanisation progressive du droit international public.

Le droit international traditionnel, en vigueur au début du XX^{ème} siècle, était placé sous le signe d'un volontarisme sans limites des États, marqué notamment par une tolérance de la

guerre, la diplomatie secrète, la conclusion de traités inégaux, ou encore l'existence de colonies, de protectorats et de zones d'influence. C'est contre ce système oligarchique et injuste qu'allaient s'affirmer les grands principes que sont par exemple l'interdiction de la guerre d'agression, de l'emploi et de la menace de la force (et la non-reconnaissance des situations qui en résultent), l'égalité juridique des États, et le règlement pacifique des différends internationaux.

Allait débiter en parallèle la lutte contre les inégalités, avec l'abolition des capitulations, la mise en place du système de protection des minorités et des populations dans des territoires sous mandats, sous les auspices de la Société des Nations, ainsi que les premières conventions internationales de l'Organisation Internationale du Travail (OIT). Au milieu du XX^{ème} siècle, il devint manifeste qu'il était nécessaire de reconstruire le droit international en mettant l'accent sur les droits de la personne humaine. Le droit international allait connaître une évolution remarquable, entamant ce qui deviendrait son processus historique d'*humanisation*.

C'est ce dont témoigne, au début, l'adoption en 1948 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, puis, dans le demi-siècle qui suivit, de plus de 70 traités relatifs à la protection des droits de l'homme, aujourd'hui en vigueur aux niveaux international et national¹. Depuis la création de l'Organisation des Nations Unies, et sous l'influence de celle-ci et de ses institutions spécialisées, ainsi que des organisations régionales, le droit

1 Ces nombreux traités, et autres instruments internationaux, ont créé des mécanismes de protection qui coexistent, en besoin de coordination; cf. A.A. Cançado Trindade, "Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 1-435.

international a connu un développement tout à fait remarquable. Au cours des années cinquante et soixante, l'apparition de nouveaux États, issus du processus historique de décolonisation, est marquée profondément, au sein des Nations Unies, par le droit naissant des peuples à disposer d'eux-mêmes².

Il faut rester attentif, dès le début de ce processus historique remarquable, à la consécration de l'**universalité des droits inhérents à la personne humaine**³. En effet, trois ans après l'adoption de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, lors d'un cours donné à l'Académie de Droit International de La Haye en 1951, René Cassin a fait état de la conception originale et du processus évolutif d'élaboration de la Déclaration Universelle, en soulignant un aspect important. Selon ses propres mots, la Déclaration de 1948 a été originairement conçue comme une Déclaration internationale, mais, comme l'être humain devait être "le centre de la Déclaration", elle a été proclamée par l'Assemblée Générale comme Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, exprimant

"l'idéal commun à atteindre par tous les peuples, par toutes les nations, afin que tous les individus et tous les *organes de la société*, ayant cette Déclaration constamment à l'esprit, s'efforcent, par l'enseignement et l'éducation, de développer le respect de ces droits et libertés, d'en assurer, par les mesures progressives d'ordre national et international, la reconnaissance et l'application universelles et effectives (...).

2 A.A. Cançado Trindade, "Le Droit international contemporain et la personne humaine", 120 *Revue générale de Droit international public* (2016) n. 3, pp. 497-514.

3 A.A. Cançado Trindade, "Reaffirmation de l'universalité nécessaire et inéluctable des droits inhérents à la personne humaine", in *Les droits humains comparés - À la recherche de l'universalité des droits humains (Actes du Colloque à la Cour européenne des droits de l'homme - mars 2018)*, Paris, Pédone, 2019, pp. 49-67.

La Déclaration est universelle comme s'appliquant à tous les êtres humains. Partant de l'idée qu'ils sont 'tous membres de la famille humaine', l'article 1^{er} déclare qu'ils naissent libres et égaux en droit. L'article 2(1) (...) déclare, que 'chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune' (...). Ainsi, tout être humain participe à ces droits fondamentaux, qu'elle que soit sa condition originaire ou acquise. Il bénéficie en outre de la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique (article 6) et de l'égale protection de la loi (article 7).

La Déclaration Universelle s'applique à tous les États, à tous les territoires habités. (...)»⁴.

Pour ma part, au fil des années, j'ai moi aussi toujours soutenu la position des individus comme sujets du droit des gens, dans la ligne de la pensée jusnaturaliste et universaliste⁵. Lors d'un cours

4 R. Cassin, "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", 79 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1951) pp. 279-281. Sur la progression de la Déclaration de 1948 vers l'universalité, et l'importance des "principes généraux touchant l'unité du genre humain", cf. aussi R. Cassin, *La pensée et l'action*, Boulogne-sur-Seine, Éd. F. Lalou, 1972, pp. 108-109 et 114-117; R. Cassin, "Vingt ans après la Déclaration Universelle", 8 *Revue de la Commission Internationale de Juristes* (1967) n. 2, pp. 9-10. En 1950, il a écrit que, en conformité avec la Déclaration Universelle, tous les êtres humains sont sujets de droit comme membres de la "société universelle", et aucun État ne pourrait pas du tout les en dénier telle condition; R. Cassin, "L'homme, sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle", in *La technique et les principes de Droit public - Études en l'honneur de G. Scelle*, tome I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 81-82.

5 Cf. A.A. Cançado Trindade, "A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado", 6/7 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro* (1998-1999) pp. 425-434; A.A. Cançado Trindade, "The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments", in K. Vasak *Amicorum Liber - Les droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544; A.A. Cançado Trindade, "El Acceso Directo de los Individuos a los

délivré à la même Académie de Droit International de La Haye en 1987, dans cette même ligne de pensée, j'ai attiré l'attention sur l'expansion de la notion de victimes *directes* (pour violation du droit à l'intégrité personnelle et du droit à l'accès *lato sensu* à la justice), y compris les victimes "potentielles", dans la construction jurisprudentielle, en renforçant ainsi la position centrale de la personne humaine dans le droit des gens contemporain⁶.

Ensuite, j'ai soutenu, cette fois dans mon Cours Général de Droit International Public délivré aussi à l'Académie de Droit International de La Haye en 2005, que la communauté internationale dans son ensemble, mue par la conscience juridique universelle, - source matérielle ultime du droit international⁷, - a conféré à la Déclaration Universelle la dimension qu'elle a toujours eue, reconnue dans de nombreux traités des droits de l'homme, dans la jurisprudence internationale, et incorporée dans le domaine du droit international coutumier, et a donné

Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", *XXVII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* - OEA (2000) pp. 243-283; A.A. Cançado Trindade, "A Consolidação da Personalidade e da Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional", 16 *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* - Madrid (2003) pp. 237-288; A.A. Cançado Trindade, "The Emancipation of the Individual from His Own State - The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations", in *Human Rights, Democracy and the Rule of Law - Liber Amicorum L. Wildhaber* (eds. S. Breitenmoser et alii), Zürich/Baden-Baden, Dike/Nomos, 2007, pp. 151-171; A.A. Cançado Trindade, "The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations", 1 *Cambridge Journal of International and Comparative Law* (2012) pp. 8-59.

6 A.A. Cançado Trindade, "Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", *op. cit. supra* n. (1), pp. 262-283 et 410-412.

7 Cf. A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I", 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (2005), ch. VI, pp. 177-202.

corps à certains principes généraux du droit universellement reconnus. La Déclaration Universelle a ainsi beaucoup contribué à faire des droits de l'homme universels le langage commun de l'humanité.

III. Les deux Conférences Mondiales des Droits de l'Homme.

L'Institut International des Droits de l'Homme a été créé en 1969, un an après la réalisation, à Téhéran, de la I Conférence Mondiale des Nations Unies des Droits de l'Homme (1968), deux décennies après l'adoption de la Déclaration Universelle; cette Conférence a procédé à la réaffirmation ferme de l'universalité et du caractère holistique et indivisible de tous les droits humains. Cette réaffirmation a été suivie et réitérée par des résolutions successives de l'Assemblée Générale des Nations Unies dans le même sens. La Proclamation de Téhéran a alors procédé à la rescousse de la philosophie de base qui sous-tend la Déclaration Universelle de 1948.

Ensuite, 25 ans plus tard, la II Conférence Mondiale des Nations Unies des Droits de l'Homme (Vienne, 1993), - à laquelle j'ai participé, - a de nouveau soutenu fermement l'universalité des droits de l'homme, dans la Déclaration et le Programme d'action adoptés. La Proclamation de Téhéran correspondait à la phase législative, et la Déclaration et le Programme d'action de Vienne, à la phase de mise en oeuvre, de ces multiples instruments de protection existants (plus de 70 traités des droits de l'homme aux niveaux mondial et régional, contenant des références à la Déclaration Universelle dans leurs préambules); chacune est un produit et un testament de son temps.

La II Conférence Mondiale a reconnu la légitimité de la préoccupation de la communauté internationale avec les droits de l'homme et les conditions de vie de tous (surtout les vulnérables) et partout. Elle a centré son attention sur les moyens de garantir en pratique l'efficacité des droits de l'homme, avec une attention spéciale aux personnes discriminées et défavorisées, aux groupes vulnérables, aux pauvres et à tous ceux qui sont socialement marginalisés ou exclus, bref, à tous ceux qui ont plus besoin de protection.

Je garde les plus gratifiants souvenirs de la II Conférence Mondiale de Vienne de 1993, y ayant participé activement, y inclus notamment dans les travaux de son Comité de Rédaction. Depuis sa réalisation, plus d'autres 25 années se sont déjà écoulées, sans que jusqu'à présent on n'ait contemplé la possibilité de convocation d'une III Conférence Mondiale des Droits de l'Homme; pour ma part, je considère regrettable cette omission ou indifférence, car une III Conférence Mondiale serait hautement nécessaire, pour prendre en compte les réponses aux nouveaux et graves défis à la sauvegarde des droits de l'homme.

Dans la projection historique de l'héritage de la Déclaration Universelle, les deux Conférences Mondiales des Droits de l'Homme déjà réalisées, - à Téhéran (1968) et à Vienne (1993), - font part, en effet, d'un processus prolongé de construction d'une culture universelle de respect des droits de la personne humaine, qui requiert continuité de nos jours, surtout pour faire face aux nouveaux défis de l'actualité.

Ce cycle (incomplet) de Conférences Mondiales a eu, comme dénominateur commun, l'attention toute spéciale portée aux *conditions de vie* des populations (notamment des groupes vulnérables, qui nécessitent une protection particulière), aboutissant à la reconnaissance universelle de la nécessité

de placer une fois pour toutes l'être humain au centre de tout processus de développement⁸. Le processus historique courant de l'*humanisation* du Droit International s'oriente plus directement dans la poursuite d'objectifs supérieurs communs à l'humanité entière. La reconnaissance de l'importance centrale des droits de la personne humaine correspond à un nouveau système de valeurs, propre à notre époque⁹.

Jamais, avant le XX^{ème} siècle, le progrès scientifique et technique ne s'était accompagné de tant de destruction, de cruauté et de souffrance humaine. C'est là un paradoxe terrible et bien connu, qui a conduit à un éveil de la conscience juridique universelle, impulsant l'*humanisation* du Droit International. Des considérations fondamentales d'humanité imprègnent aujourd'hui de fait l'intégralité du *corpus juris* du droit des gens, ainsi qu'en témoignent les instruments internationaux contemporains, la jurisprudence internationale, et la doctrine juridique la plus éclairée.

À mon avis, et comme je le professe depuis de nombreuses années, ce processus d'*humanisation* se retrouve dans tous les aspects de notre discipline¹⁰: ses fondements, ses sujets,

8 A.A. Cançado Trindade, "Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the U.N. World Conferences", in *Japan and International Law - Past, Present and Future* (International Symposium to Mark the Centennial of the Japanese Association of International Law), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 285-309; A.A. Cançado Trindade, "The Contribution of Recent World Conferences of the United Nations to the Relations between Sustainable Development and Economic, Social and Cultural Rights", in *Les hommes et l'environnement: Quels droits pour le vingt-et-unième siècle? - Études en hommage à Alexandre Kiss* (eds. M. Prieur et C. Lambrechts), Paris, Éd. Frison-Roche, 1998, pp. 119-146.

9 Cf. S. Glaser, "La protection internationale des valeurs humaines", 60 *Revue générale de Droit international public* (1957) pp. 211-241.

10 Cf. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2e. éd. rev., Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2015, pp. 3-789; A.A. Cançado Trindade,

ses nouvelles constructions conceptuelles, les considérations fondamentales d'humanité présentes dans tous les chapitres du droit international, ainsi que la tentative d'asseoir la primauté de celui-ci en vue de faire prévaloir la justice et la paix. Et ce processus témoigne du nouveau *jus gentium* de notre époque, un droit international pour l'humanité entière.

La considération de toute cette matière exige une approche centrée sur la personne humaine, à la lumière des fins humaines de l'État. Le *principe d'humanité*, en tant qu'expression de la *raison d'humanité*, impose des limites à la *raison d'État*. Le principe d'humanité, comme expression de l'universalité des droits de la personne humaine, dans ma perception, a une vaste dimension, englobant l'ensemble du *corpus juris* de la protection internationale de la personne humaine (Droit International des Droits de l'Homme, Droit International Humanitaire, Droit International des Réfugiés)¹¹, en toutes circonstances et particulièrement celles de grande adversité. Le *principe d'humanité*, conformément à la philosophie traditionnelle du droit naturel, émane de la conscience humaine, et se répercute sur le droit international conventionnel et coutumier¹².

La Humanización del Derecho Internacional Contemporáneo, México, Edit. Porrúa, 2014, pp. 1-324; A.A. Cançado Trindade, *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, pp. 7-185.

11 Cf. part VII, *infra*.

12 Cf. A.A. Cançado Trindade, "Some Reflections on the Principle of Humanity in Its Wide Dimension", in *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law* (eds. R. Kolb et G. Gaggioli), Cheltenham, E. Elgar, 2013, pp. 188-197; A.A. Cançado Trindade, "Il Principio di Umanità e la Salvaguardia delle Vittime: Considerazioni sull'Esperienza della Corte Interamericana dei Diritti Umani in Materia di Adempimento di Sentenze e Decisioni", in *Il Principio di Umanità e la Salvaguardia della Persona Umana* (eds. A.A. Cançado Trindade et C. Barros Leal), Fortaleza, IBDH/IIDH, 2016, pp. 61-74.

IV. La protection internationale des droits de l'homme: défis contemporains.

La protection internationale des droits de l'homme a déjà une longue histoire; néanmoins, malgré ses réalisations et avancées, les violations flagrantes et massives des droits de l'homme persistent dans différentes régions du monde, avec une diversification des sources et formes de telles violations. Il y a eu des nouveaux cas graves de discrimination (à l'encontre des membres des minorités et autres groupes vulnérables, suivant des critères ethniques, nationaux, religieux ou linguistiques), ainsi que des violations des droits de l'homme dans les relations inter-individuelles.

Le paradigme des relations entre les individus et la puissance publique de l'État risque de devenir insuffisant et anachronique, dans la mesure où il n'a pas été conçu pour des violations d'un genre nouveau. Il faut alors concevoir des réponses inédites aux nouvelles nécessités de protection, en partant du principe que l'État demeure responsable des violations qu'il n'a pas prévenues. Il devient encore plus nécessaire aujourd'hui d'élaborer des mesures tant de *prévention* que de *suivi*, formant un système de surveillance continue du respect des droits de la personne humaine partout¹³.

À présent, les organes internationaux de protection, confrontés à la poursuite des violations des droits de l'homme, ont déjà exprimé leur préoccupation et ont reconnu la nécessité et la raison d'être de telles mesures à la fois de prévention et de suivi. Ces mesures tendraient à établir un système permanent de

13 Cf. A.A. Cançado Trindade, "La réaffirmation contemporaine de l'universalité des droits de l'homme: quelques réflexions", in *L'Afrique et le droit international: Variations sur l'organisation internationale - Liber Amicorum R. Ranjeva*, Paris, Pédone, 2013, pp. 445-459.

surveillance de la sauvegarde des droits de la personne humaine en tout lieu et selon des critères identiques. En plus, en ce qui concerne la solution judiciaire, tant la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (CourIADH) et la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CourEDH) que la Cour Internationale de Justice (CIJ) se sont prononcées ces dernières années sur des affaires de *situations continues* en violation des droits de l'homme.

V. Caractéristiques propres du droit de protection de la personne humaine.

Pour faire face aux nouveaux défis de l'actualité en matière de protection des droits de l'homme, il faut rester attentif aux caractéristiques propres du droit de protection de la personne humaine. Et, pour éviter des régressions, il faut résister aux erreurs du passé, qui malheureusement continuent à se manifester, comme, par exemple, par l'utilisation d'expressions sans fondement, comme la soi-disante "subsidiarité", et la soi-disante "marge d'appréciation". Je me permets d'adresser brièvement ces deux points.

1. Juridictions internationale et nationale: interaction au lieu de "subsidiarité".

Nous sommes ici devant un *droit de protection*, avec sa spécificité propre, fondamentalement *orienté vers les victimes*, et concerné par les droits des individus plutôt que ceux des États. Les règles généralement reconnues du droit international subissent nécessairement, lorsqu'elles sont insérées dans les traités des droits de l'homme, un certain degré d'ajustement ou d'adaptation, dicté par le caractère spécial de l'objet et du but de

ces traités et par la spécificité largement reconnue de la protection internationale des droits de l'homme.

En résumé, la juridiction internationale, plutôt que "subsidaire" à, ou indépendante de, la juridiction nationale, est *complémentaire* à celle-ci, les deux étant en constante *interaction* dans la protection des droits de la personne humaine. Il n'y a pas de "subsidiarité": ces dernières années, dans les cas de rupture de l'état de droit dans une société démocratique et d'imposition d'un régime despotique ou répressif, la juridiction internationale a montré son importance, et a même *précédé* la juridiction nationale en ce qui concerne la protection des droits des victimes et des réparations qui leur sont dues.

Comme signalé dans les réflexions développées dans mes longues Opinions Individuelles que j'ai joint aux jugements de deux tribunaux internationaux (la CourIADH et la CIJ), en effet, contrairement à ce que l'on suppose encore dans les cercles juridiques, les juridictions internationale et nationale, dans le domaine de la protection des droits de la personne humaine, ne sont pas concurrentes ou conflictuelles, mais plutôt *complémentaires*, en *interaction* constante dans la protection des droits de la personne humaine et dans la lutte contre l'impunité des ceux qui violent ces droits (États et individus)¹⁴.

2. *Corpus juris* de protection: applicabilité directe sans "marge d'appréciation".

Normalement, en relation avec les arrêts internationaux, les États supposent qu'ils ont une "marge d'appréciation", car ils

14 A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 5^e éd. rév., Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2018, pp. 214-215.

prétendent avoir autant de pouvoir discrétionnaire que possible pour en faire ce qu'ils veulent et de la façon qu'ils choisissent. Si les tribunaux internationaux des droits de l'homme se réfèrent à la "marge d'appréciation", ils alors réduisent la possibilité d'une pleine conformité à leurs propres jugements, au niveau national. Au cours des années où j'ai été Juge et Président de la Cour IADH, la Cour heureusement n'a jamais utilisé l'expression "marge d'appréciation", qui ne rend pas du tout service à l'efficacité de la protection internationale des droits de l'homme.

En ce qui concerne le présent domaine de protection de la personne humaine, la vieille dichotomie entre les ordres juridiques international et national a été surmontée. Cela est confirmé, par exemple, par l'application *directe*, dans l'ordre juridique interne, du *corpus juris* international de protection de la personne humaine. Pourtant, tout cela continue à rester imperceptible dans les milieux juridiques, introvertis et dogmatiques. Dans le présent domaine de protection, le droit international contemporain - comme en témoignent les conventions des droits de l'homme - attribue des fonctions internationales aussi aux tribunaux nationaux¹⁵.

VI. The Foundations and Reaction of Human Rights Protection in Face of Current Endeavours of Deconstruction.

Je me permets de continuer mon allocution en anglais. Our International Institute of Human Rights, as soon as it was created

15 Cf., dans ce sens, *ibid.*, p. 215; et cf. A.A. Cançado Trindade, "Reaffirmation de l'universalité nécessaire et inéluctable des droits inhérents à la personne humaine", in *Les droits humains comparés - À la recherche de l'universalité des droits humains (Actes du Colloque à la Cour européenne des droits de l'homme - mars 2018)*, Paris, Pédone, 2019, pp. 49-67, esp. pp. 61-62.

(one year after the I World Conference of Human Rights of 1968), and along the first years of its labour, was and remained attentive to, and has ever since been cultivating, the indivisibility and universality of all human rights. It became used to covering all aspects of our discipline, counting - in its annual study sessions - on participants from all continents. Along the last five decades, the Institute has been considering grave and successive problems affecting human rights in distinct continents, and has been forming new generations of scholars and practitioners, faithful to the basic postulates of the International Law of Human Rights.

In each of the last five decades the Institute has been examining the advances achieved on human rights protection and the new challenges emerged, in a world in constant transformation. In undertaking its work, particularly in the education of new generations of scholars, the International Institute of Human Rights has been accomplishing its mission as from the faithful outlook of the necessary and ineluctable universality of human rights, safeguarded and exercised at global (United Nations) and regional levels (all regional systems of protection). The collection of its annual study sessions, known as *Dossier Documentaire/Documentary File* of successive sessions, contains its most impressive and precious legacy.

The Institute has organized events not only in Europe, here in Strasbourg, but also in other continents (e.g., Africa, Latin America, and Asia). It is endowed with uniqueness, being today the only one of its kind all over the world: it remains, in effect, the only institution of the kind to have survived, with its universal outlook and scope, the onslaught of time. The firm determination of its faithfulness to human rights is responsible for that. It continues to have a key role to play, in the dangerous and unpredictable world in which we live, or survive, nowadays, amidst a serious crisis of values.

In recent years and up to the present, there have been regrettable initiatives to deconstruct this domain of protection of the human person. One can clearly and sadly witness the regression experienced currently, disclosing a misunderstanding of the whole matter, succumbing to the attraction of power politics, and revealing an ignorance of the lessons of the past. This is harmful to the rights inherent to the human person; it should never be forgotten or overlooked that the international protection of human rights is oriented to those who stand in need of it, in the light of the principle *pro persona humana*.

Human rights Conventions set forth (positive) obligations of an objective character, collectively guaranteed¹⁶. In their implementation, considerations of *ordre public* prevail over the “will” of individual States. A true *law of protection* has been formed, on the basis of general principles of law and common superior values. It will certainly resist the current initiatives of de-constructivism, to the benefit of all those who stand in need of protection, of succeeding generations, surrounded by vulnerability, if not defenselessness.

Contemporary international human rights tribunals (the ECtHR, the IACtHR, and the African Court of Human and Peoples’ Rights - AfCtHPR), had for the first time a joint meeting of all three here at this *Palais des Droits de l’Homme* in Strasbourg, in December 2008, co-ordinated by President Jean-Paul Costa. I keep a very good memory of this memorable joint meeting. It proceeded to a review of the endeavours of

16 Cf. reflections thereon of two former Presidents of the ECtHR in their respective books of memories, namely: J.-P. Costa, *La Cour européenne des droits de l’homme - Des juges pour la liberté*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 75-80, 108-109 and 121-127; L. Wildhaber, *The European Court of Human Rights (1998-2006) - History, Achievements, Reform*, Kehl/Straasbourg, N.P. Engel Publ., 2006, pp. 86-90 and 136-149.

international human rights tribunals to keep on safeguarding the integrity of their respective mechanisms of protection.

Keeping in mind the object and purpose of the respective Conventions, they have pursued a teleological, dynamic and evolutive interpretation, whereby they have for years been contributing to the progressive development of conventional as well as general international law, oriented towards the protection of the human person¹⁷. They have, furthermore, identified points likely to attract their close attention in the forthcoming years (namely, e.g., provisional measures of protection, reparations, execution or compliance with their decisions).

Seven years later, in another Seminar held again here at this *Palais des Droits de l’Homme* in Strasbourg, in June 2015, I had the occasion to underline that such progressive development of the *corpus juris* of the International Law of Human Rights has helped to clarify many other points which international legal doctrine used to regard as problematic¹⁸; the age of dualism and monism, e.g., is long past and overcome. In the present domain of protection, there are *interactions* between the international and national legal orders, and the norm most favourable to the victims is the one that applies.

17 Cf. A.A. Cançado Trindade, “Vers un droit international universel: la première réunion des trois Cours régionales des droits de l’homme”, in XXXVI *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2009*, Washington D.C., OAS General Secretariat, 2010, pp. 103-125; Ph. Weckel, “La justice internationale et le soixantième anniversaire de la Déclaration Universelle des Droits de l’Homme”, 113 *Revue générale de droit international public* (2009) pp. 5-17.

18 Cf. A.A. Cançado Trindade, “Conclusion: Reflections on the 2015 Strasbourg Conference”, in *The European Convention on Human Rights and General International Law* (eds. A. van Aaken and I. Motoc), Oxford, Oxford University Press (European Society of International Law Series), 2018, pp. 285-304.

VII. Human Rights Protection in Cases of Grave Violations of Rights of Vulnerable Persons.

May I also recall and stress that there have occurred instances when, in the domain of human rights protection, international jurisdiction has indeed preceded, or even rescued, the national one, in times of extreme violence and social disruption (illustrated, e.g., in my own experience, in two historical cycles of cases decided by the IACtHR). International jurisdiction has thus exerted a fundamental role in contributing to the overcoming of oppression of dictatorial regimes, and in bringing justice to the victims and their relatives and safeguarding their dignity¹⁹.

In effect, ever since the beginning of the XXIst. century, a notable jurisprudential construction has taken place²⁰ for the international adjudication of cases of grave violations of human rights of members of vulnerable human collectivities²¹, as illustrated by the case-law as to cycles of *cases of massacres*²². States have here incurred, in my understanding, into grave

19 For examples, cf. A.A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, 3rd. rev. ed., Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2019, pp. 311-313.

20 Cf. A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 5th. rev. ed., *op. cit. supra* n. (14), pp. 3-394; A.A. Cançado Trindade, “Une ère d’avancées jurisprudentielles et institutionnelles: souvenirs de la Cour interaméricaine des droits de l’homme”, in *Le particularisme interaméricain des droits de l’homme* (eds. L. Hennebel and H. Tigroudja), Paris, Pédone, 2009, pp. 7-73.

21 Cf. A.A. Cançado Trindade, “Reflections on the International Adjudication of Cases of Grave Violations of Rights of the Human Person”, 9 *Journal of International Humanitarian Legal Studies* (2018) pp. 98-136.

22 Cf. A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice*, Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 171; A.A. Cançado Trindade, *La Responsabilidad del Estado en Casos de Masacres Dificultades y Avances Contemporáneos en la Justicia Internacional*, Mexico, Edit. Porrúa/Escuela Libre de Derecho, 2018, pp. 1104.

violations of human rights that conformed, in some instances, true *crimes of State*²³.

The international protection of human rights has, in this context, exercised a role of utmost importance. International human rights tribunals have indeed reacted to the monopoly of force misused by States (or paramilitaries) in a pattern of chronic violence - in a most regrettable distortion of the ends of the State - victimizing groups of persons under their respective jurisdictions, who often happened to be the most vulnerable persons, in situations of defencelessness. This shows that current initiatives of de-constructivists disclose their blindness and irresponsibility.

Besides contemporary international human rights tribunals, the International Institute of Human Rights, for its part, has kept on educating new generations, nowadays, to resist to, and to discard, the harmful distortions of current de-constructivists, who will not be able to undermine the foundations of the International Law of Human Rights. After all, the *corpus juris gentium* of protection was formed and consolidated in order to face and to alleviate, to the extent possible, the intense human suffering of victims of grave violations of human rights.

The Institute has remained attentive to the *corpus juris* of protection as a whole. This is of great importance, given the growing number of persons nowadays in situations of utter vulnerability (such as uprooted persons, undocumented migrants) in urgent need of protection. Hence the relevance of the convergences between the International Law of Human Rights,

23 Cf., on this point, A.A. Cançado Trindade, “Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited”, in *International Responsibility Today - Essays in Memory of O. Schachter* (ed. M. Ragazzi), Leiden, M. Nijhoff, 2005, pp. 253-269.

International Humanitarian Law and the International Law of Refugees²⁴. The acknowledgement of such convergences has overcome the compartmentalization of the past, paving the way for the enlargement of the material content of *jus cogens* and the ensuing obligations *erga omnes* of protection, in face of problems with new dimensions.

I have so sustained in the ICJ in my Dissenting Opinion in the case of the *Application of the Convention against Genocide* (Croatia versus Serbia, Judgment of 03.02.2015), as well as in my recent Separate Opinion in the ICJ's Advisory Opinion on the *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965* (of 25.02.2019). The International Law of Human Rights stands firmly in defense of all those in need of protection, and discards the superficial and irresponsible criticisms of de-constructivists, who, moved by power politics, close their eyes to the incidence of evil and extreme violence in human history. The International Law of Human Rights will keep on extending protection and enlarging its domain of application, so as to safeguard human rights of those victimized, all in new situations disclosing cruelty.

VIII. The Expansion of International Jurisdiction, Responsibility, Personality and Capacity, Centred on the Victims.

The current jurisdictionalization of international law, brought about by the reassuring coexistence of international human rights

24 Cf. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario - Aproximaciones y Convergencias*, Genève, CICR, [2000], pp. 1-66.

tribunals and international criminal tribunals²⁵, brings to the fore other related issues deserving close attention in our days, such as, e.g., the expansion of international jurisdiction, responsibility, personality and capacity. In effect, one witnesses in our times the consolidation of the subjectivity (active as well as passive, respectively) of individuals in contemporary international law.

In my understanding, this issue is related to the right of direct access to justice as the right to the *realization* itself of justice, as an imperative of *jus cogens*, encompassing the absolute prohibition of torture as well as cruel, inhuman or degrading treatment, the principle of equality and non-discrimination, and the right of access to justice *lato sensu* (comprising the formal access, the guarantees of due process of law, and the faithful compliance with its judgments)²⁶.

There is growing awareness that the aforementioned expansion of international jurisdiction, responsibility, personality and capacity is *victim-oriented*, the central position being that of the

25 Cf. A.A. Cançado Trindade and Dean Spielmann, *A Century of International Justice / Rétrospective d'un siècle de justice internationale et perspectives d'avenir*, Oisterwijk, Wolf Publs., 2013, pp. 1-44.

26 Cf. A.A. Cançado Trindade, "The Expansion of the Material Content of *Jus Cogens*: The Contribution of the Inter-American Court of Human Rights", in *La Convention Européenne des Droits de l'Homme, un instrument vivant - Mélanges en l'honneur de Chr.L. Rozakis* (eds. D. Spielmann et alii), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 27-46; A.A. Cançado Trindade, "Some Reflections on the Reassuring Expansion of the Material Content of *Jus Cogens*", in *Diritti Individuali e Giustizia Internazionale - Liber F. Pocar*, Milano, Giuffrè Ed., 2009, pp. 65-79; A.A. Cançado Trindade, "*Jus Cogens*: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law", in *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2008*, Washington D.C., OAS General Secretariat, 2009, pp. 3-29; A.A. Cançado Trindade, "La Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*", in *XXXIV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2007*, Washington D.C., OAS General Secretariat, 2008, pp. 1-15.

justiciables, those seeking justice. Although large-scale violations of human rights continue to subsist, the reactions to them are nowadays immediate and far more effective, so as to secure the prevalence of justice. And justice has been achieved in our days even in cases wherein the victims or their close relatives found themselves in the most complete vulnerability or adversity, if not defenselessness. Justice has been achieved even in cases of massacres²⁷, of mass crimes.

The advent and labour of international human rights tribunals and international criminal tribunals have enhanced the recognition of human beings as subjects of international law, ultimate addressees of the norms of the law of nations (*droit des gens*)²⁸. The multiplicity of contemporary international tribunals has, moreover, come to enlarge the access to justice (*lato sensu*, formal and material) in our days, and to contribute to put an end to impunity, with the attainment of rule of law (*État de Droit*, *Estado de Derecho*) in a democratic society.

International human rights tribunals as well as international criminal tribunals have operated decisively to this effect, and their jurisprudential advances in recent years would be unthinkable some decades ago. They have effectively brought justice often to the victimized ones, - may I stress this point, - including in situations of systematic and generalized violence, and in mass atrocities. They have been much contributing to the struggle against impunity, in the present age of accountability, of individuals as well as States.

27 Cf. n. (22), *supra*.

28 Cf. *Conversación con Antônio Augusto Cançado Trindade - Reflexiones sobre la Justicia Internacional* (book-interview with Emilia Bea), Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2013, pp. 90, 96 and 111.

Contemporary international tribunals have thus demonstrated that nobody is above the law, - neither the governors, nor the governed, nor the States themselves. International law applies directly to States, international organizations and individuals. This would hardly have been anticipated a few decades or years ago, e.g., in the legislative phase of human rights treaties and instruments. The fact that this is nowadays a reality, is revealing of the advances of international justice, despite so many obstacles and difficulties, gradually overcome.

International human rights tribunals - and, to a lesser degree, international criminal tribunals, - have contributed to secure the *centrality* of victims (the most vulnerable ones) in international legal procedure. In thus fulfilling a real need of the international community (of securing such protection to those in need of it), such international tribunals have been fostering the reassuring historic process which bears witness of, and contributes to, what I have deemed it fit to name, along the years, as the *humanization* of contemporary international law²⁹.

29 A.A. Cançado Trindade, "A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado", 6/7 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro* (1998-1999) pp. 425-434; A.A. Cançado Trindade, "La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado", in 40 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (2001) pp. 11-23; A.A. Cançado Trindade, "La Emancipación de la Persona Humana en la Reconstrucción del *Jus Gentium*", 47 *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (2005) pp. 55-74; A.A. Cançado Trindade, "As Manifestações da Humanização do Direito Internacional", 23 *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas* - Rio de Janeiro (2007) n. 31, pp. 159-170; A.A. Cançado Trindade, "Hacia el Nuevo Derecho Internacional para la Persona Humana: Manifestaciones de la Humanización del Derecho Internacional", 4 *Ius Inter Gentes - Revista de Derecho Internacional* - Catholic University (PUC) of Peru (2007) pp. 12-21; A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2nd rev. ed., *op. cit. supra* n. (10), pp. 3-789.

The jurisprudential cross-fertilization of international human rights tribunals has been harmoniously reinforcing the *corpus juris* of protection as a whole. Human rights Conventions (at regional and global levels) and general international law have set up the common ground for the undertaking of such jurisprudential construction. *Ex pluribus unum*. The *corpus juris* of the International Law of Human Rights has thus enriched and legitimized Public International Law, in developing its aptitude to govern relations not only at inter-State, but also at intra-State levels, with due respect for human beings.

And we are all fortunate to witness and to contribute to the ongoing historical process of *humanization* of international law, the new *jus gentium* of our times. This cinquentenary session of the International Institute of Human Rights, now opened, is a historical occasion to sustain our legacy, and to reassert our determination to face the new challenges of our times, to the benefit of all those who stand in need of protection. There could hardly be a more inspiring place to do so, than this *Palais des Droits de l'Homme*. The safeguard of the universality of the rights inherent to the human person is a noble mission that we all need to keep on pursuing.

Strasbourg, 01 July 2019.

A.A.C.T.

Libertad de expresión y discurso de odio en internet

*José Juan Anzures Gurría**

Introducción

Por definición, un Estado democrático reconoce y permite la diversidad de ideas. En este sentido, la libertad de expresión constituye una forma de esa pluralidad; pero al tiempo que se promueve la variedad de ideas y de pensamientos, debe permitirse la existencia y manifestación de pensamientos e ideas que vayan en contra del mismo orden democrático que les da cabida.

El discurso de odio encuadra precisamente en este tipo de manifestaciones, que se ubican en la frontera entre la permisibilidad o la restricción del ejercicio de la libertad de expresión. Si se consiente, el discurso puede llegar a destruir al sistema democrático; si no es así, el Estado puede convertirse en uno no democrático que no permite la pluralidad de pensamiento y opiniones. En consecuencia, se produce un Estado

* Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, campus Ciudad de México; estancia de investigación en la Universidad de Münster, Alemania; doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. Actualmente se desempeña como decano Regional Sur de la Escuela de Ciencias Sociales y Gobierno, en el Tecnológico de Monterrey. Nota: Se agradece el apoyo en la realización del presente trabajo a Johana Barrientos, alumna del tercer semestre de la licenciatura en Derecho del Tecnológico de Monterrey, campus Puebla.

“democrático” impositivo o –como dice Miguel Revenda– una democracia intolerante.¹

Hoy en día la internet es el espacio perfecto para verter todo tipo de comentarios sobre la realidad que acontece como la legalización del aborto, la migración, las políticas de seguridad, etc. Por tal motivo, el presente trabajo pretende probar que la internet es tanto una herramienta que puede potenciar la libertad de expresión, consolidando al Estado constitucional y democrático de derecho, como un medio para incrementar cada vez con mayor rapidez la amenaza hacia la destrucción de este.

I. Sobre la libertad de expresión y la internet

El ejercicio de la libertad de expresión, en la actualidad dista mucho de aquel reconocimiento de tipo liberal recogido en las primeras declaraciones de derechos a finales del siglo XVIII² y que durante el siglo XIX tuvo que ver más con la libertad de imprenta; de ahí que el texto original del artículo 7 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconociera solo el derecho a escribir y a publicar.

En contraposición a esta concepción, el citado artículo fue reformado en el 2013 para reconocer la libertad de difusión de opiniones, información e ideas a través de cualquier medio.³ La

1 Revenga Sánchez, Miguel. *Intransigencia constitucional. Sobre los límites de la tolerancia en el Estado constitucional de derecho*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México 2019. p. 56.

2 Verbigracia, artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.

3 Artículo 7 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos,

reforma en comento pone de manifiesto, por un lado, que el ámbito de protección de la libertad de expresión reconoce los avances en las tecnologías de la información y otros mecanismos por medio de los cuales se pueden poner en circulación información, ideas u opiniones de manera libre y sin cortapisas. Mientras que por el otro lado, la reforma deja en claro que la libertad de expresión se materializa no solo de forma escrita sino a través de cualquier otro medio;⁴ es decir, que muchas actividades o conductas que se realizan en internet son concreción de la libertad de expresión, como el hecho de “subir” videos o fotografías, e incluso al utilizar cualquier iconografía como los denominados emoticonos o solo dando “me gusta” a alguna publicación o página. Se trata no solo de un derecho a la libertad de expresión, sino de uno a la comunicación en general –*ius communicationis*– en el que se tutela todo el proceso comunicativo.⁵

tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones.

Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6° de esta Constitución. En ningún caso podrán secuestrarse los bienes utilizados para la difusión de información, opiniones e ideas, como instrumento del delito”.

4 En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció en un criterio del 2014 que todas las formas de expresión se encuentran protegidas constitucional y convencionalmente, a excepción de aquellas que ámbitos que no encuentran cobijo bajo su regazo como toda la 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, idioma u origen nacional. Véase la Tesis: 1a. CDXXI/2014 (10a.), Primera Sala, Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I, p. 237.

5 Cfr. Corredoira y Alfonso, Loreto. “Lectura de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en el paradigma de la nueva ‘Sociedad de la

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante “la SCJN”) señaló –en una resolución del 2017– que el Estado debe llevar a cabo las medidas necesarias para asegurar a los particulares el acceso a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. La SCJN hizo eco de los argumentos sostenidos por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y, vinculando el derecho a la internet con la libertad de expresión, afirmó que la primera “ha pasado a ser un medio fundamental para que las personas ejerzan su derecho a la libertad de opinión y de expresión, atento a sus características singulares, como su velocidad, alcance mundial y relativo anonimato”.⁶

En Francia, en su resolución N° 2009-580 DC de 10 de junio del 2009,⁷ el Consejo Constitucional vinculó el acceso a internet con las libertades de expresión y de opinión reconocidas en el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.⁸ Dicho Consejo interpretó que la libertad de expresión implica la de acceder a estos servicios en el estado actual de los medios de comunicación y con respecto al desarrollo generalizado de los servicios de comunicación pública en línea,

información. Estudio específico del artículo 19”, en Cotino Hueso, Lorenzo. *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 58 a 73.

6 Véase Tesis: 2a. CII/2017 (10a.), Segunda Sala, Libro 43, Junio de 2017, Tomo II, Pag. 1433.

7 En este caso, el Consejo Constitucional francés impidió la publicación de una ley que requería a los proveedores de servicios de internet bloquear –de manera permanente– el acceso a esta red a aquellos usuarios que hubiesen sido acusados por cometer actos violatorios de los derechos de autor.

8 El artículo 11 de la referida Declaración señala que “la libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del hombre: cualquier ciudadano podrá, por consiguiente, hablar, escribir, imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley”.

así como a la importancia que tienen estos para la participación en la vida democrática; también para la expresión de ideas y opiniones. En Alemania, el Tribunal Superior de Justicia de ese país (Der *Bundesgerichtshof*) entendió que el acceso a internet resulta de crucial importancia para la vida diaria de las personas, toda vez que les provee de información comprensible a través de textos, imágenes, videos y audios. Incluso, afirmó que se trata de una plataforma que reemplaza a los medios tradicionales de información.⁹

Ciertamente, en la transmisión de la información y las opiniones la internet logra actualmente una proyección mayor que cualquier otro medio de difusión como podrían ser la televisión, la radio o el periódico, pues mientras estos se habían constituido en el único vehículo a través del cual se concretaba la libertad de expresión y los periodistas eran su personificación, hoy en día el individuo no tiene que practicar el periodismo de manera profesional para poder ejercer su libertad de expresión y –lo que es más– no tiene que pertenecer a ningún medio masivo de comunicación para manifestar sus ideas; mucho menos, para hacerlas llegar a una gran cantidad de personas.

En tanto derecho de libertad, la de expresión se materializa en la medida que el Estado realiza conductas de omisión;¹⁰ en el caso de esta libertad manifestada a través de internet también el Estado debe mostrar una conducta pasiva frente a cualquier tipo de contenido o intervención en el envío de la información. Nótese

9 BGH, Urt. V. 24.01.2013 – III ZR 98/12 = VuR 2013, 18.

10 Como ha señalado la SCJN, la libertad de expresión se refiere a la facultad de toda persona de manifestarse libremente sin ser cuestionada sobre el contenido de sus opiniones y los medios que ha elegido para difundirlas; se trata de un derecho de libertad que concreta la autonomía de la voluntad y suele entenderse como un prerequisite para evitar la atrofia o el control del pensamiento. Véase la Tesis: 1a. CDXX/2014 (10a.), Primera Sala, Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I, Pag. 233

que mientras el Estado tiene el mandato de promover, garantizar y hacer efectivo el acceso universal a la internet a través de una determinada regulación y de políticas públicas concretas, en lo que respecta al contenido que circula por la internet el Estado debe mostrarse pasivo.

A esta obligación de pasividad suele denominársele como principio de neutralidad en la red; este se concreta en la prohibición de bloqueo, interferencia, discriminación, entorpecimiento y restricción del derecho de “cualquier usuario de internet para utilizar, enviar, recibir cualquier tipo de información”.¹¹ Cabe aclarar que el principio vincula no solo al Estado, sino también a las empresas proveedoras del servicio.

En este sentido, en la ya mencionada resolución de junio del 2017, la SCJN reconoció que el flujo de información por internet debe restringirse lo mínimo posible y que ello solo podría realizarse en circunstancias excepcionales y limitadas previstas en la ley, en aras de proteger otros derechos humanos.¹²

En el caso Ahmet Yildirim contra Turquía, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el TEDH”) reconoció que el acceso a internet constituye una forma de ejercer el derecho a la libertad de expresión, que comprende no solo la

11 Relator Especial de las Organización de las Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Representante para la libertad de los medios de comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, Relatora Especial de la Organización de los Estados Americanos para la libertad de expresión, y Relatora Especial sobre libertad de expresión y acceso a la información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet, punto 5 (a), 11 de junio del 2011.

12 Tesis: 2a. CII/2017 (10a.), Segunda Sala, Libro 43, Junio de 2017, Tomo II, Pag. 1433. FLUJO DE INFORMACIÓN EN RED ELECTRÓNICA (INTERNET). PRINCIPIO DE RESTRICCIÓN MÍNIMA POSIBLE.

facultad de transmitir información sino también de recibirla, por lo que el bloqueo absoluto de una plataforma de internet (*Google Sites*) constituía una violación al artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante “la CEDH”)¹³.

Un caso emblemático en Estados Unidos fue el de este y otros contra la Unión Americana de Libertades Civiles y otros, el cual fue resuelto mediante sentencia del 26 de junio de 1997; la N° 96-511. En el mismo se recurrió ante la Suprema Corte de Justicia estadounidense una sentencia del Tribunal de Distrito de Pennsylvania, que declaraba la inconstitucionalidad de la Ley para la Decencia en las Comunicaciones –*Communications Decency Act* o CDA– aprobada por el Congreso de ese país en febrero de 1996. Su Suprema Corte reiteró que la CDA era abiertamente contraria a la Enmienda I de la Constitución y señaló lo siguiente: “El interés por fomentar la libertad de expresión en una sociedad democrática sobrepasa cualquier teórico e improbable beneficio de la censura”.¹⁴

13 La demanda fue presentada por Ahmet Yildirim, un académico turco que tenía una página de internet alojada en *Google Sites* en la que publicaba sus opiniones y sus trabajos académicos. En junio del 2009, el tribunal de la provincia turca de Denizli ordenó el cierre preventivo de una página web alojada en esa misma plataforma; esta contenía insultos contra el expresidente Mustafa Kemal Atatürk, lo que según la legislación turca constituía un delito. Pero ante la imposibilidad técnica de bloquear una sola página, el citado tribunal ordenó que se bloqueara el acceso a toda la plataforma de *Google Sites* en Turquía; ello significó dejar a todos los usuarios, incluido el demandante, sin dicho servicio. El TEDH señala en su sentencia que la decisión del tribunal de Denizli fue una medida desproporcionada que atentó contra la libertad de expresión y opinión, consagrada en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos humanos. EGMR, Urt. V. 18.12.2012 -3111/10 AHMET YILDIRIM v. TURKEY.

14 La Ley para la Decencia en las Comunicaciones –aprobada por el Congreso estadounidense en febrero de 1996– prevé sanciones para quienes almacenen o distribuyan por la red informaciones, imágenes o sonidos que puedan considerarse obscenos o indecentes por agredir a la media de los valores morales de la comunidad. Esta norma fue sumamente polémica e impugnada

Por lo demás, la libertad de expresión tiene un contenido no solo individual sino también social o político ya que al garantizar la libre circulación de ideas y de pensamiento se garantiza la consolidación de una ciudadanía activa y participativa, requisito indispensable para una democracia plural.¹⁵ Así pues, la internet se constituye en un catalizador de la función social y política de la libertad de expresión; en un medio a través del cual se transmite información, se construye oposición y se mantiene una crítica constante sobre el Gobierno en funciones.

ante varios tribunales. Como resultado de una de dichas impugnaciones, un tribunal de Pennsylvania declaró la inconstitucionalidad de dicha ley el 11 de junio de 1996, por decisión unánime de sus tres jueces. Se afirma que la CDA limita injustificadamente el derecho a la libertad de expresión garantizado en la Enmienda I de la Constitución de Estados Unidos, ya que al no considerar las informaciones transmitidas por internet como prensa escrita se las somete a la censura previa por parte de la influyente Comisión Federal de Comunicaciones. Se denuncia también que esta ley lesiona las debidas garantías procesales (*due process of law*) reconocidas por la Enmienda V y además, en definitiva, la seguridad jurídica de los ciudadanos por la forma excesivamente vaga e imprecisa con la que se tipifican los supuestos que pueden entrañar atentados contra la decencia. Asimismo, se considera que la legítima protección de los menores no debiera limitar la libre difusión de informaciones o imágenes normales para adultos, ya que los suministradores de servicios no pueden determinar la edad de los usuarios.

Uno de los jueces del tribunal que declaró la inconstitucionalidad de la CDA, Stewart R. Dalzell, entendió que la internet implica una garantía para el desarrollo libre y autónomo de las comunicaciones entre los ciudadanos normales, frente a la prepotencia de los grandes magnates poseedores de los medios de información. Internet puede considerarse, según este juez, como una “conversación mundial sin fin”. Por ello, el Gobierno no puede arbitrariamente interrumpir esta conversación cívica por medio de normas como la CDA. Según el juez Dalzell, por ser la forma más utilizada para un diálogo participativo de masas desarrollada hasta el presente, la internet merece la más eficaz protección jurídica frente a intervenciones restrictivas gubernamentales que no se hallen debidamente justificadas.

15 Véase la Tesis: 1a. CDXIX/2014 (10a.). Primera Sala. Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I, Pag. 234.

Dicho lo anterior, cabe aclarar que no toda página de internet o contenido en la web son manifestaciones de la libertad de expresión pues hay páginas dedicadas a suministrar servicios, a realizar pagos o a celebrar contratos de compraventa o arrendamiento, entre muchos otros que por su naturaleza no son concreciones de la libertad de expresión sino de alguna otra manifestación humana que –dependiendo de cuál se trate– encontrará su protección constitucional o legal.

II. Sobre el discurso de odio

el concepto discurso de odio tiene sus orígenes en el derecho anglosajón y se trata de una traducción del término *hate speech*, utilizado por la Suprema Corte de Estados Unidos desde principios del siglo XX; hoy en día, el término suele usarse de manera generalizada. Dar una definición unívoca es una tarea poco sencilla, pues todo a lo que se le suele denominar como tal es –jurídicamente hablando– un discurso de odio.

Suelen resguardarse bajo el paraguas de este concepto a muchas y distintas expresiones; por ejemplo, quemar cruces en los barrios de personas de color, la negación del Holocausto del pueblo judío durante la Segunda Guerra Mundial, la promoción del exterminio del pueblo tutsi en Ruanda en 1994 y la quema de una imagen de los reyes de España en Catalunya durante una manifestación en el 2007, entre muchas otras.

En términos generales, se puede entender por discurso de odio la expresión que se utiliza para designar acciones antijurídicas o inmorales de muy diversa naturaleza. De forma concreta, se trata de toda manifestación dirigida a provocar el odio, la discriminación o la violencia contra miembros de un determinado grupo en razón de su etnia, religión, género u

orientación sexual.¹⁶ Natalie Alkiviadou define el discurso de odio como aquel que es dirigido hacia los individuos debido a sus características particulares como raza, origen étnico, nacionalidad, religión, lenguaje, orientación sexual, identidad de género y/o discapacidad.¹⁷ Según Mari Matsuda, el discurso de odio contiene una definición tripartita a sabiendas de que el mensaje es “de inferioridad racial, el mensaje es dirigido hacia grupos históricamente oprimidos y el mensaje es persecutorio, de odio y degradante”.¹⁸

1. Reconocimiento normativo del discurso de odio

El problema del discurso de odio redundante en determinar qué tipo de expresiones se consideran como tales y, en consecuencia, cuáles se encuentran cobijadas por la libertad de expresión y cuáles no. Desde el ámbito normativo, el discurso de odio ha sido contemplado en diversos documentos, la mayoría de ellos prohibiéndolo y no considerándolo una manifestación de la libertad de expresión.

El artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión y opinión, dando así cabida a una interpretación bastante amplia sobre los tipos de discursos que pudiesen verse protegidos por esta disposición.

16 Campos Zamora, Francisco J. “¿Existe un derecho a blasfemar? Sobre libertad de expresión y discurso del odio”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 41, DOXA, 2018, p. 284.

17 Alkiviadou, Natalie. “Regulating Internet Hate. A Flying Pig?”, JIPITEC., 2016, p. 219.

18 Slagle, Mark. ‘An Ethical Exploration of Free Expression and the Problem of Hate Speech’ *Journal of Mass Media Ethics*, 24:4 2009, p. 242.

La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio determina en su artículo tercero que será punible la “instigación directa y pública a cometer genocidio”; prescripción lógica dado que este crimen internacional supone la intención de destruir –total o parcialmente– a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

El artículo 20, numeral 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos preceptúa lo siguiente: “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

En esa línea, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial establece en su artículo cuarto, literal a, que es acto punible conforme a la ley “toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación”.

En el mismo sentido, pero de manera más restrictiva, se pronuncia la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o en las Convicciones; en su artículo segundo afirma a la letra lo que sigue: “1. Nadie será objeto de discriminación por motivo de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o particulares. 2. A los efectos de la presente Declaración, se entiende por ‘intolerancia y discriminación basadas en la religión o en las convicciones’ toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo

del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

Continuando con la legislación del mismo continente, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia estableció en su Recomendación General N° 7 que los Estados miembros deberían adoptar sanciones penales para combatir la difusión de expresiones racistas, incluso cuando las mismas no tuvieran como propósito específico la incitación de violencia contra una minoría. En sintonía con ello, la Comisión Europea para la Democracia mediante la Ley señala que “la incitación al odio –incluido al odio religioso– debería ser objeto de sanciones penales”, como sucede en casi todos los Estados europeos.

En un ámbito regional y sobre el mismo tema, la Convención Americana sobre Derechos humanos preceptúa en su artículo 13, numeral 5, que será “prohibida por la ley toda propaganda a 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, idioma y origen nacional”.

Como último recurso internacional, es oportuno citar al Consejo de Europa en su Recomendación N° 97; en esta, a la letra se reconoce el discurso de odio refiriéndose a “cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluyendo la intolerancia manifestada mediante un nacionalismo y etnocentrismo agresivos, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante”.

2. Reconocimiento jurisprudencial del discurso de odio

En el ámbito jurisprudencial es quizá donde el discurso de odio ha sido analizado con mayor profundidad. Como ya se señaló, se trata de un concepto acuñado por la Suprema Corte de Estados Unidos pero su interpretación ha variado mucho durante el transcurso del siglo XX y hasta la actualidad.

En una primera resolución, caso *Schenck* contra Estados Unidos,¹⁹ la Suprema Corte de ese país entendió que el *hate speech* se refería a una errónea o indebida propensión de un discurso para un estado de cosas, capaz de hacer inútiles o poner en riesgo los objetivos que el Gobierno puede perseguir legítimamente. En este caso la citada Suprema Corte se refirió a la propensión indebida (*bad tendency*) del discurso público, susceptible de causar un “mal importante” (*substantive evil*) en un futuro incierto pero vinculado a las circunstancias excepcionales del momento.

En el caso *Abrams* contra Estados Unidos, fallado en 1920, los jueces Holmes y Brandeis firmaron un voto disidente argumentando que la *bad tendency* mutó hacia el denominado *clear an present danger*; esto es, la necesidad de traspasar los márgenes del razonamiento abstracto y potencial, para embarcarse en argumentos sobre la capacidad del discurso para causar daños concretos y consecuenciales.²⁰

Es en el caso *Brandenburg* contra Ohio, la Suprema Corte hace propio este último concepto y señala que los discursos que inciten a la insurrección o la desobediencia se encuentran protegidos por el ejercicio de la libertad de expresión, salvo si

19 Suprema Corte de Estados Unidos. *Schenck vs Estados Unidos*, 249 US 47, 1919.

20 Suprema Corte de Estados Unidos. *Abrams, vs United States*, 250 US. 616, 1920.

van acompañadas de una incitación a la acción inmediata, directa e inminente.²¹

Más recientemente, en el caso *New York Times Co. contra Sullivan* la Suprema Corte señaló que “con el trasfondo del arraigado compromiso nacional en favor del principio de que la discusión sobre los asuntos públicos ha de ser desinhibida, consistente y amplia, la misma bien puede conllevar críticas vehementes, o cáusticas, así como ataques incisivos que resulten poco gratos para el gobierno o para quienes desempeñan cargos públicos”.²²

El *hate speech* también ha sido mencionado, aunque no definido, por la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Europea”) refiriéndose a este como “todas las formas de expresión en las cuales se propague, incite, promueva o justifique el odio basado en la intolerancia incluyendo la intolerancia religiosa”.²³ En el caso *Vejedland contra Suecia*, la Corte Europea sostuvo que no es necesario que el discurso “directamente recomiende a los individuos cometer actos de odio”,²⁴ dado que los ataques hacia las personas pueden ser cometidos a través de “insultos, ridiculización o calumnias hacia grupos específicos de la población”.²⁵

21 Suprema Corte de Estados Unidos. *Brandenburg vs Ohio*, 395, US. 444, 1969.

22 Suprema Corte de Estados Unidos. *New York Times Co. vs Sullivan*, 376 US, 1964, 254, 270.

23 *Gündüz v Turkey*, App. No 35071/97 (ECHR, 4 December 2003) para. 40, *Erbakan v Turkey*, App. No 59405/00, (6 July 2006) para.56. Traducción de “all forms of expression which spread, incite, promote or justify hatred based on intolerance including religious intolerance.”

24 *Vejedland and Others v Sweden*, App. No 1813/07 (ECHR 09 February 2012) para.54. Traducción de “to directly recommend individuals to commit hateful acts”

25 *Ibíd.*, párr. 55. Traducción de “insulting, holding up to ridicule or slandering specific groups of the population”

También el TEDH ha señalado que el “pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras,” sin las cuales no hay sociedad democrática, exige dar cobertura a las “ideas” o “informaciones” contempladas como inofensivas o indiferentes, pero también a aquellas otras “capaces de ofender, sacudir o molestar al Estado o a un sector de la población”.²⁶

En la Recomendación N° R(97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa emitida el 30 de octubre de 1997, a la letra se “insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propaguen, inciten o promuevan el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiestan a través del nacionalismo agresivo, el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes o personas de origen inmigrante”.

Esto se desprendió de la interpretación del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos humanos hecha por el citado Comité; en el artículo primero de dicha interpretación se señala que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión y en el siguiente afirma que su ejercicio entraña responsabilidades, condiciones, restricciones y sanciones previstas por la ley cuando sea necesario, pues en una sociedad democrática es fundamental velar por la protección de la reputación o de los derechos ajenos.

La Recomendación N° R(97) 20 comenzó a tener efectos legales reales cuando en la sentencia del 8 de julio de 1999, aplicada por el TEDH en el caso *Erdogdu e Ince contra Turquía*, determinó que la libertad de expresión no ofrece cobertura al “discurso del odio”, entendiendo este como el desarrollado con una incitación directa a la violencia en perjuicio de ciudadanos, determinadas razas o creencias.

26 Cfr. TEDH. *Handyside vs Reino Unido*, 1 European Human Rights Reports (EHRR), 1979, p. 737. Es la primera sentencia de este tipo.

En España, el Tribunal Constitucional de ese país destacó que el artículo 10 de la CEDH no protege solo ideas e información objeto de expresión sino también la manera en que se plasman²⁷ –lo que quiere decir que son consideradas– además de las habituales formas de expresión del discurso oral y escrito; así también, los medios de expresión como la exhibición de símbolos o conductas que tengan el fin de transmitir opiniones, ideas e información y dependerá de cada caso que se interprete bajo la forma de expresión que corresponda.

A pesar de lo mencionado, se precisa que las críticas hacia los titulares de un cargo público o los representantes de una institución –no importando que resulten desabridas o inquietantes– son materializaciones de la participación política ciudadana y no podrán ser restringidas. Mas esa inmunidad desaparece cuando el discurso únicamente externe ultraje o vejación. Esta diferenciación es importante para valorar qué es el ejercicio de la libertad de expresión y qué es discurso de odio. Así pues, aquello que se dirige a actos de destrucción y sugieren una acción violenta es susceptible a contener mensajes de odio y, por ende, no merecer protección constitucional.

La STC 177/2015 dictada por el pleno del Tribunal Constitucional español, trae causa de la sentencia del Juzgado Central de la Audiencia Nacional que declaró probado que “el día 13 de septiembre de 2007, con motivo de la visita institucional de S.M. el Rey a la ciudad de Gerona, J. y E. quemaron, previa colocación boca abajo, una fotografía de SS. MM. los Reyes de España en el curso de una concentración en la Plaza de Vino de esa capital. A dicha concentración le había precedido una manifestación encabezada por una pancarta que decía ‘300 años

27 Cfr. González, Teodoro. “Discurso del odio y libertad de expresión ideológica”, *Cuadernos de periodistas*, Revista de Asociación de la Prensa de Madrid, N° 33, 2016, p. 127.

de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española’. Los citados iban con el rostro tapado para no ser identificados y, tras colocar la citada fotografía de gran tamaño de SS. MM. los Reyes en la forma expuesta, en el centro de la plaza se procedió por E. a rociarla con un líquido inflamable y por J. a prenderle fuego con una antorcha procediendo a su quema, mientras eran jaleados con diferentes gritos por las varias decenas de personas que se habían reunido en la citada plaza”.

De lo anterior se dijo que de ninguna manera los hechos constituidos pueden ser considerados ejercicio de libertad de expresión, toda vez que el acto de incendiar la imagen de los reyes pretende generar odio. Se señaló que no existiría reproche alguno si quien se manifestara se hubiese limitado a expresar un discurso, por ejemplo, en defensa de la independencia del País Vasco y el socialismo pues España es una democracia tolerante y no militante. Sin embargo, fueron declarados reprobables los medios de expresión con violencia y vulneradores de derechos fundamentales.²⁸

3. Posturas

En términos generales, el discurso de odio no forma parte de la libertad de expresión; pero lo que hay que determinar, en consecuencia, es lo que se entiende por discurso de odio y como ya puede advertirse se está quizá en presencia de dos posturas. Una amplia –llámese la estadounidense– que entiende que todo tipo de discurso incluso ofensivo, insultante o antisistema forma parte de la libertad de expresión, siempre y cuando no se den las condiciones de una amenaza real e inminente que conlleve a cometer actos de violencia; la otra postura –la europea– es la que

28 Cfr. *Ibid.*, p. 130

concibe al discurso de odio como toda manifestación contraria a los principios democráticos, aunque no se actualice una amenaza real que incite a la violencia.

A favor de esta última se puede citar por ejemplo a Jeremy Waldron,²⁹ quien señala que el rasgo definitorio del discurso del odio no es la inminencia del riesgo sino la capacidad de la expresión para atentar contra la dignidad humana; esta se ve menoscabada cuando las características raciales, religiosas o culturales del individuo son asociadas de una forma indiscriminada con comportamientos antisociales.³⁰

En este sentido, Waldron identifica las cuatro siguientes formas que puede adoptar este discurso difamatorio contra una colectividad: la imputación generalizada a los miembros de un grupo de la comisión de hechos ilícitos, como cuando se indica que todas las personas de origen latinoamericano cometen actos de violación; mediante caracterizaciones que denigran a los miembros de la comunidad, como señalar que los judíos son avaros o maliciosos; a través de referencias a animales o cosas, de modo que se prive a los miembros de la colectividad atacada de su condición de seres humanos; y mediante prohibiciones en atención a los rasgos definidores del grupo, como negar a personas de color la entrada a sitios públicos de.³¹

El objeto de la prohibición del discurso del odio es el ataque a la dignidad de los miembros de las colectividades difamadas, pues al hacerlo se desfigura la apariencia de la sociedad como colectividad comprometida con los principios básicos de justicia.

29 Jeremy Waldron. *The harm in hate speech*, London, Harvard University Press, 2014. p. 55

30 Díaz Soto, José Manuel. “Una aproximación al concepto del discurso del odio”, *Revista Derecho del Estado*, N° 34, 2015, p. 87.

31 Jeremy Waldron. *The harm in hate speech*, Op. Cit. pp. 56 y ss.

Desde esta perspectiva, el discurso de odio trae consigo la inconcebible premisa que ciertos individuos, grupos o colectivos son mejores que otros; esto es, que existen personas de primera y de segunda categoría. En este sentido, el discurso ataca de manera frontal el sustento básico sobre el que descansan los derechos humanos; y es que si todas las personas son igualmente humanas, todas gozan de la misma dignidad inherente a dicha condición humana y –por lo tanto– todas merecen protección ante las formas más insidiosas de violencia, exclusión, indignidad y subordinación.³²

En la misma línea de Waldron, Pérez-Madrid afirma que la prohibición del discurso de odio se funda en el reconocimiento de la dignidad humana; en la garantía del goce igualitario de los derechos y libertades “sin distinción alguna de raza, color [o] sexo”; y en la protección contra la discriminación y la incitación a la discriminación. En consecuencia, se admite la posibilidad de imponer limitaciones a tales expresiones en aras de procurar el “reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás”.³³ Ello, debido a que –como sostiene Alexander Bomogolov– prohibir la incitación al odio por motivos de raza, nacionalidad o religión no constituye una violación a la libertad de prensa o de expresión.³⁴

32 Jeremy Waldron. *The harm in hate speech*, London, Harvard University Press, 2012. p. 82 ss.

33 Cfr. Francisca Pérez-Madrid. “Incitación al odio religioso o ‘hate speech’ y libertad de expresión”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 19, 2009, p. 5.

34 Roger Kiska. “Hate speech: A comparison between the European Court of Human Rights and the United States Supreme Court jurisprudence”, *Regent University Law Review*, vol. 25:107, pp. 118 ss.

III. Discurso de odio en internet

Así como la internet ha potenciado el ejercicio de la libertad de expresión, también ha potenciado la posibilidad de manifestar el discurso de odio. Resguardado en el anonimato, se ha convertido en un espacio para expresar discursos de odio de manera irresponsable y sin consecuencia alguna. Así como es un instrumento que potencia y consolida la democracia, también puede ser una herramienta que la amenaza y atenta contra su estabilidad.

Internet “magnifica la voz y multiplica la información al alcance de todo aquel que tiene acceso a éste”.³⁵ Sin embargo, a pesar de los aspectos positivos que brinda en el ámbito de la libertad de expresión y el intercambio de ideas, también proporciona una plataforma para la promoción y la diseminación del odio. Ciertamente el discurso de odio existía antes de la internet, pero esta ha proporcionado un medio efectivo y accesible para la comunicación y la expresión del odio de los grupos e individuos. Al mismo tiempo, surge además una nueva dimensión del problema que es el de la regulación o contención de este tipo de discursos, particularmente debido a la naturaleza de la internet al ser un medio global, tendiente a extenderse y anónimo.

Es en el anonimato donde se encuentran los obstáculos para implementar procedimientos legales comunes y la aplicación de las leyes tradicionales. Este nuevo medio de actuar no conoce de fronteras jurisdiccionales.

35 Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, David Kaye (22 May 2015) A/HRC/29/32, para 11. Traducción de “magnifies the voice and multiplies the information within reach of everyone who has access to it”

Para el 2000, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, emitió una recomendación que combatía la diseminación del racismo, la xenofobia y el material antisemita vía internet, recomendando que los Estados debían asegurar que las leyes nacionales relevantes también apliquen eso al material subido a dicha red informática y enjuicien a los perpetradores de ofensas relevantes.³⁶

En el 2001, la Declaración y el Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia observó que los Estados debían “implementar sanciones legales, de acuerdo con la ley internacional de derechos humanos, con respecto a la incitación del odio racial a través de las tecnologías de nueva información y comunicación, incluyendo la Internet”.³⁷

Es importante notar que aunque hay un consenso general entre organizaciones como el Consejo Europeo, la Organización de las Naciones Unidas, la Unión Europea y la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa en lo relativo a que el odio en internet debe ser regulado, el Relator Especial acerca de la Libertad de Expresión de Organización de las Naciones Unidas sostuvo que una regulación excesiva de la misma para “preservar el tejido moral y la identidad cultural de las sociedad, es paternalista”.³⁸ Sin embargo, no se hizo ninguna extrapolación

36 Véase la recomendación núm. 6 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia. “*Combating the Dissemination of Racist, Xenophobic and Antisemitic*”. Se puede consultar en: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-6-on-combating-the-dissemination/16808b5a8d>

37 Véase la Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia. Cito en <https://www.un.org/WCAR/durban.pdf>

38 Report of the Special Rapporteur, Mr. Abid Hussain, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 1997/26 (28 January 1998) E/CN.4/1998/40, para. 45. Traducción de “preserve the moral fabric and cultural identity of societies is paternalistic.”

acerca de lo que específicamente podría caer en una regulación excesiva.

La posición común tomada por los Estados es que “lo que es ilegal y castigable en el formato *offline*, debe también ser tratado como ilegal en el ámbito *online*”.³⁹ En este sentido debe quedar claro entonces que la internet no es un espacio sin normas; el principio de neutralidad en la red no significa que sea un espacio vacío de regulación, sino más bien un ámbito en el que deben prevalecer los principios y valores del Estado constitucional y democrático de derecho. En consecuencia, la libertad de expresión ejercida a través de internet debe ser limitada en aras de proteger estos otros principios y valores. Así pues, el contenido de la información que se transmite debe estar sujeto a determinadas restricciones,⁴⁰ mismas que obedecerán a un estricto principio de ponderación entre la libertad de expresión y el principio o valor constitucional con el que entre en colisión.

39 Akdeniz, Yaman. ‘Racism on the Internet’ (Council of Europe publishing 2009), 21. Traducción de “what is illegal and punishable in an offline format must also be treated as illegal and punishable online.”

40 Al respecto, la política de desnudos en las normas comunitarias de Facebook dice: “Restringimos la exhibición de desnudos para evitar que determinados sectores de nuestra comunidad mundial que muestran una especial sensibilidad ante ellos se puedan sentir mal, en particular, por su contexto cultural o su edad [...] Como resultado, nuestras políticas pueden ser a veces más directas de lo que nos gustaría y restringir contenido compartido con fines legítimos [...] Eliminamos fotografías que muestren los genitales o las nalgas en su totalidad y de una forma directa. También restringimos algunas imágenes de senos femeninos si se muestra el pezón, pero siempre permitimos fotos de mujeres amamantando o que muestren los pechos con cicatrices por una mastectomía. También permitimos fotografías de pinturas, esculturas y otras obras de arte donde se muestren figuras desnudas. Las restricciones sobre la exhibición de desnudos y actividades sexuales también se aplican al contenido digital, a menos que dicho contenido se publique con fines educativos, humorísticos o satíricos. Se prohíben las imágenes explícitas de relaciones sexuales. También podemos eliminar descripciones de actos sexuales que sean demasiado gráficas”.

Conclusiones

El ejercicio de la libertad de expresión ha cambiado radicalmente desde que ésta fue concebida en las primeras declaraciones de derechos hasta el presente. De ser asumida solo como libertad de prensa, ejercible únicamente por los profesionales del periodismo, ha pasado a ser un derecho válido para todas las personas. Ello ha sido posible hoy en día, gracias al uso de las nuevas tecnologías y a la existencia de la internet que se ha constituido en un derecho instrumental de la libertad de expresión.

Por lo demás, la libertad de expresión es un derecho que —más que otros— contribuye a la consolidación del Estado democrático en tanto que a través de ésta se materializa el principio de pluralidad. Si a ello se suma el tráfico de información que circula en dicha red informática y que genera en consecuencia una sociedad plural informada, la internet se constituye entonces en un instrumento que sirve también para dicha consolidación.

Pero a la hora de delimitar el contenido constitucional de la libertad de expresión, surge el dilema de determinar si cierto tipo de manifestaciones como aquellas que atacan contra el *statu quo*, atacan a determinados sectores poblacionales, hacen apología al delito o al terrorismo, se encuentran protegidas o no por la libertad de expresión.

Este tipo de manifestaciones han sido denominadas discurso de odio, que obedece a la traducción del término anglosajón *hate speech* utilizado por la Suprema Corte de Estados Unidos. El concepto ha tenido distintas manifestaciones identificadas en este trabajo como la postura estadounidense y la postura europea. La primera es más laxa y permite como contenido de la libertad de expresión todo tipo de discurso odioso, siempre y cuando no exista una amenaza real e inminente que implique que del

discurso se proceda al actuar violento; la segunda postura prohíbe todo tipo de manifestación que contenga como tal un ataque a la dignidad y a los derechos de terceros.

Aunado a lo anterior, así como se señaló que la internet potencia la libertad de expresión también lo hace respecto del discurso del odio y que la posibilidad de controlar los contenidos que circulan en esta red informática se vuelve algo complicado, debe quedar claro que la misma no es un espacio ajeno al derecho sino que ahí deben concretarse los principios y valores que rigen al Estado constitucional de derecho, de tal forma que lo que no está permitido *off line* no tendría por qué tolerarse *on line*.

El impacto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el combate de la esclavitud contemporánea en Brasil: una relación de implicación

*Silvio Beltramelli Neto**

*Mônica Nogueira Rodrigues***

Introducción

Este documento propone la investigación de la influencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la CIDH”) en el desarrollo normativo y las políticas públicas para enfrentar la esclavitud contemporánea en Brasil, con base en los casos de José Pereira y de los trabajadores de la hacienda Brasil Verde, ambos contra Brasil.

* Profesor titular de la Pontificia Universidad Católica de Campinas (PUC-Campinas), Centro de Ciencias Humanas y Sociales Aplicadas, Facultad de Derecho; parte de la línea de investigación “Cooperación internacional y derechos humanos” y del grupo de investigación “Derecho en un mundo globalizado”; miembro del Ministerio Público de Brasil.

** Estudiante de maestría en el Programa de posgrado en Derecho de la PUC-Campinas; parte de la línea de investigación “Cooperación internacional y derechos humanos”; becaria CAPES II/PROSUC (Programa de Apoyo de Posgrado para Instituciones Comunitarias de Educación Superior); integrante del grupo de investigación “Derecho en un mundo globalizado”; coordinadora del subgrupo CIADI/CPA del Núcleo de estudios de la Corte Internacional de la USP; asistente judicial en el Tribunal de Justicia de São Paulo.

El acuerdo amistoso alcanzado en el 2003 en el litigio del caso Pereira,¹ condujo a la primera asunción internacional por parte del Estado brasileño de la ocurrencia del trabajo esclavo contemporáneo en el país y a la profunda alteración del concepto normativo de esta práctica (artículo 149 del Código Penal). Y las políticas públicas para hacer frente a esta herida presentaron el advenimiento del Plan nacional para la erradicación del trabajo esclavo, de la Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Esclavo (en adelante “la CONATRAE”) y de la “Lista sucia” de empleadores atrapados deteniendo empleados en forma análoga a la de un esclavo. Así se elevó al país a la condición de un paradigma global, según la Organización de las Naciones Unidas (en adelante “la ONU”) y la Organización Internacional del Trabajo (en adelante “la OIT”).

Asimismo, la decisión del 2011 adoptada por la CIDH en el caso de los trabajadores de la hacienda Brasil Verde², respaldada por la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana” o “la Corte IDH”) emitida en el 2016, a pesar de sus antecedentes fácticos frente a la solución del caso José Pereira puede avanzar en el análisis de la coyuntura brasileña sobre el tema, señalando las mejoras necesarias dirigidas a las acciones en los ámbitos administrativo y judicial; asimismo, arroja luz sobre las amenazas de retroceso que han sido confirmadas por eventos recientes como –por ejemplo– la suspensión de la Lista sucia de trabajo esclavo del Ministerio de Trabajo y Empleo (en adelante “la Lista sucia”), las propuestas legislativas para mitigar el

1 CIDH. Caso *José Pereira*, Solución amistosa, Petición 11.289, Informe N° 95/03, Brasil, 24 de octubre del 2003, disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/Brasil.12289.htm>

2 CIDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde, Relatário n° 169/11, caso 12.066, 03 de noviembre del 2011, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2015/12066FondoPt.pdf>

concepto normativo nacional vigente, una reforma de las leyes laborales brasileñas que favorecen la recurrencia de la esclavitud, la desaparición del Ministerio de Trabajo y Empleo así como la extinción *sub iudice* de la CONATRAE.

Por lo tanto, el presente estudio pretendía –en tiempos de amenaza a los avances realizados– resaltar la pertinencia de la reafirmación de los parámetros normativos y político-administrativos conquistados por la acción de la CIDH con respecto al fenómeno de la esclavitud contemporánea en Brasil, a través de un rescate histórico y estructurado de los casos contenciosos que trataron el tema en el marco del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante “el sistema interamericano”). Así, se utilizó el método de enfoque deductivo y el de procedimiento histórico-bibliográfico.

I. El sistema interamericano y la aceptación de su jurisdicción por parte del Estado brasileño

El principal documento de dicho sistema es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana”, “la CADH” o “el Pacto de San José”), firmada en 1968 y vigente desde 1978 a la cual los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos pueden adherir. Otro documento importante es el Protocolo Adicional a la CADH (en adelante “el Protocolo de San Salvador”), vigente desde 1999, que aborda específicamente los derechos sociales. Además de la previsión de varios derechos humanos, la Convención Americana ha establecido mecanismos de monitoreo e investigación a través de la CIDH y la Corte Interamericana.

Brasil adoptó el Pacto de San José en 1992 y reconoció la jurisdicción de la Corte IDH en 1998 durante el período de

redemocratización, en el que el Estado necesitaba mostrar al mundo su compromiso con los derechos humanos. Es de destacar que dicha redemocratización tiene como hito la Constitución federal de 1988 que trajo en su quinto artículo, numeral 2, la disposición relativa a que los derechos y las garantías que contiene el documento “no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte”. Por lo tanto, está claro que los tratados que esta ha ratificados son parte de su sistema legal.

Esta fue la historia de Brasil, con matices, entre los otros Estados latinoamericanos. Como señaló Piovesan, el sistema interamericano debe analizarse considerando su contexto histórico ya que es una región con un alto grado de exclusión y desigualdad social, recientemente gobernada por dictaduras y con democracias en consolidación.³ Así, “[...] la región latinoamericana tiene un doble desafío: romper definitivamente con el legado de la cultura dictatorial autoritaria y consolidar el régimen democrático, con pleno respeto de los derechos humanos”⁴.

Al adherirse a la Convención Americana y aceptar la jurisdicción de la Corte IDH⁵, se puede afirmar que Brasil debe

3 Piovesan, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*, 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 102. La traducción es de los autores.

4 *Ibid.*, p. 103.

5 “A nivel consultivo, cualquier miembro de la OEA, ya sea que forme parte o no de la Convención, puede solicitar la opinión de la Corte con respecto a la interpretación de la Convención o de cualquier otro tratado sobre la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. La Corte aún puede dar su opinión sobre la compatibilidad de los preceptos de la ley nacional frente a los instrumentos internacionales, por lo tanto, realiza el ‘control de la convencionalidad de las leyes’ [...] En el plan contencioso, la jurisdicción de la Corte para conocer casos está, a su vez, limitada a aquellos Estados Parte de

respetar las normas del sistema interamericano. Piovesan sostiene, al respecto, lo siguiente: “Al aceptar el sistema interamericano, así como las obligaciones internacionales derivadas de él, el Estado ahora acepta el monitoreo internacional en cuanto a la forma en que se respetan los derechos fundamentales en su territorio. El Estado siempre tiene la responsabilidad primaria de proteger los derechos humanos, y la acción internacional es una acción complementaria, adicional y subsidiaria. Desde esta perspectiva, destaca el desempeño de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.⁶

En este escenario, la Comisión Interamericana desempeñó un papel importante en la construcción de estándares para la protección de los derechos humanos en América Latina, incluido Brasil. Según Piovesan, para el 2017 solo dieciséis casos habían sido remitidos a la Corte IDH contra Brasil. Por otro lado, más de 140 casos fueron sometidos a la Comisión Interamericana, siendo estos nueve litigios y siete medidas provisionales. Los mismos se pueden resumir en diez temas: detención arbitraria, tortura y asesinato cometidos durante el régimen autoritario militar; violación de los derechos de los pueblos indígenas; violencia rural; violencia policial y otras violaciones por parte de agentes estatales; violación de los derechos de niños, niñas y adolescentes; violación de los derechos de las mujeres; discriminación racial; violencia contra los defensores de los derechos humanos; violación de los derechos de otros grupos vulnerables; y violación de los derechos sociales.⁷

la Convención que reconocen expresamente dicha jurisdicción en virtud del Artículo 62 de la Convención. Solo la Comisión Interamericana y los Estados Partes pueden remitir un caso a la Corte Interamericana, y no existe ninguna disposición sobre la legitimidad de la persona en virtud del artículo 61 de la Convención Americana”. *Ibid.*, pp.112 y 113.

6 *Ibid.*, p. 107.

7 *Ibid.*, pp. 109 y 110.

Con esto en mente, la violación de los derechos sociales se analiza a partir de la protección legal existente contra la esclavitud contemporánea en el sistema interamericano y en la escena internacional en su conjunto, así como la protección constitucional.

II. Protección contra la esclavitud contemporánea a nivel nacional e internacional, y su reconocimiento como normas de *ius cogens*

El texto del artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante “la Declaración Americana”) inicia así: “Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación”; además, agrega que quien “trabaja tiene derecho a recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y capacidad de trabajo, le garantiza un nivel de vida conveniente para sí misma y para su familia”. La Convención Americana, a su vez, en su artículo 6 sobre la prohibición de la esclavitud y la servidumbre contenida en el numeral 1 establece que ninguna persona será sometida “a la esclavitud o la servidumbre” que –junto con la esclavitud y la trata de mujeres– “estarán prohibidas en todas sus formas”; el segundo numeral de este artículo determina que nadie estará obligado a realizar trabajos forzados. Además, los derechos a la integridad personal, la libertad personal y la circulación están directamente relacionados con esta protección.

No solo está lo anterior; la protección contra la esclavitud contemporánea se encuentra respaldada por otros documentos internacionales. Según el artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, “[n]adie será sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y el trato a los esclavos en todas sus formas están prohibidos”. El Convenio N° 29 de la OIT sobre el

trabajo forzoso u obligatorio, punto 2.1, establece que la expresión “trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”.

Además, la esclavitud sería un ejemplo de crimen de lesa humanidad en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población, por lo que su práctica puede llevarse a la Corte Penal Internacional establecida por el Estatuto de Roma. Según el artículo 5 de este, la Corte Penal Internacional tendrá jurisdicción para juzgar cuatro tipos de delitos a saber: genocidio, crimen de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión. El artículo 7 del Estatuto de Roma, a su vez, detalla el crimen de lesa humanidad siendo este “cualquiera de los siguientes actos, cuando se comete en el marco de un ataque generalizado o sistemático contra cualquier población civil, con conocimiento de ese ataque”; el literal c de dicho artículo contempla la esclavitud.

Estas son solo algunas de las reglas que plantean la repulsión a la esclavitud contemporánea; se pueden citar otras como, por ejemplo, el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Internamente, la Constitución federal brasileña brinda la protección de los derechos fundamentales a la igualdad y la libertad (artículo 5, capítulo I), así como al libre ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión (artículo 5, numeral 13, capítulo I), además de otras protecciones laborales presentes en el artículo 7.

También se podría argumentar la repulsión contra la esclavitud contemporánea en la condición de la dignidad de la persona humana, con base en lo expresamente determinado por la República Federativa de Brasil en lo dispuesto dentro del

artículo 1, numeral 1, capítulo III constitucional, ya que donde hay esclavitud no hay espacio para la dignidad.

Existen numerosas protecciones en lo internacional y nacional, pero incluso –si no fuera así– el amparo contra la esclavitud es una norma de *ius cogens*; es decir, esta debe ser cumplida por los Estados independientemente de la ratificación de cualquier tratado o convención, o de la previsión en el ordenamiento jurídico interno. Una regla del *ius cogens* se describe inicialmente en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como una norma imperativa de derecho internacional general; “es una norma –se afirma– aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Las reglas del *ius cogens* “contienen valores considerados esenciales para la comunidad internacional en su conjunto y, por lo tanto, están dotadas de superioridad normativa en el choque con otras normas del derecho internacional”.⁸ Como resultado, “la voluntad aislada de un Estado o grupo de Estados, entonces, no puede ofender una norma internacional convincente”.⁹

“El *jus cogens*, identificado con los principios generales del derecho del orden material, sirve a los intereses superiores de la comunidad internacional en su conjunto; tales intereses, a su vez, se expresan en las normas imperativas del Derecho Internacional (*jus cogens*), que emanan de la conciencia jurídica universal en cada momento histórico, y que allanan el camino para la construcción de un nuevo *jus gentium*, el Derecho Internacional

8 Carvalho Ramos, André. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p.17.

9 Ibid., p.17.

para la humanidad. El *jus cogens* existe en realidad en beneficio de los seres humanos, y en última instancia de la humanidad”¹⁰.

Como se señaló, la esclavitud se tipifica como un crimen de lesa humanidad en el artículo 7, numeral 1, literal a del Estatuto de Roma, en cuyo preámbulo se declaró que los crímenes más graves que afectan a la comunidad internacional en su conjunto no debe quedar impunes; para garantizar eso de manera efectiva, es necesario adoptar medidas en lo interno de los Estados y fortalecer la cooperación internacional.

Según lo declarado por Cançado Trindade, los crímenes contra la humanidad consagrados en el Estatuto de Roma –incluida la esclavitud– no pueden sufrir ningún tipo de limitaciones ya que los mismos están en el dominio del *jus cogens*.¹¹ Por lo tanto, todos los Estados del mundo sin excepción deben respetar la prohibición de la esclavitud lo cual incluye, ciertamente, al brasileño. Esto significa que deben tomar las medidas necesarias para garantizar que ningún ser humano sea sometido a la esclavitud. En tal sentido, al incumplir este

10 Cançado Trindade, Antônio Augusto. *Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law*. in XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2008, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2009, p.39. Traducción de los autores. Original: “*Jus cogens, identified with general principles of law of material order, serves the superior interests of the international community as a whole; such interests, in turn, find expression in the peremptory norms of International Law (jus cogens), emanating from the universal juridical conscience in each historical moment, and paving the way for the construction of a new jus gentium, the International Law for humankind. Jus cogens exists indeed for the benefit of human beings, and ultimately of humankind*”.

11 Cançado Trindade, Antônio Augusto. “Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal de justiça internacional”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n.57, p-37/68, 2010, p. 43, disponible en <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/124/116>

deber internacional el Estado brasileño fue denunciado ante la Comisión Interamericana.

III. El caso de José Pereira y la consecuente posición de Brasil como paradigma en la lucha contra la esclavitud contemporánea

La importancia del caso de José Pereira resulta en el reconocimiento por parte del propio Estado brasileño de su responsabilidad internacional y las medidas adoptadas a partir de entonces. Según el Informe N° 95/03 de la Comisión Interamericana, el trámite de la demanda presentada ante esta comenzó el 16 de diciembre de 1994 a petición de *Americas Watch* junto con el Centro de Justicia y Derecho Internacional (en adelante CEJIL) contra Brasil. Las denuncias se referían a la existencia de trabajo esclavo, la violación del derecho a la vida y la violación del derecho a la justicia en la zona sur del Estado de Pará.

Según ambas organizaciones, sesenta trabajadores se sintieron atraídos por falsas promesas sobre condiciones de trabajo que no existían; al no poder abandonar el lugar, en la práctica fueron sometidos a trabajos forzados, inhumanos e ilegales. En este escenario, José Pereira –de 17 años– resultó gravemente herido por disparos de hombres armados que intentaban evitar la fuga de trabajadores detenidos en condiciones de esclavitud, sufriendo lesiones permanentes en los ojos y la mano derecha; otro trabajador fue asesinado mientras intentaba escapar de la granja Espírito Santo en 1989.

Las bases legales presentadas por dichas organizaciones fueron la violación de los artículos I (derechos a la vida, la libertad, la seguridad e integridad personal), XIV (derecho al trabajo y a

una remuneración justa) y XXV (derecho a la protección contra la detención arbitraria) de la Declaración Americana; también se alegó la violación de los artículos 6 (prohibición de la esclavitud y la servidumbre), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) en conjunción con el artículo 1 de la CADH.

Se celebraron varias reuniones y audiencias sobre el caso, así como una visita *in situ* a la región por parte de la Comisión Interamericana; esta aprobó, el 24 de febrero de 1999, el informe sobre la admisibilidad del caso en el cual se concluía que el Estado brasileño era internacionalmente responsable por las violaciones alegadas en la solicitud. El proceso de solución amistosa se inició luego, lo que resultó en el logro de un acuerdo –el 18 de septiembre del 2003– mediante el cual el Estado brasileño reconoció su responsabilidad internacional por las violaciones de derechos humanos denunciadas, ya que sus órganos no actuaron para evitar su cometimiento. Como resultado, se comprometió a pagar a Pereira R\$ 52 000; también asumió el deber de continuar los esfuerzos para hacer cumplir las órdenes de arresto contra los acusados de los crímenes denunciados.

El reconocimiento de la citada responsabilidad ocurrió durante la solemnidad de la creación de la CONATRAE, la cual tuvo lugar en la fecha de la firma del acuerdo mencionado. Además, se han convenido medidas preventivas que son de suma importancia para avanzar en la protección de la esclavitud contemporánea en el país, las cuales se dividieron en cambios legislativos, aplicación y represión del trabajo esclavo, y medidas para crear conciencia sobre esta práctica.

Además, el Estado brasileño se comprometió a hacer los esfuerzos necesarios para aprobar el entonces proyecto de Ley N° 2130-A de 1996, que incluiría como una violación del orden económico el uso de “mecanismos ilegítimos para reducir los

costos de producción, como el impago de impuestos laborales y sociales, explotación del trabajo infantil, esclavo o semiesclavo”; también aceptó enmendar el artículo 149 del Código Penal mediante el proyecto de Ley N° 5.693, presentado por la señora Zulaiê Cobra, además de defender la determinación de la jurisdicción federal ante el juicio del delito de reducción en la situación análoga a la de un esclavo para, así, evitar la impunidad.

Con respecto a la ejecución y el enjuiciamiento, Brasil asumió que debía fortalecer el Servicio de Fiscalía; buscar el cumplimiento inmediato de la ley e imponer multas administrativas y judiciales, así como presentar quejas contra la práctica del trabajo esclavo; reforzar el Grupo Móvil del Ministerio de Trabajo y Empleo; robustecer la gestión del Poder Judicial y de sus entidades para garantizar la responsabilidad de los autores de dichos delitos.

También se comprometió a fortalecer gradualmente la División de Supresión del Trabajo Esclavo y la Seguridad de los Dignatarios (DTESD), dotándola de los fondos y recursos humanos necesarios para el desempeño eficiente de sus funciones. Con el fin de aumentar la conciencia contra el trabajo esclavo, se obligó a llevar a cabo una campaña de sensibilización contra tales prácticas; también a analizar la viabilidad de celebrar seminarios sobre la erradicación del trabajo esclavo en el Estado de Pará y la ubicación de los hechos presentados a la CIDH. Esta solución amistosa es paradigmática, ya que las medidas adoptadas para hacerla cumplir –como ya se afirmó– elevaron a Brasil al puesto de referencia mundial en la lucha contra la esclavitud contemporánea, según la OIT y la ONU.¹²

12 Beltramelli Neto, Silvio y Adão, Felipe da Silva Pinto. “Para além do ir e vir: o conceito normativo brasileiro de trabalho escravo ante o direito comparado”, *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Vol. 62, N° 1, jan./abr. 2017, Curitiba, PR, Brasil, p. 130.

La medida más significativa fue la enmienda del artículo 149 del Código Penal, cuya redacción anterior fue instituida por el Decreto Ley N° 2848 de 1940 el cual establecía lo siguiente: “Reducir a alguien a una condición análoga a la de un esclavo. Pena: prisión, de dos a ocho años”. Eso se sustituyó por lo siguiente:

Artículo 149. Reducir a alguien a una condición análoga a la de un esclavo, ya sea sometiéndolo a trabajos forzados o el viaje agotador, o sometiéndolo a condiciones laborales degradantes, o restringiendo su locomoción por deudas contraídas por el empleador o alcalde.

Pena: prisión, de dos a ocho años, y multa, además de la pena correspondiente a la violencia.

Párrafo 1. Las mismas sanciones se aplican a aquellos que:

I - restringe el uso de cualquier medio de transporte por parte del trabajador para retenerlo en el lugar de trabajo;

II - mantiene una vigilancia abierta en el lugar de trabajo o toma posesión de documentos o pertenencias personales del trabajador para retenerlo en el lugar de trabajo;

Párrafo 2. La pena se aumentará a la mitad si se comete el delito:

I - contra niños o adolescentes;

II - por prejuicios de raza, color, etnia, religión u origen.

En comparación con la declaración original de este artículo se puede ver la expansión de la protección más allá de limitar la libertad de ir y venir, lo que corresponde a la necesidad de una actualización normativa de la protección debido a los cambios

en la dinámica social. En este sentido, existe protección contra el trabajo forzado, las horas extraordinarias, el trabajo en condiciones degradantes y el trabajo con movilidad restringida debido a la deuda.¹³ Además, ninguna de las formas ha sido priorizada, por lo que la ocurrencia de cualquiera de estas prácticas es suficiente para la configuración del delito.

Ante este escenario, los autores destacan el paso de la protección de la libertad a la protección de la dignidad; esto es de suma importancia porque, aunque algunas de las prácticas no limitan la locomoción, colocan a las personas en situaciones de mayor barbaridad e indignidad hiriendo de esa forma la salud física y mental del ser humano. Se intentó, pues, “deconstruir definitivamente el estereotipo del ‘esclavo colonial’ que ‘merodeaba’ todas las definiciones anteriores, y diferenciar tales situaciones de la mera elusión de la legislación laboral, permitiendo así abordar el problema objetivamente”.¹⁴ Fue principalmente este cambio conceptual para promover la dignidad humana, lo que convirtió a Brasil en un ejemplo en la escena internacional por su espectro de protección.

Además, como se dijo, la CONATRAE se instituyó el 31 de julio de 2003; ese mismo año se lanzó el primer Plan para la erradicación del trabajo esclavo, colocando el tema como una prioridad entre las políticas públicas federales del Estado brasileño y destacando la necesidad de crear en la estructura logística los grupos nacionales de inspección, así como la de instalar tribunales itinerantes de justicia laboral y recintos laborales.

¹³ *Ibíd.*, p. 118.

¹⁴ Arbex, Alexandre y otros. “A política de combate ao trabalho escravo no período recente”, *Repositório do Conhecimento do IPEA*, 2018, p. 117.

Sin embargo, como lo señalaron Arbex, Galiza y Oliveira, el principal problema fueron las sanciones administrativas que se limitaron a multas en la legislación laboral cuya carga era insuficiente para evitar la explotación del trabajo esclavo. Fue en este escenario que se comenzó a discutir la Propuesta de Enmienda Constitucional (PEC) N° 438 que, en su redacción original, ya preveía la expropiación de propiedades rurales en las que se ubicaba la explotación de la esclavitud contemporánea.¹⁵ Posteriormente, esta discusión dio como resultado la Enmienda Constitucional N° 81 –aprobada en el 2014– que modificó el artículo 243 de la Constitución federal lo cual se considera una victoria en la lucha para erradicar la esclavitud contemporánea.¹⁶

La creación de la Lista sucia a través de la Ordenanza N° 540/2004, también fue el resultado del cumplimiento de estas determinaciones. Según lo resumido por Arbex, Galiza y Oliveira, el nombre de la compañía o del individuo atrapado sometiendo personas a la condición de esclavitud se incluyeron en el registro de la Lista sucia, solo después de que se completó el proceso administrativo de imposición de sanciones por parte de la autoridad fiscal, mientras que la exclusión dependería del pago de multas y deudas laborales combinadas con la no repetición del delito durante los próximos dos años. La inclusión en la Lista sucia también implicaría la prohibición de que las

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Artículo 243, Constitución federal brasileña. “Las propiedades rurales y urbanas en cualquier región del país donde se encuentren cultivos ilegales de plantas psicotrópicas o la explotación del trabajo esclavo según la ley serán expropiadas y destinadas a la reforma agraria y los programas de vivienda popular, sin ninguna compensación para el propietario y sin perjuicio de otras sanciones previstas por la ley.

Párrafo único. Todos y cada uno de los activos de valor económico incautados como resultado del tráfico ilícito de narcóticos y drogas relacionadas, y la explotación de la mano de obra esclava serán confiscados y se revertirán a un propósito especial a los efectos de la ley”. La traducción es de los autores.

empresas evaluadas se beneficiaran de créditos públicos o fueran contratadas por el Gobierno.¹⁷

En este sentido, la Lista Sucia se ha vuelto fundamental en la erradicación de la esclavitud contemporánea, ya que “produce impactos económicos directos, porque el infractor no puede acceder a fondos públicos, e indirectos, debido al daño causado a la imagen pública de las personas y empresas en la lista”.¹⁸ Estos autores también destacaron la importancia de la Ley 10.608/2002, que otorgó a los trabajadores rescatados de una situación de esclavitud contemporánea la recepción del beneficio de bienestar estatal por un monto de tres cuotas del llamado Seguro de desempleo, con calificación profesional y reemplazo en el mercado laboral, ampliando el alcance de protección.

Durante este período, se emitió la Norma reguladora N° 31/2005 que preveía la seguridad, la salud y el medio ambiente del trabajo en las actividades de agricultura, ganadería, silvicultura y tala; además, sirvió como parámetro para los inspectores. “El incumplimiento de estos requisitos básicos de salud y seguridad ha llevado a la existencia de trabajo en condiciones degradantes”.¹⁹

Estas fueron las principales medidas adoptadas por el Estado brasileño, las cuales resultaron efectivas ya que el número de personas rescatadas de la implementación de estas prácticas creció considerablemente. Según el Observatorio sobre la Erradicación del Trabajo Esclavo y la Trata de Personas, la base de datos establecida por la Fiscalía Laboral brasileña en colaboración con la OIT –utilizando información de agencias estatales oficiales– desde el 2003 hasta el 2018 se evidencia el

17 Arbex, Alexandre y otros. “A política de combate...”, p. 117.

18 Ibid.

19 Ibid., p. 118.

rescate de 45 028 trabajadores, mientras que los números de 1995 al 2002 fueron de 8 713.

*Repórter Brasil*²⁰, con datos extraídos del extinto Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, trae a cuenta los números que se refieren a los avisos de infracción emitidos a lo largo de los años; estos revelan que del 2002 al 2008, hubo aumentos significativos cada año: de 621 a 4 892. Luego, del 2008 al 2013 los números fluctuaron; del 2013 al 2015, cayeron a 3 882 en el 2014 y a 2 946 en el 2013.

El número de inspecciones se dio en la misma dirección, aumentando hasta el 2013; posteriormente disminuyeron hasta el 2015, que fue el año de finalización de la evaluación realizada. Los datos fueron saltando de 30 operaciones auditadas en el 2002, a 299 en el 2013, a 170 en el 2014 y a 151 en el 2015. El incremento en las cifras probablemente se deba al crecimiento de la estructura de supervisión, ya sea a través del personal o de las regulaciones existentes.

Según la encuesta realizada en el 2016 por *Walk Free* sobre datos contemporáneos de esclavitud, se estima que Brasil tiene 1.8 víctimas por cada 1 000 personas lo que totaliza aproximadamente 369 000 sufriendo en esa condición, que es el segundo mayor número absoluto en América, solo por detrás de Estados Unidos con 403 000²¹. Esas cifras muestran que, a pesar de los importantes avances, el Estado brasileño aún necesita intensificar su sistema de protección para apoyar a esas personas.

20 Repórter Brasil. “*Trabalho Escravo no Brasil*”, 2016, disponible en < <https://reporterbrasil.org.br/dados/trabalhoescravo/>

21 Walk Free Foundation. “*The Global Slavery Index 2018*”, disponible en <https://www.globalslaveryindex.org/resources/downloads/>

IV. El caso de los trabajadores de la hacienda Brasil Verde y la imprescriptibilidad de los crímenes de esclavitud: mejoras necesarias

Incluso después de los progresos logrados a lo largo de los años, Brasil ha sufrido una nueva condena que involucra la esclavitud contemporánea; ello demuestra la necesidad de continuar los esfuerzos para poner fin a esta herida y perfeccionar algunos mecanismos de acción.

El caso de los trabajadores de la hacienda Brasil Verde fue denunciado en la Comisión Interamericana el 12 de noviembre de 1998 por *Pastoral Land Commission* y CEJIL, alegando negligencia y omisión en la investigación sobre la práctica del trabajo esclavo en dicha propiedad –ubicada en el sur de Pará– así como la desaparición de dos trabajadores, violando la CADH y la Declaración Americana en lo concerniente a los derechos a la vida, la libertad, la seguridad y la integridad, la igualdad ante la ley, la protección de la maternidad y la infancia, de residencia y tránsito, a la preservación de la salud y al bienestar, al trabajo y a una remuneración justa.

Fue este el primer caso relacionado con la esclavitud contemporánea contra Brasil presentado ante la Corte IDH, el cual se configuró debido al incumplimiento estatal de las determinaciones de la Comisión Interamericana. Esta última reconoció la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de varias disposiciones de la Convención Americana y la Declaración Americana en el 2011; asimismo, hizo las recomendaciones que a continuación se incluyen.

Para remediar adecuadamente las violaciones declaradas en el informe con respeto al daño material y moral en particular, se planteó la restitución de salarios a las víctimas producto de su trabajo realizado; llevar a cabo una investigación de los

hechos declarados en relación con el trabajo esclavo y realizar investigaciones de manera imparcial, efectiva y dentro de un plazo razonable, a fin de aclarar completamente los hechos para identificar a los responsables e imponer sanciones en los casos tratados en el informe; llevar a cabo las medidas administrativas, disciplinarias o penales correspondientes debido a las acciones y omisiones de funcionarios estatales que contribuyeron a la denegación de justicia y a la impunidad a la luz del hecho denunciado, considerando que en este caso se iniciaron procedimientos administrativos y no penales para investigar las desapariciones, traída a cuenta que la única investigación penal había prescrito; establecer un mecanismo que ayude a localizar a las víctimas del trabajo esclavo; continuar implementando políticas públicas, medidas legislativas y de otro tipo para la erradicación del trabajo esclavo, especialmente monitoreando la aplicación y sanción de las personas responsables del trabajo esclavo; fortalecer el sistema legal y crear mecanismos de coordinación entre la jurisdicción penal y la jurisdicción laboral a fin de cerrar las brechas en la investigación, el enjuiciamiento y la sanción de los responsables de la servidumbre y el trabajo forzado; garantizar el cumplimiento de las leyes laborales, en particular las horas de trabajo y la igualdad salarial con los trabajadores asalariados; y, finalmente, tomar las medidas necesarias para erradicar todo tipo de discriminación racial, incluidas las campañas de promoción para sensibilizar a la población y los funcionarios.

Dado que Brasil no cumplió con las anteriores determinaciones, el caso fue denunciado a la Corte Interamericana en marzo del 2015 y su juzgamiento culminó el 20 de octubre del 2016, cuando se reconoció la violación identificada por la Comisión Interamericana. “Ante el triste escenario de la esclavitud contemporánea, que se está extendiendo por todo el mundo, la condena en este caso es el retrato de un país que

aún no ha abandonado sus raíces y aún mantiene un legado de esclavitud”.²² Sin embargo, la principal contribución de este caso fue el reconocimiento de la imprescriptibilidad de la demanda punitiva del crimen de esclavitud, ya que es una violación grave de derechos humanos.

El párrafo 222 del informe de fondo de la CIDH enfatizó la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano, en cuanto a no poder invocar figuras procesales –como la prescripción– para evadir la obligación de investigar y sancionar violaciones graves de derechos humanos. Esta comprensión se ha aplicado a violaciones sistemáticas y generalizadas, así como a situaciones particulares que tienen un nivel importante de gravedad. En este punto, también se destacó que “la prohibición absoluta de la esclavitud se considera *jus cogens* dentro del derecho internacional”.²³

El párrafo 223 del mismo establece que la aplicación de la limitación en el presente caso, sería incompatible con las obligaciones internacionales del Estado brasileño. Por lo tanto, el estatuto de limitaciones prescrito por la ley nacional no podía ser un obstáculo para la investigación y el castigo de los responsables.

Aunque los hechos del caso de la hacienda Brasil Verde ocurrieron antes del caso de José Pereira, fue de fundamental importancia señalar las mejoras necesarias dirigidas a los ámbitos administrativo y judicial, así como alertar sobre las amenazas que ya estaban presentes como la suspensión de la Lista sucia, entre otras que se tratarán a continuación.

22 Tondo, Ana Lara y Fornasier, Mateus de Oliveira. “O ultraciclo da escravidão contemporânea: análise do caso ‘Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde v. Brasil’”, *SCIENTIA IURIS*, Vol. 22, N° 2, pp. 43 a 84, Londrina, jul. 2018, p. 66.

23 CIDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde, Relatório nº 169/11, caso 12.066, p.55, 03 de noviembre del 2011, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2015/12066FondoPt.pdf>

V. El desmantelamiento de la protección laboral en Brasil

El incumplimiento estatal de las recomendaciones de la Comisión Interamericana ya insinuó que la actitud del país estaba cambiando. Según Arbex, Galiza y Oliveira a pesar del progreso realizado, la política de erradicación de la esclavitud contemporánea no es inmune a los contratiempos. “Las disputas sobre el concepto de trabajo esclavo, de la competencia de las acciones fiscales y de las sanciones debidas a quienes lo practican son permanentes y se han intensificado alrededor de los Tres Poderes de la República en los últimos tiempos”²⁴.

El camino tomado en la protección y promoción de la dignidad de los trabajadores ha sido interrumpido por una serie de intentos, algunos exitosos, de desmantelar la estructura de protección legal existente en el Estado brasileño. A continuación se presentan algunos de estos eventos, que están en total desacuerdo con los parámetros establecidos por el sistema interamericano, en particular con las determinaciones de la CIDH.

1. Proyecto de Ley del Senado N° 432/2013

Una de las principales amenazas de retractación es el Proyecto de Ley del Senado (en adelante “PLS”) N° 432/2013, cuyo propósito era regular el artículo 243 de la Constitución federal que ahora prevé la expropiación –sin compensación– destinada a la reforma agraria de las propiedades urbanas o rurales en las que se ha encontrado la existencia de mano de obra esclava. En este PLS –dentro de su artículo 1º, § 1º²⁵– se incluye

24 Arbex, Alexandre y otros. “A Política de combate...”, p. 119. La traducción es de los autores.

25 Artículo 1º, § 1º, Constitución federal brasileña. “A los efectos de esta ley, se

una definición restrictiva del trabajo esclavo, lo que representa un completo revés en cuanto a la disposición actual del artículo 149 del Código Penal.

Según Beltramelli, esta es una medida clara para diluir los efectos prácticos de la Enmienda Constitucional n° 81/2014 “emitida después de quince años de debate feroz, resultando en la más estricta sanción no penal jamás prevista en la legislación brasileña por la hipótesis de la esclavitud contemporánea”.²⁶

Este proyecto recibió críticas incluso de la ONU, que se manifestó en el 2016 a través de un artículo técnico recomendando al Congreso Nacional el rechazo de este proyecto ya que solo contemplaría casos de trabajo forzoso y servidumbre por deudas, excluyendo condiciones degradantes y el trabajo exhaustivo; lo anterior resulta ser un evidente revés. También la ONU hizo hincapié en que el concepto brasileño actual es una referencia legislativa de la OIT para abarcar otras violaciones de la dignidad humana, incluso por delante de las normas internacionales.

Como bien señalaron Brisola, Moura y Baracho, “el trabajador del siglo XXI ya no es el objeto patrimonial de su amo como

considera trabajo esclavo lo siguiente: I - la sumisión al trabajo forzado, requerida bajo amenaza de castigo, usando coerción, o que se concluye involuntariamente, o con restricción de la libertad personal; II - la restricción del uso de cualquier medio de transporte por parte del trabajador, con el propósito de retenerlo en el lugar de trabajo; III - el mantenimiento de la vigilancia abierta en el lugar de trabajo o la apropiación de documentos o efectos personales del trabajador, con el fin de retenerlo en el lugar de trabajo; y IV - la restricción, por cualquier medio, del movimiento del trabajador debido a una deuda contraída con el empleador o agente. Párrafo 2. El mero incumplimiento de la legislación laboral no se ajusta a las disposiciones del § 1º”. La traducción es de los autores.

26 Beltramelli Neto, Silvio. “O Brasil entre a vanguarda e o retrocesso: o Projeto de Lei N° 423/2013 em face das normas de direitos humanos sobre a escravidão contemporânea”, *Revista Espaço Acadêmico*, N° 189, fev/2017, p.90.

antes, sino un utensilio desechable que puede reemplazarse fácilmente en un mercado laboral con tantas personas desempleadas”.²⁷ Sin embargo, como afirmaron estos autores, una característica ha permanecido a lo largo de los años a saber: el esclavo es un medio de beneficio para el explorador, pero devasta la vida de cualquier ser humano.

En este escenario, las protecciones internas e internacionales son fundamentales para retener el anhelo de lucro en la defensa de la existencia digna del ser humano. Como se señaló anteriormente, la redacción del artículo 149 del Código Penal cumplía con la solución amistosa alcanzada dentro de la Comisión Interamericana y se convirtió en un paradigma internacional de acuerdo con la ONU y la OIT, ya que mostraba la conexión entre las protecciones nacionales e internacionales. Este PLS va en contra de todo eso, proponiendo un retroceso inaceptable de la protección social.

El PLS 432/2013 se presentó el 21 de diciembre del 2018 y se archivó debido al final de la legislatura. Aunque esto último es positivo, debe tenerse en cuenta que no hay impedimento para que el mismo regrese a la discusión y la agenda del Congreso Federal, especialmente en tiempos de retrocesos como los que ocurren actualmente.

Durante el período de discusión de este proyecto de ley, otro episodio ejemplificó la tensión entre los intereses que rodean la protección contra la esclavitud contemporánea; este ocurrió en septiembre del 2015. Según Arbex, Galiza y Oliveira, luego de la publicación por parte del Instituto Nacional de Colonización y Reforma Agraria (INCRA) de la Instrucción normativa N° 83,

27 Brisola, Anna Karla da Silva y otras. “Trabalho escravo contemporâneo: a Emenda Constitucional N° 81 e o Projeto de Lei do Senado N° 432”, *Revista CEJ*, Ano XXI, N° 72, pp. 68 a 74, Brasília, maio/ago. 2017, p.70.

la cual determinó incorporar las propiedades enumeradas en el registro de estas para el trabajo esclavo a la reforma agraria, el fiscal general federal –en defensa de los intereses del Frente Parlamentario de Agricultura (banco ruralista)– emitió una orden suspendiendo la disposición, alegando que no había protección legal para la expropiación.²⁸

2. Suspensión de la Lista sucia

Como señalaron Tondo y Fornasier, el comienzo del 2017 estuvo marcado por la decisión del Ministerio de Trabajo y de Empleo de no divulgar la Lista sucia que incluye a los empleadores involucrados en investigaciones de esclavitud contemporánea. Esta se había publicado durante diez años. Sin embargo, en el 2014 –como señalan los autores– se encontró el uso de mano de obra esclava en la construcción civil. En respuesta a esto, se creó la Asociación Brasileña de Desarrolladores de Bienes Raíces (ABRAINE) la cual desafió la orden que establece la Lista sucia ante la Corte Suprema Federal, a través de la Acción Directa de Inconstitucionalidad N° 5,209; ante eso, el ministro Ricardo Lewandowski ordenó la suspensión de su divulgación debido a que no se permitió el ejercicio del derecho a una defensa contradictoria y amplia.²⁹

Según Beltramelli y Adão, durante el período de suspensión, Repórter Brasil y el Instituto del Pacto Nacional para la Erradicación del Trabajo Esclavo (InPACTO) solicitaron información del 2013 a mayo del 2015, con base en la llamada Ley de Acceso a la Información (Ley N° 12.527/2012). Estos

28 Arbex, Alexandre y otros. “A Política de combate...”, p. 120.

29 Tondo, Ana Lara y Fornasier, Mateus de Oliveira. “O ultraciclo da Escravidão contemporânea...”, pp.70 y 71.

datos fueron publicados como Lista de transparencia sobre el trabajo esclavo contemporáneo en Brasil.³⁰

Sin embargo, como resultado, en el 2015 los bancos públicos como Caixa Econômica Federal y el Banco Nacional de Desarrollo anunciaron el levantamiento de la prohibición de proporcionar nombres para incluirlos en listas sucias.

La decisión de la Corte Interamericana en el caso de los trabajadores de la hacienda Brasil Verde señaló, en el párrafo 468, que existen algunos obstáculos para la lucha contra el trabajo forzoso en Brasil entre los cuales se incluye la suspensión de la Lista sucia en el 2014.

En el 2017, la Lista sucia se volvió a publicar debido al importante desempeño de la Fiscalía Laboral, que presentó una acción civil pública destinada a la divulgación de la misma. Las decisiones se confirmaron en primera y segunda instancia, respectivamente en el Tribunal de Distrito 11 y el Tribunal Regional de la 10ª Región. Debido a la apelación del Gobierno brasileño, el presidente del Tribunal Superior del Trabajo –ministro Ives Gandra– otorgó efecto suspensivo. Esta decisión provocó la apelación del Ministerio Público del Trabajo, obteniendo una decisión favorable del ministro Alberto Bresciani Pereira quien ordenó al Ministerio de Trabajo y Empleo divulgar la Lista sucia.

A pesar del regreso de su publicación, la eliminación y la suspensión de la misma siempre están en la agenda de discusión. La OIT, a través de su Informe anual publicado en el 2016, formuló algunas recomendaciones al Estado brasileño

30 Beltramelli Neto, Silvio y Adão, Felipe da Silva Pinto. “Para além do ir e vir: o conceito normativo brasileiro de trabalho escravo ante o direito comparado”, *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Vol. 62, N° 1, Curitiba, PR, Brasil, jan./abr. 2017, p.116.

entre las cuales incluyó la obligación de proporcionar las medidas necesarias para la publicación regular de la Lista sucia, subrayando la importancia de que esta sea un acto técnico y imparcial. Además, señaló que el registro también era una herramienta para monitorear las cadenas de suministro, utilizada por sectores económicos preocupados por el cumplimiento de la normativa laboral.

3. Fin del Ministerio de Trabajo y Empleo

La extinción de este ente por parte del actual presidente de la república, representa sintomáticamente las decisiones que se están tomando contra la protección de la dignidad del trabajador. De hecho, esta fue la primera medida provisional del Gobierno –la N° 870/2019– convertida en Ley N° 13.844/2019. Las cuestiones relacionadas con el trabajo fueron decididas por el Ministerio de Economía y se mencionó la creación de una Secretaría Especial de Bienestar y Trabajo.

La Federación Nacional de Abogados presentó una acción constitucional ante la Corte Suprema, la ADPF N° 561, buscando declarar la inconstitucionalidad de los artículos del MP 870/2019 que se ocupan de los cambios estructurales y las competencias del Ministerio de Trabajo y Empleo. Sin embargo, la demanda tuvo su segmento denegado el 1 de septiembre del 2019 ante la supuesta ilegitimidad activa del solicitante.

La desaparición de un ministerio específico para asuntos laborales en un país tan desigual como Brasil y su traslado al Ministerio de Economía, deja en claro la importancia de cada uno para el Gobierno actual. De hecho, la prevalencia de valores exclusivamente económicos en detrimento de la protección social ya había comenzado con la reforma laboral aprobada en el 2017,

lo que hacía que la protección del trabajador en general fuera más flexible.

Como lo resaltan Arbex, Galiza y Oliveira, la aprobación de la Ley de Reforma Laboral y de la Ley de Outsourcing (expansiva) al impactar en el empleo agrícola deberían influir en el trabajo rural en su conjunto, reduciendo los salarios y aumentando las horas, “agravando la precariedad de las condiciones de actividad laboral en niveles más cercanos a los que caracterizan la explotación del trabajo esclavo”.³¹

4. Intento de terminación de la CONATRAE y Decreto N° 9887 del 27/06/2019

El 11 de abril del 2019 se promulgó el Decreto n° 9759 que extinguió y estableció pautas, reglas y limitaciones para los cuerpos colegiados; así, desaparecieron la CONATRAE, ya que era un comité. Como reacción, fue propuesto la Acción Directa de Inconstitucionalidad n° 6121 ante la Corte Suprema Federal por el Partido de los Trabajadores sobre el Decreto. El Ministro Marco Aurélio determinó la suspensión de las medidas ante lo cuestionado sobre la posibilidad del Presidente extinguir colegiados previstos en la ley. Por arrastre, se suspendió la efectividad de los actos normativos posteriores que promueven la extinción de los órganos.

Posteriormente, el 27 de junio del 2019 se emitió el Decreto N° 9887 que incluía la CONATRAE, perdiendo efectos el Decreto del 31 de julio del 2003. Este Decreto pone a dicha entidad como un órgano consultivo, asesor, de estudio y colaboración vinculado al Ministerio de la Mujer, la Familia y los Derechos

31 Arbex, Alexandre y otros. “A Política de combate...”, p. 120.

Humanos. Un cambio importante fue el número de representantes de instituciones privadas no gubernamentales, que se redujo de nueve a cuatro. Además, no tiene representantes específicos de la seguridad social, del trabajo y del empleo. Estas medidas tienen el poder de debilitar la supervisión y la aplicación de la protección contra la esclavitud contemporánea.

5. Pronunciamientos públicos del jefe del Poder Ejecutivo

La máxima autoridad del Poder Ejecutivo brasileño, el presidente de la república, hizo una declaración el 4 de julio del 2019 en una transmisión en directo destacando que el “trabajo dignifica al hombre y a la mujer a cualquier edad”; asimismo, dijo que él trabajó a los nueve y a los diez años en una hacienda de Sao Paulo recogiendo maíz. “Aquello no me perjudicó en nada”, aseguró.³²

En respuesta a esas afirmaciones hubo una importante nota conjunta del Ministerio Público del Trabajo, el Consejo federal del Colegio de Abogados de Brasil, la Asociación Nacional de Abogados Laborales, la Asociación Brasileña de Abogados Laborales y el Foro Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil. En la misma se subrayó que la lucha contra el trabajo infantil es un objetivo prioritario en los ámbitos interno e internacional a través de los compromisos asumidos por el Estado brasileño, especialmente los que le establece la Convención sobre los Derechos del Niño, de la ONU, y los Convenios 138 y 182 de la OIT. En las consideraciones finales, repudiaron “cualquier

32 Arias, Juan. “La última locura del presidente”, *El País*, Internacional, 6 de julio del 2019, disponible en https://elpais.com/internacional/2019/07/06/america/1562375007_445712.html

declaración que contradiga el intenso trabajo realizado por el Estado brasileño y sus diversas instituciones para proteger a los niños contra el trabajo infantil”.³³

Más adelante, el 19 de julio del 2019, en una reunión con periodistas el presidente Jair Bolsonaro aseguró que “morir de hambre en Brasil es una gran mentira” ya que “no se ve gente, ni siquiera gente pobre, en las calles, con un físico esquelético”.³⁴ Según el informe de la Organización Mundial de la Salud del 2018 sobre las Perspectivas de seguridad alimentaria y nutricional en América Latina y el Caribe, la desnutrición en Brasil ha aumentado nuevamente hasta alcanzar a 5 200 000 de personas entre el 2015 y el 2017, superando las 5 100 00 millones que prevalecieron del 2013 al 2016.

Cabe señalar que entre el 2000 y el 2002 hubo 18 800 000 personas en esa situación. En otras palabras, desde el 2002 comenzó un movimiento para combatir la pobreza extrema y la desnutrición, que ha tenido efecto; este no es el objeto del presente trabajo, aunque está relacionado con él, pero cabe dejar constancia que desde el 2015 la pobreza extrema ha vuelto a crecer. Por lo tanto, en un país con más de cinco millones de personas desnutridas, no es válido afirmar que morir de hambre en Brasil es una gran mentira; además, hacerlo es una afrenta a los datos oficiales y a la población en general.

La pobreza extrema, estrechamente relacionada con el hambre, es uno de los factores que coayuvan en la situación de la esclavitud contemporánea ya que las víctimas suelen ser personas en extrema vulnerabilidad.

33 Migalhas. *Nota Conjunta do MPT, OAB e entidades*. 08 de julio del 2019, disponible en <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/7/art20190708-03.pdf>

34 Cople, Julia. “*Passar fome no Brasil é uma grande mentira*”, *O Globo*. 19 de julio del 2019, disponible en <https://oglobo.globo.com/brasil/passar-fome-no-brasil-uma-grande-mentira-diz-bolsonaro-23818496>

Según el sitio web de noticias Agencia Brasil, otra manifestación pública del presidente –del 30 de julio del 2019– fue directamente sobre la esclavitud contemporánea. Bolsonaro se pronunció, incurriendo en una falta total de técnica, sobre la necesidad de enmendar la legislación para aclarar la distinción entre trabajo esclavo y esclavitud contemporánea; lo hizo en los siguientes términos: “Hay juristas que entienden que el trabajo análogo a la esclavitud es también [trabajo] esclavo. Ahí te vas a la OIT [Organización Internacional del Trabajo], creo que en [la Convención] 69, si no me equivoco. Hay más de 150 artículos. Entonces, según quien va a acusar o no ese posible error en la realización del trabajo, el personal responderá por el trabajo esclavo, y si son condenados, dada la confusión que existe en la Constitución, el elemento pierde su propiedad con todos los semoventes”³⁵.

El discurso destaca la preocupación por la posible pérdida de propiedad por parte de los explotadores y no por la situación de las personas sometidas a tales atropellos, en clara mención de la Enmienda Constitucional n° 81, criticada por el presidente Bolsonaro. Como resultado, propuso cambios legislativos para resaltar estas diferencias. Además, la esclavitud contemporánea fue tratada como un “posible error en la conducta del trabajo”; eso es inadmisibles para cualquiera, especialmente para la máxima autoridad del Estado brasileño. Por lo tanto, el PLS N°

35 Agência Brasil. “Bolsonaro quer definição de trabalho escravo na legislação”. 30 de julio de 2019, disponible en <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-07/bolsonaro-quer-definicao-de-trabalho-escravo-na-legislacao>. Traducción de los autores. Original: “Têm juristas que entendem que trabalho análogo à escravidão também é [trabalho] escravo. Aí você vai na OIT [Organização Internacional do Trabalho], acho que na [Convenção] 69, se não me engano. São mais de 150 itens. Então, de acordo com quem vai autuar ou não aquele possível erro na condução do trabalho, o pessoal vai responder por trabalho escravo e, se for condenado, dada a confusão que existe na Constituição, o elemento perde sua propriedade com todos os semoventes”.

432/2013 fue archivado a fines del 2018 pero su espíritu continúa persiguiendo la protección existente.

VI. El principio de no regresión y la no convencionalidad de las medidas previstas

Las medidas tratadas en el punto anterior, son contrarias a la protección internacional derivada del derecho internacional de los derechos humanos y también desde la perspectiva de la Constitución federal de Brasil. Como si esto no fuera suficiente, considerando el principio de no regresión, las medidas ni siquiera podrían adoptarse ya que van en contra de cada avance realizado y aún son insuficientes en la protección contra la esclavitud contemporánea.

Según Sarlet, el principio de no regresión está estrechamente relacionado con la seguridad jurídica y, a su vez, con el Estado de derecho democrático.³⁶ “Un estado [sic] de derecho auténtico –afirma este autor– siempre es también un estado [sic] de seguridad jurídica, ya que, de lo contrario, el ‘estado [sic] de derecho’ (incluso porque son una expresión de la voluntad política de un grupo) puede resultar en despotismo y todo tipo de iniquidades”.³⁷

Con respecto a la seguridad jurídica, Sarlet señala que esta nunca será meramente legal ya que garantiza la seguridad personal y social contra la interferencia de las agencias estatales. Además, en tiempos de inestabilidad institucional, social y

36 Sarlet, Ingo Wolfgang. “Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível”, *Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra*, Vol. 82, 2006, p. 243.

37 Ibid., pp. 241 y 242.

económica –que dan como resultado reformas abarcadas por tales inseguridades– la eficiencia y efectividad del derecho a la seguridad jurídica gana espacio y relevancia en la protección de los derechos.³⁸

La Declaración Universal de Derechos Humanos, por ejemplo, establece en el artículo 3 que todo ser humano “tiene derecho a la vida, la libertad y la seguridad personal”; mientras, el artículo 22 afirma que “todo ser humano, como miembro de la sociedad, tiene el derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Siguiendo su razonamiento, la seguridad jurídica corresponde a una aspiración humana ya que la garantía de seguridad de las relaciones jurídicas y sociales interfiere con los proyectos de vida y su realización, por lo que está estrechamente vinculada a la dignidad de la persona humana. Para Sarlet, “[...] la dignidad no será suficientemente respetada y protegida donde quiera que las personas se vean afectadas por un nivel de inestabilidad legal, social, económica y política que ya no puedan, con un mínimo de seguridad y tranquilidad, confiando en las instituciones sociales y estatales (incluida la ley) y una cierta estabilidad de sus propias posiciones legales”.³⁹

El autor recuerda la importante lección de Canotilho en lo relativo a que desde el momento en que los derechos fundamentales se convierten en derechos subjetivos de una disposición o garantía institucional, ya no están disponibles para el legislador a fin de que no puedan reducirse o suprimirse;

38 Ibid., p. 243.

39 Ibid., p. 244.

sino, ello “implica la inconstitucionalidad de todas las medidas que amenazan inequívocamente el estándar de beneficios ya alcanzado”⁴⁰ y se infringiría, así, el principio de protección de la confianza.

Como señaló Buhring, “el principio de no regresión impide, en materia de derechos fundamentales de carácter social, que los logros ya alcanzados por el ciudadano sean deconstruidos”⁴¹.

Además, el artículo 1 del Protocolo de San Salvador establece que los Estados parte se comprometen a tomar las medidas necesarias para lograr progresivamente y de conformidad con la legislación nacional, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el documento. Cabe señalar que dicho artículo, al establecer tal obligación progresiva, no permite retrocesos.

Específicamente, sobre el tema de este estudio el artículo 6, numeral 1, señala lo siguiente: “Toda persona tiene derecho al trabajo, lo que incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decente a través del desempeño de una actividad legal, libremente elegida o aceptada”. El Protocolo de San Salvador también enumera varios derechos que garantizan la dignidad del trabajador.

Al contextualizar los dos artículos, es posible afirmar que no se puede dar un paso atrás en la protección del trabajador ya que se contradicen las normas internacionales imperativas y, por lo tanto, son inconvencionales.

40 Ibid., p. 253.

41 Buhring, Marcia Andrea. “Direito Social: proibição de retrocesso e dever de progressão”. *Revista Direito e Justiça*, v.41, n.1, p.56-73, jan-jun, 2015, p. 62, disponible en <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadire/article/view/18175>

Desde el punto de vista de la prohibición de la esclavitud contemporánea, si bien no es legalmente viable para ninguna norma nacional o internacional contrarrestar preceptos de *ius cogens*, el principio de no regresión –como se describió anteriormente– asegura que la protección lograda no disminuya.

Aplicado a la situación brasileña, es posible superar las propuestas de cambios legislativos del concepto de esclavitud contemporánea así como la reforma laboral vigente, la extinción del Ministerio de Trabajo y Empleo, la amenaza permanente de suspensión de la Lista sucia y el debilitamiento de la CONATRAE, entre otras disposiciones que reducen –en gran medida– la garantía contra la esclavitud contemporánea; en consecuencia, no deben sostenerse.

En este escenario, a pesar de los discursos constantes del presidente del Poder Ejecutivo –contradichos por los datos sobre los daños del trabajo infantil o la existencia de miles de ciudadanos en situación de pobreza, por ejemplo– se puede afirmar que tales disposiciones son antijurídicas.

Desde el punto de vista del control de convencionalidad, como se mencionó, las mismas tampoco son sostenibles. Ello resulta de dos opiniones de la Comisión Interamericana, que reconocen la responsabilidad del Estado brasileño; una no fue llevada a la Corte IDH debido a que se alcanzó la solución amistosa de la controversia, señalando que Brasil se sometió voluntariamente a la jurisdicción del sistema interamericano.

Las medidas que se han adoptado en los últimos dieciséis años son producto de un acuerdo alcanzado por el Estado brasileño en el ámbito de la CIDH; estas deben continuar cumpliéndose, bajo pena de responsabilidad internacional. Jurídicamente y también de hecho, las medidas no se sostienen porque los datos muestran que estamos lejos de la situación ideal de no esclavitud.

Consideraciones finales

Se ha pretendido demostrar, a lo largo del presente trabajo, que la actividad del Estado brasileño en sus intentos por erradicar la herida de la esclavitud contemporánea se produjo a partir de una acción fundamental de la CIDH, luego de la iniciativa de organizaciones de la sociedad civil cuyo papel fue igualmente importante; lo anterior se tradujo en cambios legislativos y la creación de una política pública, colocando a Brasil entre los ejemplos mundiales a seguir en la materia.

Además, los datos de vigilancia y rescate muestran que los resultados del cambio causado por el desempeño de la CIDH fueron positivos.

El caso de la hacienda Brasil Verde llegó para consolidar esta protección ya que reconoció los avances del Estado brasileño y determinó la mejora de las medidas que se estaban tomando, destacando la imprescriptibilidad de tales crímenes que es fundamental para la titularidad del Estado y de los particulares para con la protección de la dignidad humana.

Sin embargo, además de la reciente condena en dicho caso –que aún no se ha cumplido– el Estado brasileño ha considerado y, a veces, adoptado medidas en total desacuerdo con los avances realizados, debilitando la protección lograda.

El caso de José Pereira se originó en 1989 y treinta años después en Brasil se mantiene la esclavitud contemporánea como una de las lesiones de derechos humanos más graves, que aún no se ha superado. En un país que todavía tiene alrededor de 370 000 personas sometidas a la esclavitud contemporánea, esas medidas previstas o adoptadas no se apoyan en sí mismas o lo hacen –más bien– únicamente desde la perspectiva de las ganancias a costa de la libertad y la dignidad humana.

Sin embargo, las reglas del *ius cogens* aseguran lo más importante para la humanidad y, por tanto, contemplan la prohibición de la esclavitud contemporánea. Además, desde el punto de vista del principio de no regresión, tales medidas son legalmente inviables ya que debilitan la protección lograda.

Finalmente, en el ejercicio de su soberanía, el Estado brasileño multiplicó su compromiso de promover la lucha contra la esclavitud; esta es una función que debe continuar cumpliéndose, bajo pena de responsabilidad internacional. Parece impensable que 131 años después de la abolición formal de la esclavitud en Brasil, la erradicación de su versión contemporánea deba ser defendida por lo que –en estos tiempos oscuros– parece algo fundamental reafirmar los parámetros normativos y político-administrativos conquistados por la acción de la Comisión Interamericana sobre el fenómeno de la esclavitud contemporánea y su combate en tierras brasileñas.

Los discursos de odio como límite al ejercicio del derecho a la libertad de expresión

*Jorge Tomás Broun Isaac**

Introducción

A través de los tiempos, los grupos humanos –desde las tribus y los moradores de las selvas, hasta los sofisticados habitantes urbanos– han tenido ideas de justicia, equidad, igualdad, dignidad, respeto, orden y paz. A pesar de la idea de que todos los seres humanos por el simple hecho de serlo poseen ciertos derechos inalienables, se han tenido que crear normas para regular las relaciones del hombre en sociedad a fin de que puedan protegerse de sus congéneres y de sus gobernantes.

La realización efectiva de esos derechos, resulta indispensable para la consecución del desarrollo integral del individuo que

* Juez de Primera Instancia del Poder Judicial de la República Dominicana. Magíster en Derecho Público y Tutela de Derechos (2017) de la Universidad de Jaén, España, y en Derecho Judicial (2014) de la Escuela Nacional de la Judicatura (ENJ), República Dominicana; especialista en derechos humanos y derecho internacional humanitario (2011) del Instituto Superior para la Defensa (INSUDE), en el Ministerio de las Fuerzas Armadas de la República Dominicana. Cuenta con diplomados y cursos especializados en el área jurídica, formación docente y gerencia administrativa. También se desempeña como facilitador de la formación profesional en universidades dominicanas. Autor de las siguientes investigaciones: Análisis del principio de transparencia en torno al Código Iberoamericano de Ética Judicial (2016) y El principio de diligencia como garantía de justicia (2019), ambas ganadores nacional e internacionalmente en el marco de los concursos de trabajo monográfico en torno al Código Iberoamericano de Ética Judicial, auspiciados por la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial (CIEJ).

vive en una sociedad jurídicamente organizada; es por ello que, con la creación de ciertos instrumentos que tienen por objeto proteger y salvaguardar los derechos de los seres humanos, se ha avanzado hacia una sociedad con mejor progreso.

Uno de esos derechos es la libertad de expresión, prerrogativa indispensable para la sostenibilidad de los Estados de Derecho puesto que mediante su ejercicio se ponen en ejecución las herramientas que procuran la protección efectiva de otras prerrogativas de igual jerarquía (otros derechos civiles y políticos, también económicos, sociales y culturales, etc.); pero, sobre todo, se exige al Estado y sus gobernantes transparencia en sus actuaciones y –además–que conduzcan con acierto los procesos de administración de la cosa pública; así, con base en el ejercicio de la libertad de expresión se genera un contrapeso al poder político o económico. Es, pues, un instrumento idóneo para controlar y redireccionar a quienes representan al pueblo.

Al día de hoy, transcurridos más de 230 años desde la proclamación de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (en adelante “la Declaración de los Derechos”) de 1789, posterior a la Revolución Industrial, la humanidad –arrastrada por el capitalismo, el individualismo y la ambición de poder– amparada en el libre ejercicio de la libertad de expresión continúa propagando discursos hacia determinados grupos sociales con ciertas características que los colocan en desventaja ante la colectividad, para imponer sus ideologías, alcanzar y perpetuarse en el poder, y lograr la obtención de beneficios particulares. Dichos grupos son los llamados vulnerables.

A estas manifestaciones se les denomina en la actualidad discursos de odio, por estar compuestos por expresiones que incitan a la violencia, la discriminación, el aborrecimiento y la animadversión hacia una persona o colectivo de personas

debido a su religión, género, orientación sexual, discapacidad, nacionalidad, etc., propiciando así la intolerancia y la hostilidad.

La comunidad científica internacional ha intentado definir estos discursos; ese concepto lo abordaremos en uno de los apartados subsiguientes del presente ensayo. A modo de ejemplo, tenemos que Kaufman (Cfr. 2015) señala que el término discurso de odio proviene de la traducción del inglés *hate speech* y que este proviene de la expresión *hate crime*, relacionada con la comisión de crímenes contra ciertas personas debido al grupo social al que pertenecen o el género con el que se identifican.¹

Las alteraciones del orden público y del bienestar general provocadas por los discursos de odio, ha generado una preocupación en la comunidad internacional que se transmite de generación en generación; es mayor aún en los momentos actuales, en donde estos ya no solo se transmiten mediante espacios físicos sino también a través de las redes sociales, cobrando así más auge e incrementando sus fatales consecuencias.

La expansión vertiginosa de estos discursos vía el internet ha provocado que tales manifestaciones de odio hallen, lamentablemente, una manera más efectiva de difundirse. De acuerdo con el Informe Raxen –Discurso de odio y tsunami de xenofobia e intolerancia (Cfr. Movimiento contra la intolerancia, 2016)– todavía existen en España más de 1000 webs que promueven la intolerancia y la xenofobia;² otro ejemplo es que

1 Cfr. KAUFMAN, Gabriel. *Odium dicta. Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en Internet*. México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2015. Disponible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/144564/OdiumDicta_WEB-INACCSS.pdf (22 de enero de 2020).

2 BUSTOS MARTÍNEZ, Laura y otros. “Discursos de odio: una epidemia que se propaga en la red. Estado de la cuestión sobre el racismo y la xenofobia en las redes sociales”, *Mediaciones sociales*, 18 (2019). Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6963028> (22 de enero de 2020).

en Kenia, luego de las violentas elecciones del 2007 –que dejaron más de 1000 muertos y 600 000 desplazados– se firmó en el 2013 el Proyecto UMATI, con el fin de analizar la circulación de discursos de odio en el internet,³ pero eso no ha sido suficiente.

Estas situaciones calamitosas justifican estudios de esta naturaleza. He ahí la relevancia del presente artículo relativo a los discursos de odio como límite de la libertad de expresión, el cual tiene por objetivos principales comprender el alcance del derecho a la libertad de expresión; analizar el concepto “discurso de odio” e identificar sus elementos, causas y consecuencias; establecer responsabilidades y buscar posibles soluciones a este flagelo.

Esta problemática se ha convertido en un reto para los Estados; por tal razón, constituye uno de los objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante “la ONU”); de estos, el 16 establece que los Estados parte deben promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas.

I. Responsabilidad de los Estados frente a los derechos humanos

La *raison d’être* de todo Estado de derecho debe ser garantizar, proteger y evitar violaciones de derechos humanos; eso se colige de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Americana”, “la CADH” o “el Pacto de San José”) de 1969, que en su artículo 1 afirma dos importantes obligaciones para los Estados parte: respetar los derechos

3 TORRES, Natalia, TARICCO, Víctor. *Los discursos de odio como amenaza a los derechos humanos*. Buenos Aires: Universidad de Palermo: Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, 2019, pág. 6. Disponible en https://www.palermo.edu/Archivos_content/2019/cele/Abril/Los-discursos-de-odio_Torres-y-Taricco.pdf (22 de enero de 2020).

humanos de todos los individuos sujetos a su jurisdicción así como garantizar su ejercicio y goce.

La obligación de respetar exige del Estado y sus agentes no conculcar los derechos humanos establecidos en la Convención Americana; la de garantizar impone al Estado emprender las acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción, estén en condiciones de ejercerlos y gozarlos.

La obligación de respetar, en términos generales, importa el cumplimiento de una obligación de carácter negativo por parte de cualquier órgano o funcionario estatal o de una institución de carácter público, consistente en no lesionar directamente los derechos. En otras palabras, por medio de esta obligación se espera que los Estados se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de los derechos;⁴ conforme a esta obligación, los Estados parte de la CADH se comprometen a no violar los derechos establecidos en dicho instrumento, por ejemplo, a través de la abstención de ejecutar actos públicos que impliquen la privación de alguno de los derechos consagrados en el mismo⁵ o de evitar actos de discriminación con relación al goce de cualquiera de estos.⁶

4 ESPEJO YAKSIC, Nicolás. *Justiciabilidad, política y Estado social y democrático de derecho: Los derechos sociales como test*. (Borrador). Estudio Preliminar. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. p. 7. Disponible en <http://www.oda-alc.org/documentos/1341423255.pdf> (22 de enero de 2020).

5 En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Organización de las Naciones Unidas (en adelante “el Comité DESC”) “considera que las instancias de desahucios forzados son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto y solo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del derecho internacional”. Comité DESC, *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, Observación general N° 4, E/1991/23, 13 de diciembre de 1991, párr. 18.

6 La prohibición de ejecutar actos de discriminación –sea por medio de actos administrativos o leyes– es una de aquellas obligaciones negativas que rigen de

En síntesis, por medio de la obligación de respeto, se espera que los Estados o cualquier particular se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute de los derechos y las garantías que se contemplan en la Convención Americana.⁷

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana” o “la Corte IDH”) analizó exhaustivamente el contenido de la obligación de garantizar en el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras. En la sentencia del mismo, la Corte Interamericana señaló que “la segunda obligación de los Estados partes es la de ‘garantizar’ el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. [...] Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.⁸

modo inmediato para todos los Estados que han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (en adelante “el PIDESC”). El Comité del PIDESC ha señalado lo siguiente: “En particular, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones de efecto inmediato [...] Una de ellas [...] consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación’ [...]” Comité DESC, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, Observación general N° 3, E/1991/23, 14 de diciembre de 1990, párr. 1.

7 ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación general N° 14. Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, párr. 33; *Observación general N° 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, párr. 21. Ginebra, 25 abril al 12 de mayo de 2002.

8 Corte CIDH. Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* (Fondo), sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C No. 04, párr. 166.

Atendiendo a lo anterior, los Estados tienen la responsabilidad esencial de proteger de forma efectiva los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas.

No debe existir controversia al afirmar que el Estado ya no es un fin en sí mismo, porque es y debe ser solamente un medio que tiene como fin la tutela de la persona humana y de sus derechos fundamentales de libertad, pero también de la seguridad colectiva.⁹

II. Derecho a la libertad de expresión y difusión del pensamiento

La libertad de expresión es uno de los derechos fundamentales más arraigados en nuestra cultura occidental. Su positivización se remonta a la citada Declaración de Derechos aprobada el 26 de agosto de 1789, en el marco de la Revolución francesa; entonces, los representantes de dicho pueblo vieron la necesidad de recordar –al considerar que “la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos”– una serie de derechos y deberes relacionados con la libertad y la igualdad. Estos eran comprendidos como “derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre”.¹⁰

9 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995, p. 19.

10 ONU. *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789*. Disponible en https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espanol/es_ddhc.pdf (22 de enero de 2020).

El derecho a la libertad de expresión y difusión del pensamiento representa una prerrogativa inherente a toda persona humana que le permite manifestar de manera pública su pensamiento, ideas y opiniones –según su experiencia y práctica de vida– por cualquier medio, sin que pueda establecerse censura previa; así lo establece el artículo 13 de la Convención Americana y otros instrumentos que forman parte del bloque de convencionalidad.¹¹

Complementando lo anterior, se debe retomar la Declaración de Derechos que en su artículo 11 establece que “[l]a libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más valiosos del Hombre; por consiguiente, cualquier ciudadano puede hablar, escribir e imprimir libremente, siempre y cuando responda del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley”. De esa forma se consagra lo que hoy conocemos como las libertades de prensa y de expresión. Estos derechos son complementarios a la libertad de opinión o de credo pues permiten manifestar, transmitir, y divulgar dichas opiniones o creencias.

La Corte IDH expuso que “la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática, ya que es indispensable para la formación de la opinión pública”.¹² He ahí su importancia para el alcance del bienestar general y la felicidad de los pueblos.

11 Dentro del sistema universal de derechos humanos el derecho a la libertad de expresión se encuentra consagrado en el artículo 19 de la Declaración Universal de 1948 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “el PIDCP”) de 1966; dentro del sistema interamericano, se contempla en el artículo 13 de la Convención Americana de 1969; instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad.

12 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 2 de julio del 2004, Serie C No. 107, párr. 112.

La garantía de expresarse libremente no solo implica la salvaguarda del derecho y la libertad de formular su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión posee una dimensión individual y una dimensión social, las cuales –ha dicho la Corte Interamericana– deben garantizarse en forma simultánea.

La primera dimensión es la individual. Esta apunta que la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir la información y hacerla llegar al mayor número de destinatarios¹³ en espacios públicos y físicos, a través de escritos, redes sociales, etc.

La segunda dimensión es la social. Tiene que ver con la libertad de expresión como un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias.¹⁴

Para la sociedad, posee igual nivel de relevancia poder emitir sus opiniones sin censura previa, al tiempo de conocer la opinión de los demás y recibir información de la que disponen otros como el derecho a difundir la propia, porque esto permite consolidar la participación ciudadana y dota de herramientas para reclamar con fundamento una buena administración pública, obligando a los servidores públicos a rendir cuentas, a actuar de manera

13 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. (Reparaciones y Costas). Sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C, No. No. 74, párr. 149; Corte IDH. *Caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73, párr. 65.

14 *Ibid.*, párr. 66.

traslucida y en apego irrestricto a las leyes, la Constitución y los principios éticos.

Por lo anterior, la Corte IDH considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de expresión en los términos del artículo 13 de la Convención.

1. Alcance de la libertad de expresión

La libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública; por ello, es *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y –en general– quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente.¹⁵

Es, en fin, condición para que la comunidad a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.

La Corte Europea ha señalado que “[...] la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y el desarrollo personal de cada individuo”.¹⁶

15 Comisión IDH. *Relatoría especial de libertad de expresión*. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=621&IID=2> (22 de enero de 2020).

16 Corte IDH. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José, Costa Rica: CIDH, 2005, p. 128.

Dicha libertad no solo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes sino también aquellas que ofenden, que resultan ingratas o perturban al Estado, o a cualquier sector de la población por un fin positivo en pro de la colectividad; aquellas contra el Gobierno pero en beneficio del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática.¹⁷ La limitación debe existir solo en aquellas que guardan un contenido de odio con esencia discriminatoria e incitan al descalabro social.

2. Derecho a la no discriminación

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, deben recibir la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas; deben gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU definió la discriminación como [...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.¹⁸

17 Corte IDH. *Caso “La última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73, párrs. 68 y 69.

18 ONU. Comité de Derechos Humanos. *Observación general 18: No*

El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación, constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en múltiples instrumentos internacionales¹⁹ y desarrollado por la doctrina y

discriminación. 10 de noviembre de 1989, CCPR/C/37, párr. 7. Disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom18.html> (22 de enero de 2020).

- 19 Algunos de estos instrumentos internacionales son los siguientes: Carta de la Organización de los Estados Americanos, artículo 3.1; CADH, artículos 1 y 24; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo II; Protocolo adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, artículo 3; Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, artículos 4.f, 6 y 8.b; Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, artículos I.2.a, II, III, IV y V; Carta de las Naciones Unidas, artículo 1.3; Declaración Universal, artículos 2 y 7; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2.2 y 3; PIDCP, artículos 2.1 y 26; Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, artículo 2; Convención sobre los derechos del niño, artículo 2; Declaración de los derechos del niño, principio 1; Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, artículos 1.1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43.1, 43.2, 45.1, 48, 55 y 70; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículos 2, 3, 5, 7 al 16; Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, artículos 2 y 4; Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante “la OIT” relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, 2.d; Convenio N° 97 de la OIT sobre los trabajadores migrantes (revisado), artículo 6; Convenio N° 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, artículos 1 a 3; Convenio N° 143 de la OIT sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), artículos 8 y 10; Convenio N° 168 de la OIT sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, artículo 6; Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos, 13 de mayo de 1968, párrs. 1, 2, 5, 8 y 11; Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993, romanos I.15, I.19, I.27, I.30, II.B.1 (artículos 19 a 24) y II.B.2 (artículos 25 a 27); Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, artículos 2, 3, 4.1 y 5; Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de

jurisprudencia internacionales.

En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, los principios fundamentales de igualdad y no discriminación han ingresado al dominio del *jus cogens*;²⁰ sobre estos descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y los mismos permean todo el ordenamiento jurídico.²¹

Por esta razón, todos tenemos derecho a expresarnos libremente; pero el ejercicio de este derecho se encontrará legítimamente censurado, cuando lo manifestado públicamente posea matiz discriminatorio.

intolerancia, Declaración y Programa de Acción, párrafos de la Declaración 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 y 104; Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, artículos 1, 3 y 4; Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales, artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9; Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, artículos 5.1.b y 5.1.c; Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículos 20 y 21; Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, artículo 14; Carta Social Europea, artículo 19.4, 19.5 y 19.7; Protocolo N° 12 al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, artículo 1; Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (“Carta de Banjul”), artículos 2 y 3; Carta Árabe sobre Derechos Humanos, artículo 2; y Declaración de El Cairo sobre derechos humanos en el islam, artículo 1.

- 20 *Ius cogens* o *jus cogens* es una locución latina empleada en el ámbito del derecho internacional público para hacer referencia a aquellas normas de derecho imperativo o perentorio; esto es, que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido, de tal modo que cualquier acto que sea contrario al mismo será declarado como nulo. Con el *ius cogens* se pretende amparar los intereses colectivos fundamentales del grupo social, por lo que se explica que esta clase de normas se encuentren en una posición jerárquica superior con respecto al resto de disposiciones del ordenamiento. *Sentencia del Tribunal Supremo Español, 2 de junio del 2015, FJ 3º*.

- 21 Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23 de junio de 2005, párr. 184.

3. Restricción del derecho a la libertad de expresión

La libertad de expresión no es un derecho absoluto; como todos los derechos fundamentales encuentra su límite cuando se enfrenta a otros derechos e intenta lesionarlos sin justificación o cuando atenta contra derechos colectivos, según las circunstancias de cada caso, en virtud de las previsiones del artículo 32.2 de la Convención Americana el cual determina que “[l]os derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

En suma a lo anterior, es preciso acotar que este derecho también puede ser suspendido en caso de guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado, porque la libertad de expresión no pertenece al núcleo duro de los derechos fundamentales según se desprende del análisis del artículo 27 del referido texto convencional; es decir, la CADH.

El goce y disfrute del derecho a la libertad de expresión se encuentra limitado frente a los derechos al buen nombre, al honor, a la intimidad, a la dignidad y a la moral de las personas, y cuando irrumpe contra el orden público, la paz y el bienestar general.

Toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en materia de derechos humanos debe ser proporcional al fin legítimo que se persigue;²² el Comité de Derechos Humanos de

22 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, párr. 83; *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (Reparaciones y Costas), sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 113; *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74 párr. 152; ECHR. *Schorschach and News Verlagsgesellschaft v. Austria*, No. 39394/98, § 29, 2003-XI.

la ONU²³ y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos²⁴ también se han pronunciado en ese mismo sentido”.²⁵

El artículo 13.2 de la CADH prohíbe la censura previa y habilita, en cambio, un régimen de responsabilidades ulteriores en situaciones específicamente delimitadas. La aplicación de tal régimen tiene que ajustarse siempre a las siguientes condiciones derivadas de la CADH: I. Las limitaciones deben establecerse mediante leyes redactadas de manera clara y precisa; II. Las limitaciones deben estar orientadas al logro de los objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana y, III. Las limitaciones deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro del objetivo que persiguen, estrictamente proporcionales a la finalidad que buscan e idóneas para lograr dicho objetivo.²⁶

En el citado artículo 13.2 se establece un régimen de responsabilidades ulteriores para garantizar el respeto a 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 públicas.

El artículo 13.5 de la Convención Americana establece 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

23 ONU. Comité de Derechos Humanos. *Caso Aduayom y otros c. Togo* (422/1990, 423/1990 y 424/1990), dictamen de 12 de julio de 1996, párr. 74.

24 AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. *Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project v. Nigeria*, Communication Nos. 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96, Decision of 31 October, 1998, párr. 54.

25 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*..., párr. 84.

26 Comisión IDH. *Marco jurídico interamericano sobre derecho a la libertad de expresión*. Recuperado de http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index (22 de enero de 2020).

ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

Por esta razón, se deben distinguir aquellos discursos tendentes a incitar a la violencia y a desestabilizar el orden público por concepciones puramente ideológicas y discriminatorias, de aquellos dirigidos al Gobierno mediante los cuales el pueblo expresa opiniones de descontento y cuya esencia es política o de carácter general, que solo persiguen llamar la atención de las autoridades y hacerles repensar en torno a sus actuaciones. De ser confundidos estos discursos con los de odio, se estaría enterrando la democracia.

III. Discursos protegidos por la libertad de expresión

Existen discursos especialmente protegidos por el derecho a la libertad de expresión; por tanto, tienen prelación sobre otros derechos. Dentro de estos discursos podemos mencionar los siguientes: el político sobre asuntos de interés público, el relativo a funcionarios públicos en ejercicio y el que expresa elementos esenciales de la identidad o dignidad de las personas. Así lo juzgó la Corte IDH el 31 de agosto de 2004, en ocasión al conocimiento del caso Ricardo Canese contra Paraguay.

Esto nos indica que en el marco del desarrollo de este tipo de disertaciones de índole político, gestión pública, etc., la libertad de expresión se antepone ante los derechos que en supuestos normales representarían el límite a estos discursos.

Este criterio encuentra fundamento en que –como es bien sabido– los instrumentos de protección de derechos humanos surgen como consecuencia de la sangre derramada producto de las acciones de regímenes autoritarios en el siglo pasado,

por lo que desde 1948 –tras la adopción de la Declaración Universal– constituye un reto para los Estados evitar este tipo de Gobiernos condenables; por estos motivos, la libertad de expresión es concebida como la piedra angular de la democracia– como se ha expresado– porque juega un papel preponderante en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática; por ello, cuando el pueblo no exige la libertad de expresión la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, y los sistemas autoritarios se fortalecen.

Producto de lo anterior, los discursos antes citados se encuentran blindados por el derecho a la libertad de expresión porque con su ejercicio se dota a la ciudadanía de las herramientas para realizar el escrutinio de sus gobernantes, permite el fomento de opinión pública basada en información clara y veraz que admita fijar posiciones y posturas en torno a los gobernantes o respecto de aquellos que pretendan asumir cargos públicos, se logra evitar futuras violaciones de derechos humanos, se fomenta la transparencia y se fortalece la democracia de los pueblos.

Así lo expresó la Corte IDH al indicar que en el marco de una campaña electoral, las libertades de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituyen un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral debido a que se transforman en herramientas esenciales para la formación de la opinión pública del electorado, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios, y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.²⁷

27 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay...*, párr. 88.

La Suprema Corte de México ha expresado que el interés público que tengan los hechos o datos publicados, constituye el concepto legitimador de las intromisiones en la intimidad. Así, el derecho a la intimidad debe ceder a favor de la libertad de expresión cuando los hechos difundidos puedan tener relevancia pública, “ya sea por su comportamiento público como por aquellos aspectos privados que revistan interés de la comunidad, al ser el ejercicio de dichos derechos la base de una opinión pública libre y abierta, en una sociedad democrática”.²⁸

La solución al conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la información frente a los derechos a la intimidad o a la vida privada –agregó la referida Corte– deberá resolverse caso por caso, a fin de verificar cuál de estos derechos merece mayor protección considerando incluso que “tratándose de personas públicas, debe distinguirse según la proyección pública mayor o menor de la persona, dado su propia posición en la sociedad”, así como la forma en que ella misma ha modulado el conocimiento público sobre su vida privada.²⁹

Esto trae como consecuencia que, de acuerdo con los parámetros interamericanos, nunca debe protegerse la reputación de un funcionario público a través de sanciones penales sino solo civiles. Y, en general, las leyes denominadas “de desacato” son consideradas atentatorias a la libertad de expresión.³⁰

28 MÉXICO. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Primera Sala. (Amparo Directo 6/2009), del 7 de octubre de 2009, p. 79. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/publico/09000060.001.doc>. (22 de enero de 2020).

29 *Ibid.*, p. 81.

30 DÍAZ, Marianne. *El odio y los límites a la libertad de expresión*. Disponible en <https://www.derechosdigitales.org/11421/el-odio-y-los-limites-a-la-libertad-de-expresion/> (22 de enero de 2020).

Como se estableció en el párrafo final del apartado anterior, no deben confundirse los discursos políticos y de interés público con los discursos de odio. En ese sentido, la Corte Europea –en interpretación del artículo 10 de la Convención Europea de los Derechos Humanos– ha señalado que una restricción a la libertad de expresión, para estar justificada debe ser “necesaria en una sociedad democrática” y perseguir “un objetivo legítimo”. Siguiendo este criterio, la Corte Europea ha sostenido –por ejemplo– el derecho de un abogado turco a publicar panfletos que exhortaban a los “patriotas demócratas kurdos y turcos a que asumieran sus responsabilidades”. Debido a esas expresiones, el Tribunal de Seguridad Nacional turco lo condenó por incitación al odio. A pesar de que la interferencia estaba preestablecida en la ley, la Corte Europea consideró que la condición de necesidad en una sociedad democrática no amparaba solo a las ideas que resultaran inofensivas sino también a aquellas que ofenden, perturban o distorsionan, por cuanto estas ideas son especialmente necesarias en una sociedad democrática.³¹

IV. Los discursos de odio. Nociones y elementos

Los discursos de odio representan un fenómeno que surge posterior a la Segunda Guerra Mundial, tras constatar la

31 Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 113; 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; Corte IDH. *Caso Ríos y otros vs. Venezuela* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C No. 194, párr. 105; Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 de enero de 2009, Serie C No. 195, párr. 116; 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.*

influencia de la propaganda nazi y lo que posteriormente terminó conociéndose como el holocausto.³² Si bien existen excepciones, como el caso de Inglaterra, la mayoría de las normas prohibitivas de los discursos de odio son posteriores al término de esa conflagración, en particular con la creación de la ONU en 1945.³³

Tras la instauración de esta última y la aprobación de la Declaración Universal en 1948, la protección del derecho a la igualdad entre las personas sin discriminación alguna así como la protección de la dignidad, cobró una particular importancia. No tanto como respuesta a los discursos de odio sino como mecanismo para garantizar que los derechos individuales de las personas sean respetados debidamente, tras la constatación de la insuficiencia de los constitucionalismos nacionales para ello.³⁴

Parte de la doctrina sostiene que los orígenes de estas ideas se remontan a las revoluciones inspiradas por la Ilustración, como la francesa y la independencia estadounidense; en particular, con la Declaración de Derechos y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos. Sin embargo, ello no fue siempre del todo así.³⁵ Si bien es cierto que en ambos instrumentos se señala que los hombres son creados libres e iguales, no menos valedero es que sería ingenuo creer que a partir de este punto nació verdaderamente el derecho a no ser discriminado, así como la debida protección de la dignidad humana.³⁶

32 CAJIGAL, Juan. *Los discursos de odio como límite a la libertad de expresión*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2018, p. 40. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/159498/Los-discursos-de-odio-como-l%C3%ADmite-a-la-libertad-de-expresi%C3%B3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (22 de enero de 2020).

33 Íd.

34 Íd.

35 Íd.

36 PALACIOS, P. *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de*

El argumento anterior resulta lógico, puesto que toda disposición normativa surge con base en una fuente material; es decir, un fenómeno jurídico que incide significativa y suficientemente en un determinado colectivo hasta el límite de hacer surgir la necesidad de contrarrestar dicha problemática aplicando medidas para evitarlo modificando, sustituyendo o creando normativa para regularlo. No es lógico pensar que cuando el derecho a la igualdad nace, surge al mismo tiempo la no discriminación para protegerlo; por esto es que la corriente más aceptada es aquella que sostiene que el discurso de odio —como concepto— y el derecho a no ser discriminado cobran sentido a partir del derramamiento de sangre producto de los embates de la Segunda Guerra Mundial, motivada precisamente por arengas que incitaban a la violencia y al genocidio.

Según informe emitido por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (en adelante “la UNESCO”), tras estudiar las distintas definiciones de discurso de odio en el derecho internacional se concluyó que el concepto usualmente se refiere a

expresiones a favor de la incitación a hacer daño (particularmente a la discriminación, hostilidad o violencia) con base a [sic] la identificación de la víctima como perteneciente a determinado grupo social o demográfico, pudiendo incluir, entre otros, discursos que incitan, amenazan o motivan a cometer actos de violencia. No obstante, para algunos el concepto se extiende a las expresiones que alimentan un ambiente de prejuicio e intolerancia en el entendido de que tal ambiente puede incentivar la discriminación, hostilidad y ataques violentos dirigidos a ciertas personas.³⁷

Derechos Humanos sobre la Cláusula Autónoma de No Discriminación. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2005, p. 28.

37 UNESCO. *Countering online hatespeech*. Unesco Serie on Internet Freedom.

Con miras a uniformar lo más razonablemente posible las diversas legislaciones y criterios en torno al *hate speech*, estimamos que por discursos de odio puede entenderse el ejercicio del derecho a la libertad de expresión con contenido típico, antijurídico y reprochable que se da en el marco de un Estado social y democrático de derecho, en donde el receptor resulta ser un grupo vulnerable que denote sentimientos de discriminación, intolerancia, hostilidad o violencia.

En esa misma línea, el Consejo de Europa ha definido el discurso de odio como “el fomento, promoción o instigación [...] del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones por razones de ‘raza’, color, ascendencia, origen nacional o étnico, edad, discapacidad, lengua, religión o creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual y otras características o condición personales”.³⁸

Más tarde, el mismo Consejo de Europa definió los discursos de odio como “toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo y etnocentrismo agresivo, y de discriminación y hostilidad contra las minorías, los migrantes y las personas de origen inmigrante”.³⁹

UNESCO: París, Francia, 2015, p. 10. Disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233231>. (22 de enero de 2020).

38 CONSEJO DE EUROPA. COMISIÓN EUROPEA CONTRA EL RACISMO Y LA INTOLERANCIA. *Recomendación n° 15*. 2016.

39 *Ibid.*, párr. 47.

Estas nociones, como todo concepto involucrado en un fenómeno social, por su naturaleza dinámica y tendencia a la evolución son perfectibles; por ejemplo, en los últimos tiempos sería normal agregar a la definición de discurso de odio que su canal de difusión podría ser virtual –incluso el más usado– producto de la ubicación temporal por la que atravesamos, la era tecnológica; sin embargo, sería descabellado o impensable incluirlo en los momentos posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Pero lo cierto es que las definiciones estudiadas abarcan gran parte de lo que en las legislaciones suele comprenderse por este tipo de discursos. Podemos arribar a la conclusión de que todas las acepciones estudiadas, coinciden en el común de nominador de que estos discursos son motivados por diferencias ideológicas y que su fin es el daño a los congéneres, generalmente colectivo.

Estos discursos pueden difundirse de forma oral, escrita, audiovisual, en los medios de comunicación o en internet; buscan apelar a la emoción más que a la razón y resaltar cierta actitud de dominio de uno sobre otro para –de esta forma– silenciar a determinados grupos sociales. Los discursos más recurrentes son aquellos que subrayan diferencias étnicas, sociales o sexuales y religiosas. Se destaca que un discurso puede ser considerado de odio si cumple estos criterios básicos:⁴⁰

- a. De ataque a un grupo en situación de vulnerabilidad tipificado. Relacionado a los grupos históricamente discriminados.
- b. De humillación. Tiene que ver con la agresión o humillación a símbolos representativos de un determinado grupo social

40 RESEARCHGATE. *Discursos de odio: una epidemia que se propaga en la red. Estado de la cuestión sobre el racismo y la xenofobia en las redes sociales*. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/333468876_Discursos_de_odio_una_epidemia_que_se_propaga_en_la_red_Estado_de_la_cuestion_sobre_el_racismo_y_la_xenofobia_en_las_redes_sociales (22 de enero de 2020).

- c. De malignidad. Implica una invitación para humillar y denigrar a personas de grupos en situaciones de vulnerabilidad
- d. De intencionalidad. Comprende la intención de humillar o excluir.

Términos como xenofobia, homofobia, racismo y discriminación, entre otros, delimitan los diferentes tipos de discursos de odio existentes; estos pueden catalogarse en tres grandes grupos: odio racial y étnico, odio por nacionalidad o religión y odio por género u orientación sexual.⁴¹

1. Tipos de discursos de odio

Los grupos vulnerables al odio varían en cada lugar y en cada momento histórico. No obstante, si nos situamos en el momento actual y en el contexto europeo, es posible distinguir una lista de grupos vulnerables que son especialmente susceptibles de ser objeto de discurso de odio. Según la Recomendación N° 15 del Consejo Europeo citada en otros apartados del presente ensayo, los grupos vulnerables al odio suelen incluir personas solicitantes de asilo y refugiadas, migrantes y negras, comunidades de personas judías y musulmanas, personas gitanas y de otras comunidades religiosas, históricas, étnicas y lingüísticas minoritarias así como las personas LGBTI.

El referido documento –además de estos grupos– también destaca a mujeres, personas sin recursos, niñez y jóvenes pertenecientes a estos grupos así como personas con diversidad funcional, como población especialmente vulnerable al odio.

41 Íd.

Teniendo en cuenta estos grupos vulnerables, se pueden destacar como tipos principales de odio⁴² el antigitanismo, como una forma de racismo dirigido a las personas gitanas; el antisemitismo que es el prejuicio contra, el odio o la discriminación hacia las personas judías, tanto como grupo étnico o como religioso; la aporofobia, como se conoce el rechazo de las personas sin recursos o sin hogar; la islamofobia, como se nombra al prejuicio contra, el odio hacia o el miedo al islam o a las personas musulmanas; LGTBIfobia, como se denomina al rechazo a las personas lesbianas, gais, transexuales, bisexuales e intersexuales; el racismo, fundado en la creencia de que por motivo de la raza, el color, el idioma, la religión, la nacionalidad, el origen nacional o étnico, se justifica el desprecio de una persona o grupo de personas, o la noción de superioridad de una persona o grupo de personas; y el sexismo que es el término utilizado para nombrar la discriminación de las personas por razón de sexo. Como consecuencia de la desigual relación de poder entre hombres y mujeres en la sociedad, la forma más común de sexismo es la misoginia que consiste en el rechazo, el odio o la discriminación hacia las mujeres; asimismo, debe mencionarse la xenofobia para nombrar el prejuicio contra, el odio hacia o el miedo a personas de otros países o cultura.

En Latinoamérica se ubican los tipos de odio contra las poblaciones inmigrante e indígena. Además, se coincide con la región europea en lo relativo a la LGTBfobia, como forma de discriminación mundial; también en lo concerniente al racismo, el sexismo, la xenofobia, etc.

42 BARCELONA.CAT *¿Qué es el discurso de odio?* Disponible en <https://ajuntament.barcelona.cat/bcnvsodi/es/que-es-el-discurso-de-odio/> (22 de enero de 2020).

La identificación de los distintos tipos de discursos de odio permite consolidar el rol del Estado, así como ampliar y perfeccionar la gama de políticas públicas disponibles tendientes a contrarrestarlos, puesto que no es efectivo enfrentar todos los discursos de odio de forma indiscriminada. Se necesita descifrar la raíz, es decir, el motivo que les hace surgir para así poder atacar su núcleo y no solo sus consecuencias, lo que coadyuva también a prevenir no solo a sanciona, porque los discursos de odio generan secuelas irreversibles a nivel moral y psicológico de manera individual, social o colectiva.

2. Causas y efectos de los discursos de odio

Las manifestaciones de odio crean un clima general de intolerancia que causa consecuencias muy concretas para los grupos afectados y la sociedad en general. Una de las finalidades del discurso de odio es difamar a personas que forman parte de grupos vulnerables; por ejemplo, a través de la difusión de estereotipos y rumores, o al señalarlas como chivos expiatorios de los problemas de la sociedad. Ello afecta a la percepción que la población general tiene de estas.

El discurso de odio también influye en la percepción que los grupos victimizados tienen de sí mismos, lo que puede dañar la autoestima individual. Además, las expresiones de discurso de odio pueden incluir amenazas y llegar hasta el acoso; ello suele provocar en las víctimas ansiedad, depresión y otros problemas de salud mental que –en algunos casos extremos– pueden desembocar en suicidio.⁴³

43 Id.

En el ámbito social, la difamación de grupos vulnerables y la justificación de la discriminación que implica el discurso de odio suelen generar actitudes excluyentes, tanto por parte de personas individuales como entre representantes de instituciones públicas. Dichas actitudes incluyen a menudo negar a estos grupos el acceso a bienes públicos como el empleo, la vivienda, la sanidad o la educación, lo que contribuye a su marginación.

Asimismo, los procesos de otredad –percepción de un grupo de personas como diferentes y ajenos a la propia comunidad– y la deshumanización que entraña el discurso de odio, pueden llevar a determinadas personas o grupos a cometer actos de violencia tanto contra propiedades y elementos simbólicos –vandalismo o profanación– como contra personas los cuales pueden consistir en agresiones físicas o sexuales, asesinatos o actos de terrorismo; en el peor de los casos, incitan al genocidio que apunta a la aniquilación o el exterminio sistemático y deliberado de un grupo social.⁴⁴

Al respecto, el profesor Luca Gervasoni identifica como causas que están detrás de este fenómeno las siguientes: “la crisis económica, el extremismo violento, la crisis de los refugiados y la ausencia de medidas preventivas dirigidas a fomentar la resiliencia de la sociedad”. De estos discursos de odio en internet derivan comportamientos como el acoso y el odio cibernéticos.⁴⁵

44 Íd.

45 Cfr. ROCA, Agnès, y FULLANA, Guida. ¿Cómo combatir el discurso del odio en internet? Barcelona: UOC, 2017. Disponible en <https://www.uoc.edu/portal/es/news/actualitat/2017/152-personas-refugiadas.html>.

3. Responsabilidad por difusión de discurso de odio

Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. Esto significa que toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue. Por otra parte, cualquiera que ejerce su libertad de expresión asume deberes y responsabilidades cuyo ámbito depende de su situación y del procedimiento técnico utilizado⁴⁶; esto es así, en virtud de las reglas universales relativas a que cada quien es responsable de sus actos y todo aquel que causa un daño a otro está obligado –por haberlo cometido– a repararlo.

El discurso de odio sancionable es aquel que incluye sus formas más graves, las cuales constituyen delito y acarrear una sanción administrativa o la reparación del daño causado por la vía civil, en un país determinado.

Por el riesgo que supone de restricción al derecho a la libertad de expresión, la Recomendación N° 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (en adelante “la ECRI”) establece que el discurso de odio debería ser perseguido penalmente solo en circunstancias limitadas y que las penas deberían reflejar siempre el principio de proporcionalidad. Según esta Recomendación, los Estados deberían perseguir el discurso de odio solo si se cumplen dos circunstancias: debe tener lugar en un contexto público, la primera, y la segunda que su contenido incite a realizar actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación.⁴⁷

46 Corte IDH. *Caso «La última tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73, párr. 69.

47 CONSEJO DE EUROPA. COMISIÓN EUROPEA CONTRA EL RACISMO

Con respecto a este último criterio, es importante señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado en sentencias como la de *Féret contra Bélgica* del 2009, que para que exista discurso de odio no es necesario que se incite directa o explícitamente a la violencia sino que es suficiente con que se incite al odio –al injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos– o a la discriminación. Del mismo modo, también se destaca que cualquier restricción de la libertad de expresión “debe obedecer a una necesidad social democrática, que va más allá de la lesión de derechos individuales”.⁴⁸

En ese mismo sentido, el Plan de Acción de Rabat de la ONU sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o violencia, establece una serie de criterios que han de ser considerados por los legisladores, fiscales y jueces al momento de evaluar expresiones prohibidas penalmente; además, agrega los siguientes criterios a los enumerados por la Comisión Europea: el contexto social y político prevalente al momento en que el discurso fue emitido y diseminado; 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; la intención del emisor del discurso; el contenido o la forma del discurso, que puede incluir la evaluación de hasta qué grado el discurso fue provocador y directo, 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; el ámbito del discurso, incluyendo

Y LA INTOLERANCIA. *Recomendación n° 15*. Disponible en http://www.mitramiss.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/2016_12_21-Recomendacion_ECRI_NO_15_Discurso_odio-ES.pdf, pág. 13 y 17 (22 de enero de 2020).

48 TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Féret vs Bélgica* (Sección Segunda), sentencia de 16 de julio de 2009.

elementos como el alcance del discurso, su naturaleza pública, la magnitud y el tamaño de la audiencia; y 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.⁴⁹

Por otro lado, el discurso intolerante o discurso de odio no sancionable, es aquel que incluye el mensaje de ese tipo que está amparado por la libertad de expresión. A pesar de que este no debe ser sancionado, si tiene que ser combatido desde otras estrategias, pues supone una grave amenaza para la convivencia y contribuye a perpetuar la discriminación de determinados colectivos. La mayoría del discurso de odio existente tanto *online* como *offline* entraría en la categoría de discurso intolerante.⁵⁰

Finalmente, es preciso destacar que aquellos discursos identificados como reprochables deben ser pasados por el test de proporcionalidad a fin de determinar la sanción a imponer y su idoneidad, habida cuenta de que la misma dependerá –explicando en palabras llanas los criterios enumerados– de los siguientes factores: el nivel de lesividad de lo manifestado; el bien jurídico afectado; las características personales del acusado como su educación, su situación económica y familiar, sus oportunidades laborales y de superación personal; las pautas culturales del grupo al que pertenece; y el contexto social y cultural donde se cometió la infracción. Eso, considerando que no todos los discursos de odio deben recibir el mismo tratamiento; deben valorarse el contexto y las circunstancias que lo motivaron, pero sobre todo a quienes van dirigidos.

49 OEA. *Discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América*. Disponible en http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Discurso_de_odio_incitacion_violencia_LGTBI.pdf (22 de enero de 2020).

50 Íd.

Sancionarlos de manera indiscriminada podría callar las voces de los más desvalidos y despojarles de la única herramienta de reclamo, con lo que se sepultaría la democracia; por ello, en estos casos el rol de los jueces y demás operadores institucionales a mayor nivel debe realizarse con justicia, imparcialidad, conciencia, diligencia y responsabilidad; pero, sobre todo, con la suficiente honestidad intelectual.

Conclusiones y recomendaciones

La libertad de expresión constituye uno de los pilares fundamentales para la sostenibilidad de los Estados democráticos y de derecho. Expresar sin censura previa los pensamientos y las opiniones representa una herramienta eficaz para la exigibilidad del respeto y la protección de los derechos humanos por parte del Estado y los particulares, al tiempo de permitir la difusión de información y el fomento de opiniones públicas sólidas que incidan en el accionar de quienes les ha sido encomendada la tutela de los derechos fundamentales.

No obstante lo anterior, esta prerrogativa fundamental no es absoluta. Su restricción quedará legitimada cuando su ejercicio ponga de manifiesto un contenido atentatorio al honor, la intimidad, la dignidad y la moral de las personas con el objeto de generar malestar general, violencia y hasta genocidio en el peor de los casos. Eso es lo que actualmente conocemos como discursos de odio.

Cuando lanzamos uno escudados en la libertad de expresión, surge de manera inmediata una colisión entre derechos fundamentales; es decir, una contradicción lógica entre normas de igual jerarquía cuya solución procesal radica en analizar el peso de cada derecho de cara a la situación particular a

solucionar, debiendo prevalecer el que sea más favorable al titular del derecho y los que beneficien a la colectividad. De este razonamiento se colige que en estos casos –sin lugar a dudas– se antepone el derecho al buen nombre, al honor y a la dignidad de la persona, puesto que de su consecución depende la paz y la felicidad de las personas que es precisamente el sentido esencial de la vida.

No obstante lo anterior, deben ser identificados con cautela los discursos de odio puesto que su confusión con otros discursos de naturaleza similar podría poner en juego la democracia de las naciones; de igual modo, debe tenerse claro que no todo discurso de odio es sancionable con las mismas reglas. Necesariamente, el contenido de estos discursos debe incitar actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación; una vez se determine si lo expresado es reprochable, se pasa a verificar si debe ser sancionado civil o penalmente, lo que dependerá de los factores que motivaron al emisor, el receptor al que se dirige y el grado de lesividad.

Combatir el odio en el mundo constituye un desafío al que urge hacer frente, en aras de construir sociedades más justas, pacíficas e inclusivas; por ello es que, en la actualidad, este ideal constituye el objetivo N° 16 de la Agenda 2030 de la ONU, cuyo alcance implica reducir significativamente todas las formas de violencia y las correspondientes tasas de mortalidad en todo el mundo (Meta 16.1); garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades (Meta 16.7); y promover y aplicar leyes y políticas no discriminatorias en favor del desarrollo sostenible (Meta 16.b).

Para reducir el odio en el mundo se requiere impulsar medidas, no solo para aplicar un sistema de consecuencias; más

que todo, los Estados deben preocuparse por formular acciones tendientes a prevenir los discursos de odio, ya que –por la gravedad de sus efectos– en la mayoría de los casos los daños resultan irreversibles.

Hay que aunar esfuerzos por parte de actores sociales específicos como la administración pública, los medios de comunicación, las academias, las empresas y las entidades así como de la ciudadanía en general, teniendo en cuenta que las soluciones deben estar siempre alineadas con los problemas que se intentan atender.

Las familias deben recobrar y asumir su rol, educando en valores a sus hijos e hijas. En las escuelas, los primeros años de estudio deben ser dedicados a la enseñanza basada en la ética, la moral y el civismo, procurando un desarrollo integral que conduzca a la infancia a forjar personalidades con amor propio y amor al prójimo.

Debe asimilarse la idea de que la niñez en las aulas necesita ser feliz, no excelente como exigen en gran medida y con colosal ahínco los padres y maestros, porque ha quedado comprobado que la búsqueda de la excelencia genera competitividad, división, aislamiento, egoísmo y envidia. Estos antivalores conducen a la formación de personas crueles e inhumanas. Al final del día, la felicidad estimula a los seres humanos a ser excelentes.

Retos y evolución del derecho de acceso a la información

*Alan Gerardo García Salinas**

Introducción

El acceso a la información pública es un derecho humano que poco a poco ha ido ganando importancia, generando conciencia e incorporándose a las legislaciones internacionales y nacionales. El impulso ciudadano ha hecho que los Gobiernos lo reconozcan y garanticen.

No se puede hablar de un sistema democrático sin su vigencia, ya que el acceso a la información pública dota de herramientas a la sociedad para vigilar y exigir cuentas al Estado. Los diversos eventos recientes han exhibido la importancia y la injerencia que el acceso a la información pública puede tener en la configuración de los temas de interés público.

El derecho de acceso a la información así como la transparencia y la rendición de cuentas, son elementos que ayudan al fortalecimiento del sistema democrático y al empoderamiento de la ciudadanía; al tener un mayor acceso a información de interés pública, la ciudadanía puede tomar parte

* Maestro en Derecho de la información por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, profesor en la licenciatura de Dirección periodística por la Universidad de Morelia y profesor en la licenciatura de Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Sus temas de investigación son: participación política, derecho a la información, derecho de acceso a la información, derecho de las audiencias y derechos humanos.

de las decisiones que impacten en el bienestar de la sociedad, así mismo al tener mecanismos de participación, rendición de cuentas y transparencia se puede combatir la corrupción, ya que los actos gubernamentales se encuentran sujetas al escrutinio y auditoria de la sociedad, por lo cual los actos de corrupción son más difíciles de ejecutar.

Tanto el derecho de acceso a la información como la transparencia y la rendición de cuentas, son piezas fundamentales en cualquier democracia pues ayudan a fomentar y estabilizar la legitimidad del Estado y la confianza en el mismo; de igual forma, ayudan a propiciar el clima y los mecanismos para incentivar el desarrollo de una opinión pública plural y responsable, una opinión sustentada y no banal en aras de desarrollar los mecanismos de participación ciudadana.

La evolución de este derecho fundamental ha sido tortuosa. Se ha encontrado con varios obstáculos puestos por Estados que estaban acostumbrados a vivir en el oscurantismo y sin dar cuentas de nada; sin embargo, la participación política, los diferentes procesos sociales y la acción de algunos sectores de la sociedad han podido sacar a flote las iniciativas necesarias para lograr el reconocimiento jurídico del acceso a la información pública.

En este sentido, la información es fundamental para la construcción de un sistema político democrático; un gobierno democrático se basa en la participación de las personas y en especial de los ciudadanos, por lo cual el acceso a la información pública es pieza clave ya que cumple dos cuestiones esenciales que van de la mano. La primera es dar la información necesaria a las personas para que puedan tomar decisiones sobre algunas situaciones comunales; la otra, brindar herramientas para poder pedirle cuentas al Estado.

¿El acceso a la información pública es solo posible en una democracia o también se puede dar en un sistema absolutista? Ante esa interrogante cabe señalar que si bien es cierto que los fundamentos filosóficos de cada sistema le dan un lugar específico a este derecho, también es verdad que se puede encontrar dicho acceso en cualquier sistema sin que esto asegure que el acceso a la información se cumple o se ejerce a cabalidad.

Es posible decir que el desarrollo del acceso a la información pública se ha ido dando conforme a la evolución de los sistemas políticos; así existió un acceso primitivo en el régimen absolutista y después se observó que en la democracia liberal tomó otro sentido.

Este proceso de rendición de cuentas se da por el cambio del origen del poder. En el régimen absolutista llegaba de Dios, por lo cual era impensable pedir cuentas y mucho menos saber qué se estaba haciendo. Ya en la democracia liberal, el poder emanaba de una persona la cual solo era representante de las voluntades; asimismo, esto trajo una conciencia de saberse poseedor de derechos y –por ello– se podía saber qué estaban haciendo los gobernantes. Así, derechos como la libertad de expresión y de información se volvieron fundamentales.

En estos tiempos no se puede hablar de una opinión pública homogénea, ya que el proceso social e histórico así como los nuevos procesos de comunicación hacen que se tengan diferentes segmentos de opinión; cada grupo tiene intereses específicos que quiere expresar. Por ello, es posible hablar de una opinión pública segmentada. Kelsen afirmaba que el acceso a la información era determinante para la formación de la opinión pública, por lo cual tenía las siguientes funciones: control particular, sustrato para la participación ciudadana, control social, cultura de transparencia, incentivar la eficiencia y la eficacia, facilitar la defensa de

derechos o intereses, legitimidad de las decisiones y sustrato de la libertad de expresión.

El derecho de acceso a la información está protegido por diferentes leyes y tratados internacionales y locales; en México existe una ley en específico. Asimismo, se encuentra establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante “la DUDH”) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la CADH”).

I. El derecho de acceso a la información pública

Este nace de la idea de que toda información generada por el ente gubernamental es de carácter público y también de injerencia pública. Cuando se habla del derecho de acceso a la información, se tiene la clasificación de información pública y privada. La primera es gubernamental y la segunda empresarial; ambas abonan a la formación de conocimiento y, por consiguiente, a la formación de opinión pública. Sin embargo, este ensayo se aboca únicamente a la información pública.

El derecho de acceso a esta, tiene sus raíces en el derecho a la información. Por ello, es necesario definir al segundo pues si bien este tiene sus raíces en la idea liberal de la libertad de expresión, fue a partir de la promulgación de la DUDH –en 1948– que se pudo hablar de una definición del derecho a la información.

Doctrinalmente se debe entender el derecho a la información, de acuerdo a la definición de José María Desantes Guanter, como aquel “derecho humano consistente en el derecho al mensaje

informativo que es su objeto, en donde existe la facultad de recibir, difundir e investigar”.¹

Al revisar esta definición, se observa que dicho derecho contempla la comunicación y emana de la libertad de expresión. Asimismo, considerado lo más importante para esta investigación, existen tres aspectos que son parte fundamental para el derecho a la información; se trata de las facultades de recibir, difundir e investigar. De esta última es que nace el derecho de acceso a la información,

Siguiendo a Héctor Pérez Pintor, es posible sostener que la facultad de investigar es aquella que “consiste en la posibilidad de allegarse información por cualquier medio o mecanismo e incluye el acceso a archivos, registros y documentos, tanto de poder público como del sector privado”,² lo cual debería entenderse como el derecho de acceso a la información.

De la facultad de recibir, nace el concepto del derecho de acceso a la información; en este punto deben existir dos partes: una es la persona que tiene, genera o resguarda la información; la otra es la persona que tiene interés en conocer la información y que, por tal razón, también tiene derecho a estar informada.

Cuando se habla del derecho de acceso a la información, se tiene la clasificación ya mencionada de información pública y privada; ambas abonan a la formación de conocimiento y, por consiguiente, a la de opinión pública. Sin embargo, como se señaló antes, este ensayo se abocará únicamente a la información pública.

1 Desantes Guanter, José María y otros. *Derecho de la información*, Tomo II, Colex, Madrid, 1994, p.14.

2 Pérez Pintor, Héctor. *La arquitectura del derecho de la información en México, un acercamiento desde la Constitución*, UMSNH)-Miguel Ángel Porrúa, México, 2012, p 31.

Es necesario plantear una definición del derecho de acceso a la información pública, que según Ernesto Villanueva es “la prerrogativa de la persona para acceder a datos, registros y todo tipo de informaciones en poder de entidades públicas y empresas privadas que ejercen gasto público y/o ejercen funciones de autoridad, con las excepciones taxativas que establezca la ley en una sociedad democrática”³

En otras palabras, el derecho de acceso a la información pública es el poder que tienen las personas de conocer y acceder a la información; también de injerencia en la esfera pública que genere, obtenga o resguarde toda entidad gubernamental o con poder político público.

Asimismo, Alfredo Hernández y Luis González recalcan que el derecho de acceso a la información pública tiene dos aspectos que brindan herramientas para la participación ciudadana; según los autores, estos son los siguientes: “[P]rimero suministran la información y los parámetros para detectar aquellas zonas de impunidad o corrupción que podían generarse en el contexto del propio sistema democrático, y segundo los ciudadanos podrán ejercer un control activo sobre las decisiones públicas, a informarse sobre temas de justicia e interés común y, finalmente, a interactuar con el poder político de una manera productiva y simétrica”.⁴ Estos elementos serán pieza fundamental para incentivar la participación ciudadana.

3 Villanueva, Ernesto. “Aproximaciones conceptuales a la idea de transparencia”, en Merino, Mauricio (coordinador). *Transparencia, libros, autores e ideas*, IFAI-CIDE, México, 2005, p. 57.

4 Hernández, Alfredo y González, Luis. “El derecho de acceso a la información pública, la obligación de transparencia y el empoderamiento ciudadano”, en Peschard, Jacqueline (compiladora), *A diez años del derecho a la información en México: nuevos paradigmas para su garantía*, INAI, México, 2015, p. 80.

Por lo que al ejercer este derecho, la ciudadanía puede conocer el rumbo y el porqué de las decisiones estatales y –de esta forma– instaurar mecanismos de vigilancia y participación, los cuales sirven de contrapeso a las cúpulas del poder. Esto da paso a un fenómeno importante, ya que los derechos humanos fundamentales son de carácter individual; sin embargo, por su impacto en la esfera de lo público, el derecho de acceso a la información pública se convierte en un derecho comunal ya que varias veces, si bien es una persona quien pide o accede a la información pública, esta es conocida por gran parte de los ciudadanos o simplemente a veces este derecho es ejercido por un grupo de personas organizadas.

II. La configuración del derecho de acceso a la información pública

Si bien las primeras normativas referentes del derecho de acceso a la información pública tienen sus antecedentes en la ley sueca de 1766, puede decirse que el mismo tiene una aplicación relativamente muy joven; más aún, en México y la región latinoamericana. Los derechos humanos tienen su origen ideológico en los pensamientos liberales, en la ilustración y –sobre todo– en los principios de la revolución francesa; en teoría, los derechos humanos son innatos a todas las personas.

Sin embargo, en la práctica, los derechos naturales son los que más se violan; por ello, para que se puedan ejercer de manera funcional y sean garantizados por el Estado, deben de pasar a positivizarse.

Según Miguel Carbonell,⁵ la necesidad de legislar los derechos humanos es para así evitar que grupos de poder político y económico traten de apoderarse de los mismos y se vuelvan privilegios de estos; así, después los pueden negociar o convertir en cotos de poder. Los derechos humanos fundamentales tienen que ser para todas las personas y deben ser universales, por lo que no pueden ser “rehenes” de ningún poder.

En otra vertiente se puede mencionar que el objeto de este derecho es la información y, como se sabe, esta es fundamental para la construcción de un sistema político democrático. Los gobiernos democráticos se basan en la participación de las personas y, en especial, de los ciudadanos; por tanto, el acceso a la información pública es esencial ya que cumple dos cuestiones fundamentales que van de la mano. La primera es brindar la información necesaria a las personas para que puedan tomar decisiones sobre algunas situaciones comunales; la otra es proporcionar herramientas para poder pedir cuentas al Estado.

Existe la disyuntiva de que si el acceso a la información pública es solo posible en una democracia o también se puede dar en un sistema absolutista. Si bien es cierto que los fundamentos filosóficos de cada sistema le dan un lugar específico a este derecho, también es verdad que se puede encontrar el acceso a la información en cualquier sistema sin que esto sea constancia de que el acceso a la información se cumple o ejerce a cabalidad.⁶

5 Carbonell, Miguel. *El derecho de acceso a la información como derecho fundamental*, en Merino, Mauricio (coordinador), “Transparencia, libros...”, p. 10.

6 Bermúdez Soto, Jorge; Mirosevic Verdugo, Camilo, *El acceso a la información pública como base para el control social y la protección del patrimonio público*, Revista de Derecho, núm. XXXI, 2008, pp. 439-468 Pontificia Universidad Católica de Valparaíso Chile.

El desarrollo del acceso a la información pública se va dando conforme a la evolución de los sistemas políticos. Primero es posible ver un acceso primitivo en el régimen absolutista; después, en la democracia liberal se observa que el acceso toma otro sentido y se vuelve fundamental en el empoderamiento de la ciudadanía y en el ejercicio del poder público y político.

III. Evolución del derecho de acceso a la información pública en México

En este país, tal derecho tiene su propia legislación. Apenas en el 2015 se creó una nueva Ley de Transparencia Federal, la cual sustituyó a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, que estaba vigente desde el 2002. Cabe mencionar que la normativa más reciente fue producto de la transición de poderes y de la presión de grupos de la sociedad civil.

Durante años, el régimen político mexicano vivió en penumbras; era poca la información sobre temas públicos y se coartaba la libertad de expresión. Estos y otros factores hacían que los ciudadanos no se sintieran representados por las autoridades. Los autores son claros en el siguiente señalamiento: “Uno de los legados autoritarios con mayor permanencia es la percepción de las instituciones como contrarias a la voluntad colectiva”.⁷ En México, desde la década de 1990, se han impulsado leyes e instituciones que velan por los intereses de la transparencia y la rendición de cuentas.

En 1977 se reformó el artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, afirmando que el Estado

7 Ibid., p. 87.

garantizaría el derecho a la información. Sin embargo, no se generaron las leyes ni se crearon los organismos para que eso se llevara a cabo. Después vendría el cambio de régimen; el Partido de Acción Nacional –el PAN– y en especial su candidato presidencial Vicente Fox, habían prometido transparencia en el Gobierno federal.

Aunado a las promesas de campaña de Fox, se formó el denominado Grupo Oaxaca formado por empresarios, intelectuales e integrantes de la sociedad civil; después de varios foros y la elaboración de diversas iniciativas, se mandó al Congreso de la Unión una propuesta de ley de transparencia en la cual se formaba un organismo garante del acceso a la información. Dicha normativa, ya citada, solo sufrió cambios hasta el 2007; el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos (en adelante “el IFAI”) fue el órgano garante de la vigencia del de derecho al acceso a la información pública.

Sin embargo, la ley del 2002 sobre la materia no fue la primera de su tipo en el país. Anteriormente se habían promulgado legislaciones estatales al respecto, como son la del Estado de Jalisco en el 2001; a esta le seguiría en abril del 2002 la Ley de Acceso a la Información Pública de Sinaloa que –según Ernesto Villanueva– por su contenido sería una de las más importantes, ya que marcaría un “parteaguas” en la legislación mexicana en lo referente a esta asignatura⁸.

En el sexenio del presidente Felipe Calderón se dio una reforma y se creó la Ley de Transparencia; sin embargo, no fue hasta el sexenio de Enrique Peña que –gracias al impulso de la ciudadanía– se elaboró y aprobó la normativa que se encuentra

8 Villanueva, Ernesto, *Derecho de acceso a la información pública estatal: una aproximación al estado de la cuestión en México*, México, UNAM, p. 83.

vigente y se creó el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (en adelante “el INAI”), el cual sustituiría al IFAI. Dicha ley establece como obligatoria la transparencia para los organismos gubernamentales.

El derecho de acceso a la información pública paso a ser constitucional apenas en el 2013. El derecho a la información, había sido garantizado por el Estado en la reforma de 1977. Sin embargo, el mismo fue producto de la presión de partidos políticos por lo que solo iba dirigido para estos; pero no se formularon los mecanismos, las instituciones y las leyes reglamentarias que hicieran efectivo este derecho, y solo se quedó como una norma inoperante.

Como fue mencionado antes, la reforma del 2013 adicionó un párrafo al artículo 6° constitucional, el cual sostiene que

Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases: Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública y solo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional en los términos que fijen las leyes.

Esta reforma trajo consigo varios aspectos. Primero, es un derecho inscrito en la máxima ley del país, por lo que se vuelve de observancia nacional; segundo, al ser de carácter nacional las demás leyes y los reglamentos deben tener armonía con lo

estipulado en el artículo 6° constitucional; tercero, queda claro cuáles son los entes que están obligados a aportar información a los ciudadanos; por último, como todo derecho no es absoluto y se acaba adonde empieza el de otra persona.

Si bien las leyes ayudan al fortalecimiento de los derechos y dan certeza jurídica en el cumplimiento de estos, no solo basta con la legislación para que –“por arte de magia”– estos sean respetados. Existen otros factores que deben ser tomados en cuenta para que este derecho se cumpla, respete y se lleva a la práctica.

Para que el derecho de acceso a la información se realice es necesario generar mecanismos que lo hagan accesible y fortalecer los órganos garantes del INAI; pero, más que nada, se requiere educación sobre cómo ejercerlo además del conocimiento de los derechos que el ser humano tiene como persona y ciudadano. Es necesario, además, impulsar programas de educación ciudadana.

IV.El acceso a la información pública en México y Latinoamérica

América Latina y México vivieron una época de dictaduras políticas, de hegemonías de un solo grupo de poder, donde se prohibieron varias libertades y violaban derechos fundamentales del ser humano. Uno de los pisoteados fue el derecho a la información y, por consiguiente, el de acceso a la información pública. La ciudadanía no podía expresar sus ideas, reunirse ni hacer propaganda contra el régimen. No podía opinar; mucho menos pedir información sobre las decisiones y el actuar de Estados oscurantistas. Varios fueron los eventos de los cuales se ocultó información; tal es el caso de los hechos represivos que

tuvieron lugar en 1968 y 1971 en México, así como la brutalidad sistemática de las dictaduras militares latinoamericanas.

Una serie de eventos políticos, sociales y económicos devino en la caída de los regímenes dictatoriales en la región. De pronto, la ciudadanía tenía acceso a derechos humanos y políticos que por años se le habían negado; aún con miedo, las personas reclamaban sus derechos fundamentales y pedían cuentas a los Gobiernos militares. Los derechos a la información y de acceso a la información pública, fueron parte de las peticiones de la ciudadanía a los nuevos Gobiernos.

Las personas crearon organizaciones sociales, las cuales reclamaban su derecho a saber cuáles habían sido las acciones de los regímenes autoritarios y sobre todo conocer el paradero de sus conocidos, amigos y familiares desaparecidos durante estos regímenes.

Por ello, fue necesario reconocer y aplicar los tratados internacionales firmados por las naciones; entre estos, la DUDH. Si bien las dictaduras militares habían firmado ciertos tratados internacionales, estos no se cumplían ya que en la práctica no se respetaba lo estipulado en los mismos. En el artículo 19 de la DUDH ya se establecían los derechos a la información y a recibir información, que son los fundamentos del derecho de acceso a la información pública.

El citado artículo 19 dice: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitaciones de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Sin embargo, los principios de la DUDH no se respetaban y algunos países –como Argentina– tardaron en ratificarla. En

el plano regional, la Organización de los Estados Americanos formuló en 1969 la CADH, en la que se estipula la creación de un órgano garante de los derechos humanos y establece en su artículo 13 lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y 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”.

Así se avanzó en el plano jurídico. No obstante, la realidad seguía siendo otra; pero con la llegada de los nuevos Gobiernos, se retomaron los tratados internacionales firmados.

En el 2003, el 31 de julio, los Estados americanos firmaron en Santo Domingo la Carta por el Libre Acceso a la Información Pública. En este documento se declaraba el acceso a la información pública como un derecho humano universal, como una herramienta en el combate de la corrupción y para el mejor manejo de la administración pública; también para la formulación de leyes que garanticen la vigencia de este derecho.

Asimismo, en el 2004 –en Nuevo León, México– los Gobiernos americanos se comprometieron a contar con las legislaciones y los organismos que se necesitan para garantizar la vigencia del derecho de acceso a la información.

Por su parte, en octubre del 2000, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la CIDH”) ya había aprobado la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, en la que se reconoce al acceso a la información pública como un derecho fundamental que debe ser garantizado por el Estado.

Por firmar estos tratados, los países latinoamericanos tuvieron que cambiar sus legislaciones para instaurar el derecho de acceso a la información pública; países como Ecuador, México, Nicaragua, Perú, Chile y Guatemala elaboraron leyes generales reconociéndolo e incluyeron este derecho en sus constituciones.

Algunos países lo incorporaron a su legislación, gracias a que sus constituciones ratifican los tratados internacionales firmados. En materia de legislación, se va por buen camino; sin embargo, se debe trabajar en aspectos educativos y culturales así como de divulgación de este derecho fundamental para la participación ciudadana y el fortalecimiento de la democracia.

El derecho de acceso a la información ha tenido un gran avance en cuanto a su protección y garantía. Los países latinoamericanos, de una u otra manera, lo han garantizado ya sea por tratados internacionales o por legislaciones propias. La mayoría de estas normativas cumplen con los principios rectores del acceso a la información pública.

El camino en América Latina para conseguir el reconocimiento de este y otros derechos humanos se ha encontrado con contextos históricos adversos, por lo cual para la ciudadanía ha sido un logro que el Estado los garantice.

Dados sus procesos históricos y algunas cuestiones de idiosincrasia, algunos países están más avanzados en la cultura de pedir información al Estado. Sin embargo, existe una gran brecha digital en la región lo cual obstaculiza el ejercicio pleno del acceso a la información; hay que recordar que el acceso al internet es un derecho fundamental. Algunos países todavía tienen que trabajar en educación cívica y cultura de acceso a la información.

Un gran precedente sobre la materia en Latinoamérica se dio en el caso que atrajo la Corte Interamericana de Derechos Humanos –el de Reyes contra Chile– ya que la CIDH y este tribunal regional dieron carácter de derecho humano al acceso a la información pública.

V. Principios del derecho de acceso a la información pública

Existe una serie de principios rectores dentro del derecho de acceso a la información pública; en términos prácticos se puede decir que son los que orientan y fundamentan este derecho. De acuerdo a Rigoberto Martínez son el acceso universal, la máxima publicidad y su gratuidad, la celeridad y su accesibilidad.⁹

El principio de acceso universal “es el que establece que cualquier persona está facultada para solicitar información, sin necesidad de acreditar interés alguno”.¹⁰ Por lo tanto, cualquier persona puede recibir y pedir información pública, lo que lo convierte en un derecho y no un privilegio; lo es, además, porque no es necesario justificar la razón por la cual se está pidiendo la información.

El principio de máxima publicidad se refiere a que “toda información, archivos o documentos, independientes de la modalidad en que esta exista, sea escrita, sonora, visual, de acceso, *in situ* o electrónica, que posean los órganos integrantes del Estado encargados del ejercicio del poder, tiene el carácter de información pública, sin que ello implique que su acceso

9 Martínez Rigoberto. *El derecho de acceso a la información en México, su ejercicio y medios de impugnación*, INFOEM, Toluca, 2009. p. 41.

10 *Ibid.*, pág. 42.

es ilimitado e irrestricto”.¹¹ Este es el que determina que toda información de carácter público debe estar a disposición de las personas cuando estas la pidan, siempre que no transgreda otro derecho; asimismo, este principio da pie a dos conceptos pertenecientes al derecho de acceso a la información pública, como lo son la transparencia y la rendición de cuentas.

El principio de gratuidad “surge con la finalidad de que la condición económica de las personas, no constituya un obstáculo para el ejercicio de acceso a la información, o bien y en virtud de la modalidad de acceso a la información solicitada, su costo representa una barrera franqueable”.¹² En este principio se pondera la igualdad económica, complementa el principio de acceso universal y en gran medida hace romper las barreras del poder económico para que este derecho no se convierta en privilegio, ejercido solo por grupos económicamente poderosos; además, tiene sus bases en los principios democráticos.

El principio de celeridad tiene que ver con “la obtención rápida y pronta de la información requerida por las personas, evitando en la mayor medida, los tardíos y lentos trámites gubernamentales”.¹³ En este principio se basan las reglamentaciones sobre el tema, mediante las cuales el sujeto obligado cuenta con un tiempo razonable para responder a la solicitud de información, a fin de evitar la omisión de la solicitud o que la información requerida –con el paso del tiempo– deje de ser de interés para el solicitante.

El principio de accesibilidad consiste en “el establecimiento de mecanismos, procedimientos y medios de impugnación, claros, sencillos y expeditos, que permitan el poder ejercitar el

11 *Ibid.*, pág. 43.

12 *Ibid.*, pág. 44.

13 *Ibid.*, pág. 45.

derecho de acceso a la información pública”.¹⁴ En otras palabras, se trata de facilitar a la persona el poder acceder a la información que requiera y que su trámite no se vuelva “un dolor de cabeza”.

Después de analizar los principios expuestos por Rigoberto Martínez, es necesario agregar otro a esa lista que –al menos en México– está contemplado en la ley como información de oficio. Dicho principio se basa en la responsabilidad de los entes estatales de presentar información concerniente a la administración pública y la toma de decisiones, sin necesidad de que alguna persona la solicite. Este principio abre la puerta a otro concepto como es la rendición de cuentas, el cual se basa en la responsabilidad democrática legítima del Estado de informar a sus gobernados sobre sus acciones y decisiones.

Cuando se respeten estos principios fundamentales del derecho de acceso a la información pública, será posible hablar de un escenario favorable para que el mismo se desarrolle y sea ejercido por cualquier persona a fin de que se cumplan sus objetivos, que son ayudar a empoderar la participación ciudadana y combatir tanto el oscurantismo como la corrupción en la administración pública.

VI. Transparencia y rendición de cuentas

Muchas veces los conceptos de transparencia y rendición de cuentas se confunden con derechos; sin embargo, aquellos emanan del derecho de acceso a la información pública. Los mismos sirven como un puente entre Gobierno y ciudadanía, donde la ciudadanía se vuelve auditora del quehacer gubernamental.

14 Ibid., pág. 45

Se puede decir que la transparencia “es un atributo o cualidad que nos permite tener información clara y precisa sobre algo o alguien, lo que aumenta nuestra capacidad de comprensión, vigilancia y comunicación”.¹⁵

La transparencia es una cualidad que debe tener la información que el Estado genere o tenga bajo su posesión; es una nueva cultura por parte del gobernante, el cual está dispuesto a salir de la opacidad y ser auditado por los ciudadanos para así lograr legitimidad en su accionar, ya que toda acción que realice estará bajo el escrutinio de la ciudadanía.

Por su parte, la rendición de cuentas “es la responsabilidad que tiene el aparato gubernamental ante la ciudadanía de dar a conocer y justificar cualquier acción, decisión o incluso una omisión previa que afecte la vida pública o sea de interés público, para que así la ciudadanía pueda evaluar y en su caso sancionar a sus gobernantes”.¹⁶

De acuerdo a Gustavo Chávez existen dos tipos de rendición de cuentas: la vertical y la horizontal. La primera “se desarrolla dentro del marco de las democracias con elecciones libres, justas y competitivas, basadas en procesos electorales, donde los gobiernos se ven obligados a rendir cuentas”.¹⁷ Por su parte, la segunda “se refiere a los controles que las agencias estatales, como los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, entre otros, ejercen sobre otras agencias estatales para que cumplan con la rendición de cuentas”.¹⁸

15 Guerrero, Eduardo. *Para entender la transparencia*, Nostra, México, 2008 p. 12.

16 López Ayllon, Sergio y Merino, Mauricio. *La rendición de cuentas en México: perspectivas y retos*, pp. 1 a 3.

17 Chávez, Gustavo. “Derecho a la información: breve desarrollo”, en Ponce, Gabriela y García, Leonel (coordinadores), *Las fronteras del derecho de la información*, UMSNH-Novum, Morelia, 2011, p. 35.

18 Ibid., pág. 35.

De estos dos conceptos surgen las responsabilidades del Estado ante el derecho de acceso a la información pública. Una es la auditoría interna que deben realizar los órganos gubernamentales, de tal manera que el Estado tenga mecanismos para controlar el buen manejo de la administración pública, combatir la corrupción y castigar tales faltas; asimismo, de esta forma garantiza institucionalmente el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública.

Mientras que de otro tipo de rendición de cuentas, surge la responsabilidad estatal de informar sobre su actuar. De esta manera, la ciudadanía pueda evaluar y conocer el trabajo gubernamental; al ser una responsabilidad, no es necesario que la ciudadanía pida información para recibirla.

La rendición de cuentas y la transparencia son aspectos emanados del derecho de acceso a la información pública; en gran medida, hacen funcional el acceso y el ejercicio de este derecho. Si estos dos aspectos no se cumplieran, no se podría hablar de un correcto y pleno ejercicio del derecho de acceso a la información y –por lo tanto– tampoco de un régimen democrático.

VII. Retos del derecho de acceso a la información en México

Como se ha visto, la evolución de este derecho en México ha sido relativamente rápida. Si bien apenas se legisló en el 2002, su evolución ha sido buena; durante casi dieciséis años se han creado leyes e instituciones que lo garantizan y se ha pugnado por el establecimiento de canales para que la ciudadanía acceda al mismo y pueda ejercerlo.

En teoría, el derecho de acceso a la información en este país no debería enfrentar problemas para su ejercicio; sin embargo, en la práctica se encuentran algunos retos que deben sortearse por parte de la ciudadanía y del propio Estado. Quizá el más difícil es lograr que el acceso a la información pública pueda empoderar de manera real a la ciudadanía y que esta pueda sacar provecho de la información que el mismo Estado le dé sobre su actuar.

Los retos del derecho de acceso a la información pública tienen que ver con el contexto social y político del país; solo con un plan integral se pueden afrontar y resolver. Si bien existen instituciones fuertes, aún no es posible hablar de instituciones realmente.

Un gran avance se dio con la creación de la Ley General de Acceso a la Información Pública, ya que se presentó una normativa homogénea y se hacen esfuerzos por tener una plataforma digital de fácil acceso, agradable para la ciudadanía en general. Esto último no se ha logrado. A continuación, se presentan algunos retos que deben sortearse para que exista un ejercicio pleno de este derecho que abona al empoderamiento de la ciudadanía.

1. Educación y conocimiento

En la encuesta Nacional de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales 2018 realizada por el INAI y el INEGI se puede observar que solo el 50,4 % de los mexicanos conocen o dicen conocer sobre el derecho de acceso a la información pública, sin embargo solo el 7.6% conoce que existe una ley que garantiza el acceso a la información, de acuerdo a la misma encuesta, la mayoría de la población no conoce a

cabalidad el derecho de acceso a la información pública y solo el 31.3% sabe hacer una solicitud de información, por lo cual podemos deducir que hace falta conocimiento de la sociedad sobre este rubro.¹⁹

El poco conocimiento de los derechos humanos hace que las personas no los puedan hacer valer; asimismo, influyen en ello aspectos culturales que existen entre algunos sectores de la clase política mexicana que no quieren dejar atrás viejas prácticas o no reconocen la obligación que conlleva ser funcionario público.

De igual forma, es necesario tomar en cuenta que –ya sea por falta de recursos económicos o de interés– algunas instituciones públicas o ayuntamientos no tienen el personal adecuado para hacerse cargo de la oficina de transparencia y acceso a la información pública por lo cual muchas veces se dejan de realizar obligaciones básicas y se incumple con el derecho de acceso a la información pública.

Existe un gran trecho por trabajar en materia de cultura de la transparencia. Es importante que el Estado, las organizaciones civiles y las universidades hagan esfuerzos conjuntos para generar espacios en los cuales se transforme y se conozcan los derechos políticos de los ciudadanos, entre los cuales se ubica el acceso a la información pública; asimismo, se debe instruir a los funcionarios públicos en dicha materia.

2. Conectividad

El derecho de acceso a la información ha encontrado en el internet un canal donde los ciudadanos puedan ubicarla,

19 INEGI, *Encuesta Nacional de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales 2018*, Aguascalientes, INEGI, 2019, P. 24

apoyados por las nuevas tecnologías; lo pueden hacer también en materia de transparencia. En el caso del acercamiento de la ciudadanía a la información pública, gracias a las plataformas digitales se ha logrado que conozca lo que su Gobierno está haciendo. El Plan de desarrollo digital maneja como primordial, la creación de un sistema para el ejercicio del derecho de acceso a la información.

Asimismo, la plataforma nacional parece no cuajar del todo ya que todavía es de difícil acceso y su sistema es muy enredoso, como se puede ver; y dadas las circunstancias de la sociedad informativa, se está apostando por el desarrollo del derecho de acceso a la información pública por medio de las nuevas tecnologías.

Sin embargo, existe un problema ya que el servicio de internet es muy lento y todavía no se cuenta con gran conectividad. De acuerdo a la encuesta nacional de disponibilidad y uso de Tic's, realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, el 59.5 % de los mexicanos se declara usuario de internet y el 47 % de los hogares tiene conexión a internet; no obstante, el 73.6 % de los mexicanos cuenta con datos móviles.²⁰

A pesar de que la mayoría de los usuarios de internet lo hace por medio del celular, no existe una aplicación nativa para que estos puedan acceder a la solicitud de información pública de manera amable y fácil.

Si bien es verdad que el acceso al internet es un derecho humano, existe una gran brecha tecnológica; por ello, se deben impulsar estrategias para que las personas que no están conectadas al mismo puedan hacer valer su derecho de acceso

20 INEGI, *Encuesta de disponibilidad de Tic's en hogares 2019*, Aguascalientes, ENDUTIH, 20019, p. 27.

a la información pública. Una situación que se debe tomar en cuenta es la de los pueblos indígenas, considerando sus usos y costumbres sobre el acceso a la información y la rendición de cuentas.

3. Autonomía de los órganos

Las leyes mexicanas no otorgan una autonomía total a los órganos autónomos pues sus integrantes son propuestos por el Poder Legislativo, el cual algunas veces hace los nombramientos basado en favores o beneficios políticos; además, estos órganos dependen financieramente del mismo. Se puede decir que los órganos autónomos en México tienen en la práctica una autonomía política parcial, ya que el Poder Legislativo tiene injerencia en estos; asimismo, su autonomía financiera es nula y parciales lo son tanto la jurídica como la administrativa ya que el personal también es nombrado por el Poder Legislativo.

Posiblemente la autonomía financiera sea la más difícil de conseguir, dado que al ser órganos que manejan recursos públicos existen leyes que determinan las pautas a seguir; sin embargo, al menos en teoría, las otras autonomías pueden lograrse con más facilidad.

Actualmente, el Poder Legislativo es el que elige a los consejeros; ello les quita autonomía a los órganos. Es posible pensar en otra forma de nombrarlos. Hay varias, inclusive la del voto directo de la ciudadanía; sin embargo, esto último sería algo difícil de aplicar, por lo cual se considera más viable delegar esta responsabilidad a las universidades públicas apelando a la responsabilidad que tienen con la sociedad.

Seleccionar a los consejeros del INAI de entre las universidades públicas, sería una opción para fortalecer su autonomía; estas entidades serían las encargadas de buscar entre los académicos a los candidatos más idóneos, postularlos y después votar por los mejores perfiles, lo cual quitaría injerencia de los poderes Legislativo y Ejecutivo en las designaciones.

4. Participación política

Uno de los aspectos que se fortalece con el derecho de acceso a la información pública, es la participación ciudadana; esta, importante para el sistema democrático, constituye una serie de derechos y obligaciones que debe cumplir la ciudadanía. Su participación hará que los sistemas democráticos gocen de legitimidad y puedan desarrollarse hasta lograr su consolidación. Para Ricardo Raphael, “una participación insuficiente produce una ciudadanía de baja intensidad y esta a su vez condena a la democracia a ser de mala calidad”.²¹

La participación ciudadana empieza desde el momento en que se pagan impuestos y se piden cuentas sobre lo que se hizo con el dinero; asimismo, comienza con la construcción de un entorno de libertades y la injerencia en la formulación de leyes que impacten en el desarrollo de la comunidad. Siguiendo a Raphael, “el sujeto adquiere madurez y solvencia para opinar, razonar y actuar políticamente con responsabilidad cuando adquiera información y pueda participar”.²²

Para generar participación ciudadana es necesario el derecho de acceso a la información pública y, por consiguiente, una

21 Ibid., pág. 69.

22 Ibid., pág. 70.

opinión pública saludable; la participación ciudadana es el motor de la democracia participativa que tanto anhela la ciudadanía. Por ello, la sociedad debe recuperar paulatinamente o intervenir en la formulación de legislación. Para la filósofa alemana Hannah Arendt, la acción política es a lo que debe aspirar cualquier humano consiente. Toda acción política debe estar encaminada a terminar en la formulación de una ley, ya que si esto no se logra de nada habrán servido las movilizaciones o las actividades políticas, por lo cual –para Arendt– la sociedad debe intervenir en la formulación de legislaciones que le serán aplicadas. Cabe recordar que cualquier acción política, debe tener un discurso y una ideología.²³

Al tener acceso a la información pública, la ciudadanía tiene el poder de participar como auditora y –a su vez– como legisladora; teniendo información se empodera su participación, por lo cual puede pedir cuentas a sus gobernantes y participar en la generación del debate público sobre una ley o en la propuesta de una iniciativa de ley. Los ciudadanos deben tener acceso a la información y así evitar caer en la desinformación que otras personas le puedan proveer para, de esta manera, confundirlos.

En México existen leyes que protegen el derecho de acceso a la información pública; asimismo, deben existir leyes sobre participación e injerencia ciudadana como es el caso del presupuesto participativo, la incipiente consulta popular, la rendición de cuentas, el gobierno abierto, la revocación de mandato y el referéndum.

23 Cfr. Arendt, Hannah. ¿Qué es la política?, Sala Carbo, Rosa (traductora), Editorial Paidós, Barcelona, 1997, pp. 110 a 130.

Conclusiones

El derecho de acceso a la información, así como la transparencia y la rendición de cuentas, son elementos que ayudan al fortalecimiento del sistema democrático y al empoderamiento de la ciudadanía; esto quiere decir que a más informada esté la ciudadanía, los gobernantes tendrán menos margen para llevar a cabo actos de corrupción. Además, suministra la información necesaria para detectar las zonas de impunidad o corrupción que surgen en un sistema democrático y ayuda a la formación del clima propicio para una participación ciudadana activa.

La transparencia y la rendición de cuentas, hacen que la ciudadanía pueda ejercer sobre las instituciones su cuidado; asimismo, se vuelven promotoras de la participación ciudadana lo que ayuda a formular una vía de acceso, cooperación y responsabilidad colectiva entre ciudadanía y Gobierno. La ciudadanía se coloca en los principios de vigía, garante de la legalidad y visibilidad de todos los procesos.

En México existe la reglamentación que garantiza el acceso a la información pública; asimismo, se cuenta con los mecanismos y las instituciones para que estos funcionen. Las leyes y las instituciones han propiciados algunos cambios positivos en materia de cultura de acceso a la información; sin embargo, existen algunos obstáculos para que se cumpla a cabalidad con el real acceso a la información pública.

Uno de los principales es la poca educación cívica y en formación política de la ciudadanía; aunado a esto, existen en un gran sector de la misma falta de credibilidad hacia las instituciones y un desinterés sobre los asuntos públicos. En el país no solo basta con aprobar leyes y crear organismos que garanticen el cumplimiento del derecho de acceso a la información,

sino también se debe trabajar en la formación de una nueva idiosincrasia así como en la educación ciudadana y política.

Por años, los políticos y la sociedad fomentaron el oscurantismo en temas públicos y la cultura de la corrupción; la hegemonía de un partido único propició esta cultura, ya que era un pequeño círculo privilegiado el que se podía enterar de lo que pasaba, acceder a puestos políticos o ser el beneficiario de algún contrato gubernamental. Mientras, la ciudadanía no exigía cuentas y no había mecanismos para lograr eso; asimismo el monopolio de los medios de comunicación solo publicaba la información que el Gobierno de turno quería; sin embargo, con el cambio de régimen se tuvo la posibilidad de superar todo esto y dar paso a un gobierno transparente.

Otro obstáculo es la carencia de cultura en lo relativo a la rendición de cuentas por parte de un gran sector de la esfera política del país; asimismo, está la falta de conectividad a internet en algunas regiones del país adonde los medios masivos tradicionales tienen una fuerte injerencia sobre la opinión pública.

La transparencia y el acceso a la información pública permiten evaluar y comprender el sistema político mexicano, así como el porqué de algunas manifestaciones que se presentan en el actuar estatal. Un Estado democrático debe ser garante y observante de los derechos humanos para, así, evitar que se caiga en el despotismo, la ilegitimidad y el autoritarismo. Cabe recordar que una de las grandes violaciones en las que incurren los regímenes autoritarios son aquellas que afectan la vigencia de los derechos humanos, destacando los ámbitos de los derechos políticos y a la información, la libertad de expresión y el acceso a la información.

Uno de los principales retos de todo gobierno democrático, es formular leyes y ejecutar actos que al ser observados por la

ciudadanía y –al mismo tiempo– puestos a discusión, cuenten con el consenso de esta. El derecho debe ser emanado del conceso de la población; así genera legitimidad el actuar gubernamental y no cae en actos despóticos que solo agravan la crisis del sistema político mexicano.

¿EL DERECHO A LA LACTANCIA MATERNA?

*Miluska Orbegoso Silva**

A MODO DE INTRODUCCIÓN

Se debe empezar por señalar que no existen estudios jurídicos profundos sobre el derecho a la lactancia materna, el cual ha sido proclamado por los Estados modernos. Su contenido no se encuentra definido por la doctrina ni la jurisprudencia y solo se puede encontrar cierto desarrollo, principalmente en los ámbitos médico y nutricional, recogido en algunas legislaciones nacionales; sin embargo, como es sabido, la protección de un derecho depende principalmente de que su contenido se haya desarrollado a fin de que su titular –cuando le sea vulnerado– pueda solicitar su protección.

En ese sentido, hay que precisar que el alcance de esta investigación se realiza a la luz de los pronunciamientos que ha realizado la Organización Mundial de la Salud (en adelante “la OMS”) y de algunas referencias que, en el campo de la medicina, se han desarrollado sobre la importancia de la lactancia materna. Es por ello que la presente encuentra limitaciones en las fuentes que se pueden consultar, pues estas son muy escasas.

Hecha la anterior precisión, corresponde precisar el objeto de la presente investigación. La definición del derecho a la

* Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra, España; profesora de tiempo completo de la Universidad de las Américas, Puebla, México y miembro del Sistema Nacional de Investigadores en México.

lactancia materna es desde nuestro punto de vista una materia controvertida, un concepto jurídico indeterminado el cual necesita ser determinado sobre todo hoy en día pues su protección se ha establecido como una de las principales tareas de los Estados actuales. Y justamente, como sucede siempre en el caso de los derechos, más allá de la definición de los mismos la cuestión está en cómo se hace efectivo, lo cual depende en mayor medida de su contenido y de los medios jurisdiccionales que se hayan dispuesto para su protección.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1959 (en adelante “la CDN”) ya señala en su artículo 24, numeral 2, literal e, referido a las obligaciones estatales concretas—, que estos tienen el deber de “asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos”. Obligación de arduo cumplimiento, pues no solo depende de la voluntad de los gobiernos en promoverla sino de la libertad de decisión de la madre de ejercerla.

La lactancia materna es un derecho de la madre y del hijo, dicen la OMS y muchas otras organizaciones internacionales que promueven su reconocimiento como tal. Ello, aunque parece una afirmación pacífica nos lleva —desde nuestro punto de vista— a distintos cuestionamientos pues aunque la promoción de la lactancia materna se ha vuelto últimamente —como recomienda la OMS—¹ un tema importante para el pleno desarrollo del recién

nacido y hasta los dos años de edad, el solo reconocimiento de un derecho de doble titular genera de hecho supuestos de difícil solución.

La pregunta que aquí se plantea es qué pasa en el supuesto de que una madre no quiere dar leche materna a su bebé. ¿Es entonces un derecho de la madre o lo es de su bebé? Si la lactancia materna es reconocida como un derecho del niño, en el supuesto de que su progenitora no le “pueda” dar pecho o —más aún— no quiera hacerlo, ¿qué mecanismo de protección tiene ese bebé que se ha visto privado de su derecho? ¿Cómo se protege? ¿Es válido el concepto de interés superior del niño? O es una cuestión relacionada con el derecho de alimentos; o, por el contrario, acaso es el derecho de libertad o el del libre desarrollo de la personalidad los que protegen a la madre para decidir acerca de si lacta o no a su bebé. Pero, entonces, ¿no era también un derecho del niño?

Tales cuestiones no son vanas y, desde el punto de vista del derecho, hasta donde esta investigación alcanza no se ha realizado un análisis profundo sobre las mismas. En ese orden de ideas, es nuestra intención abordar algunos de estos planteamientos.

Finalmente, es válido señalar que no se pretende hacer un estudio científico sobre los beneficios de la lactancia materna; sin embargo, se emplearán datos y estadísticas recopilados por la OMS con la finalidad de realizar un planteamiento adecuado del tema que se abordará.

1 OMS. *Estrategia mundial para la alimentación del lactante y del niño pequeño: Anexo. Consulta de expertos sobre la duración óptima de la lactancia materna exclusiva. Conclusiones y recomendaciones*, Documento A54/INF.DOC./ 4, 1 de mayo del 2001, disponible en https://www.who.int/nutrition/publications/guidelines/guidelines_text_spa.pdf

I. LACTANCIA MATERNA

1. Una aproximación a su reconocimiento

Hoy en día se reconoce, como ya se mencionó, a la lactancia materna como un bien jurídico protegido en tanto derecho de la madre y del niño. Ello, nos lleva a cuestionarnos acerca de en qué momento histórico es que se reconoce como tal y de la obligación que entonces nace para el Estado de protegerlo. Así, “[e]n el primer período, a mitad del S.XX, [...] existe una gran insistencia por parte de la ciencia, el estado y los pediatras de la época, en que la finalidad de la mujer era no solamente parir, sino que la alimentación, la crianza y la educación de los hijos/as eran funciones asignadas a las madres, quedando los hombres exentos de esta responsabilidad. Debido al descenso de la natalidad y al aumento del trabajo de la mujer fuera de casa, se recuerda a ésta que para alcanzar la plenitud debe tener hijos y amamantarlos”.²

Todo ello debido a que durante la guerra y la posguerra, en las que las condiciones sociales eran de extrema pobreza, se insistió en el fomento de la lactancia materna mediante un movimiento ideológico apoyado por la religión, la política y la medicina como prevención para reducir la mortalidad infantil.³

Es así que la OMS toma la batuta en cuanto a la promoción y la protección de la lactancia materna, en tanto esta “es una forma sin parangón de proporcionar un alimento ideal para el crecimiento y el desarrollo sanos de los lactantes; también es parte integrante del proceso reproductivo, con repercusiones importantes en la salud de las madres. Como recomendación de

2 Castellano Navarro, Silvia y Gómez Gil, Belén. “Actuación de los profesionales sanitarios frente a los intereses político-económicos imperantes en la lactancia materna”, *Evidentia. Revista de enfermería basada en la evidencia*, Vol. 10, N° 41, disponible en <http://www.index-f.com/evidentia/n41/ev4103.php>

3 Cfr., ibíd.

salud pública mundial, durante los seis primeros meses de vida los lactantes deberían ser alimentados exclusivamente con leche materna para lograr un crecimiento, un desarrollo y una salud óptimos”.⁴

Así se reconoce que la lactancia exclusivamente materna durante los primeros seis meses de vida aporta muchos beneficios, tanto al niño como a la madre.⁵ Y, en consecuencia, mejora el desarrollo infantil y la reducción de los costos sanitarios pues genera beneficios económicos para las familias y también para los países. Cuando las familias no necesitan comprar leche de fórmula, los niños enferman menos y los servicios sanitarios tienen que invertir menos en atender a niños y futuros adultos pues –como se apuntó– enferman menos.⁶

2. Datos relevantes sobre la lactancia materna según la OMS

Para poder comprender la importancia que tiene la lactancia materna en el desarrollo de un niño y también en la salud de la madre, existen datos proporcionados por la OMS que son relevantes a estos efectos.

4 OMS. *Estrategia mundial para la alimentación del lactante y del niño pequeño*, Definición del reto, numeral 1, adoptada por consenso el 18 de mayo de 2002 por la 55ª Asamblea Mundial de la Salud y el 16 de septiembre del 2002 por la Junta Ejecutiva del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, 2003, Ginebra, 2003, p.5, disponible en https://www.who.int/nutrition/publications/gs_infant_feeding_text_spa.pdf

5 OMS. *The optimal duration of exclusive breastfeeding. Report of an expert consultation*, WHO/NHD/01.09, WHO/FCH/CAH/01, 24 de marzo del 2001.

6 Ibid.

En la Estrategia mundial para la alimentación del lactante y del niño pequeño se recoge que “la malnutrición ha sido la causa, directa o indirectamente, del 60% de los 10,9 millones de defunciones registradas cada año entre los niños menores de cinco años. Más de dos tercios de esas muertes, a menudo relacionadas con unas prácticas inadecuadas de alimentación, ocurren durante el primer año de vida. Tan sólo un 35% de los lactantes de todo el mundo son alimentados exclusivamente con leche materna durante los primeros cuatro meses de vida; la alimentación complementaria suele comenzar demasiado pronto o demasiado tarde, y con frecuencia los alimentos son nutricionalmente inadecuados e insalubres. Los niños malnutridos que sobreviven caen enfermos más a menudo y sufren durante toda su vida las consecuencias del retraso de su desarrollo. El aumento de la incidencia del sobrepeso y la obesidad entre los niños es también motivo de gran preocupación. Puesto que las prácticas inadecuadas de alimentación constituyen una gran amenaza para el desarrollo social y económico, son uno de los obstáculos más graves a los que se enfrenta este grupo de edad para alcanzar y mantener la salud”.⁷

La lactancia materna se transforma en el medio idóneo para criar niños sanos, que no sufran enfermedades futuras y así se impida su muerte prematura pues se sabe que la cifra estimada de fallecimientos debido a la desnutrición es de 2,7 millones, lo cual representa el 45 % de todas las defunciones de niños en tanto que “una lactancia materna óptima tiene tal importancia que permitiría salvar la vida de más de 820 000 menores de 5 años todos los años”.⁸

7 OMS. *Estrategia mundial para la alimentación del lactante...*

8 OMS. *Alimentación del lactante y del niño pequeño*, 16 de febrero del 2018, disponible en <http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/infant-and-young-child-feeding>

En igual sentido, por ejemplo en el caso mexicano, se recoge en la Encuesta Nacional de Salud 2012 que solo catorce de cada cien niños menores de seis meses habían sido amamantados exclusivamente con leche materna. Asimismo, un estudio⁹ del Instituto Nacional de Salud Pública concluye que en 2012, la lactancia materna inadecuada contribuyó a la muerte de hasta 5796 niños menores de un año. Además, otro estudio del mismo Instituto señaló que si el 95 % de las mujeres alimentara a sus hijos solo con leche materna por seis meses y continuara la lactancia por un año o más, se evitarían 9936 casos de cáncer de mama y 2186 muertes de mujeres por la enfermedad. Estos son datos relevantes a la hora de entender por qué la promoción de la lactancia materna es una obligación de los Estados.

3. Obligación de los Estados

Como ya se mencionó, la CDN establece en su artículo 24, numeral 2, literal e, la obligación de los Estados de promover los beneficios de la lactancia materna. Y este documento no es el único que lo hace en ese sentido. Así, se tiene la adopción de políticas como el Convenio N° 138 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección de la maternidad y la Recomendación N° 191 que lo complementa, la cual postula una mayor duración de la baja y mayores beneficios. Asimismo, están el Plan de aplicación integral sobre nutrición de la madre, el lactante y el niño pequeño, aprobado por los Estados miembros de la OMS en mayo del 2012; el Código Internacional de Comercialización de los Sucedáneos de la Leche Materna, de 1981; la Iniciativa Hospital Amigos del Niño, de 1991; la

9 Cfr. Colchero, M Arantxa y otros. “The costs of inadequate breastfeeding for infants in Mexico”, *The American Journal of Clinical Nutrition*, Vol. 101, Issue 3, 2015, pp. 579 a 586.

Declaración de Innocenti sobre la protección, el fomento y el apoyo de la lactancia natural, de 1990) en adelante “la Declaración de Innocenti”); el Colectivo mundial pro lactancia materna – *Global Breastfeeding Collective*– para aglutinar apoyo político, jurídico, económico y público en favor de esta práctica; y las posteriores resoluciones pertinentes de la Asamblea Mundial de la Salud que obligan a los Estados parte de dichos convenios o acuerdos a promover los beneficios de la lactancia materna y crear los medios adecuados para que las madres puedan ejercerla libremente. Todo lo anterior, manda a los Estados firmantes a tomar diversas medidas dirigidas a la protección y promoción de la lactancia materna como un derecho del niño y de la madre.

En ese orden de ideas, es importante ahora recalcar que para que se cumplan los compromisos a los que se obligaron dichos Estados firmantes hay que dar el primer paso: el cumplimiento de los cuatro objetivos operativos de la Declaración de Innocenti¹⁰ sobre la protección, el fomento y el apoyo de la lactancia natural.

El primero consiste en nombrar a un coordinador nacional sobre lactancia natural, que cuente con la autoridad apropiada, y establecer un comité nacional multisectorial de lactancia natural integrado por representantes de los departamentos gubernamentales pertinentes, de organizaciones no gubernamentales y de asociaciones de profesionales de la salud.

10 Reunidos en julio de 1990 en Florencia, Italia, los responsables de política de distintos Gobiernos de más de 30 países adoptaron la Declaración de Innocenti. En 1991, la 44ª Asamblea Mundial de la Salud la acogió con beneplácito como “base para las políticas y actividades internacionales de salud” y pidió a su director general que vigilase los logros de sus objetivos. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). *Declaración de Innocenti. sobre la protección, promoción y apoyo de la lactancia materna*, Florencia, Italia, 1 de agosto de 1990, disponible en <https://www.unicef-irc.org/publications/437-declaraci%C3%B3n-de-innocenti-del-2005-sobre-la-alimentaci%C3%B3n-de-lactantes-y-ni%C3%B1os-peque%C3%B1os.html>

El segundo está referido a garantizar que todas las instituciones que proporcionen servicios de maternidad, practiquen plenamente la totalidad de los Diez pasos hacia una feliz lactancia natural que aparecen en la declaración conjunta de OMS y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia sobre lactancia natural y servicios de maternidad.

El tercero: tomar medidas para poner en práctica los principios y objetivos del Código Internacional para la Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna y las subsiguientes resoluciones pertinentes de la Asamblea de la Salud en su totalidad. Y el último es el de aprobar leyes innovadoras que protejan los derechos de amamantamiento de las trabajadoras y establezcan medios para llevarlas a la práctica.

Cuatro objetivos, los anteriores, que si se mira de cerca la realidad de las madres lactantes y de la regulación que se hace en los Estados occidentales –en particular de Latinoamérica– se encuentran muy alejados de su pleno cumplimiento, aunque hasta la fecha se siguen realizando esfuerzos en este sentido.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Más allá de las cuestiones referidas a los beneficios de la lactancia materna y de las obligaciones que tienen los Estados respecto de su promoción y protección, corresponde ahora analizar la cuestión que se plantea en la introducción de la presente investigación. Hasta acá ha quedado claro que la lactancia materna es un derecho del niño y de la madre; también que la OMS ha realizado grandes esfuerzos para su protección, intentando así darle contenido y fomentando su protección en los Estados actuales. Sin embargo, esta cuestión no resulta del todo pacífica. Se entienden muy bien los beneficios de la lactancia; no

obstante, ha quedado al margen la cuestión referida a sus titulares y de los distintos supuestos que ello genera.

El derecho a la lactancia materna es un derecho de la madre y no del niño, y es lo que en las siguientes líneas se intentará fundamentar. Desde mi punto de vista la lactancia materna se constituye como un derecho, esto es, un bien jurídico protegido pero también un valor del ordenamiento, esto es, que se constituye ya no solo como un límite al poder sino también como un mandato que el Estado debe cumplir.¹¹

1. La lactancia como un derecho del niño

Como se sabe, el sustento de todos los derechos fundamentales es la dignidad de las personas y por tanto todo ser humano tiene derechos. En el caso de la lactancia materna, se parte de la idea de que es un derecho fundamental; sin embargo, la pregunta es si este es un derecho del niño, para lo cual no basta con fundamentarlo en la citada dignidad. Si se intentara sostener que la lactancia materna es un derecho del niño, hay muchos argumentos que en este sentido se pueden plantear como el concepto del interés superior del niño, su derecho a la salud o su derecho de alimentos. Todos estos vinculados a los beneficios de la lactancia materna que anteriormente se señalaron y que, desde nuestro punto de vista, no son razón suficiente para afirmar —como— la hace la OMS, que este es un derecho de todo niño.

11 Cfr. Böckenförde, Ernst-Wolfgang. “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la ley fundamental”, en Böckenförde, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Alemania, 1993, pp. 114 y 115.

a. El derecho de alimentos o el derecho a ser alimentado

El derecho de alimentos es una institución del derecho civil no patrimonial; además, es una obligación y un derecho regulado por la ley que surge entre cónyuges, concubinos, padres e hijos o entre determinados parientes, que tiene por objeto que uno o varios de ellos proporcionan en caso de necesidad todo lo que sea indispensable para que sobreviva y se desarrolle plenamente a otro miembro de la familia, como siempre sobre la base de sus posibilidades. “Es a través de este derecho y obligación recíprocos que se protegen fundamentalmente los derechos a una vida plena y a la educación. Los alimentos están constituidos por la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Cuando éstos se piden para menores, también deben contemplarse los gastos necesarios para su educación y para proporcionarle un oficio, arte o profesión honestos y adecuados con su sexo”.¹² Esto es que el derecho de alimentos comprende el derecho a alimentarse que tiene todo niño respecto de sus padres.

El derecho a la alimentación fue reconocido en 1948, en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado; asimismo, fue consagrado en 1966 en el artículo 11 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. También ha sido reconocido en varios instrumentos internacionales específicos como la CDN, en sus (artículos 24, numeral 2, literal c, y 27, numeral 3; en el artículo 12, numeral 2, de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; y en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (artículo 25 apartado f y 28.1).

12 Pérez Contreras, María de Montserrat. *Derechos de los padres y de los hijos*, Nuestros derechos, 1a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 1993, pp. 35 a38.

El derecho a la alimentación ha sido asimismo reconocido por distintos instrumentos regionales –como el Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocido como el Protocolo de San Salvador de 1988; la Carta africana sobre los derechos y el bienestar del niño de 1990 y el Protocolo a la Carta africana de derechos humanos y de los pueblos sobre los derechos de las mujeres en África del 2003– así como en muchas constituciones nacionales.

Este derecho a alimentarse que tiene todo niño respecto de sus padres es un derecho básico que incluso, podría decirse, se encuentra vinculado a su propio derecho a la vida y ante ello no hay ningún cuestionamiento. Sin embargo, el asunto que a plantear es si acaso ese derecho de alimentarse que tiene el niño recién nacido incorpora, a su vez, un derecho a la lactancia materna. Y la respuesta es que no pues, aunque el niño tiene derecho a alimentarse, corresponde a los padres –en ejercicio de su patria potestad– decidir de qué manera va a ser alimentando su hijo forma parte de los atributos de la patria potestad, pues esta puede ser definida como “el complejo de derechos y deberes [...] que tienen los padres de cuidar de la persona y los bienes de sus hijos menores”.¹³

b. El derecho a la salud

Un segundo argumento que puede sostenerse a fin de considerar a la lactancia materna como un derecho del niño, es comprenderlo dentro del derecho a la salud. Hasta este momento

se han revisado ya todos los beneficios que la misma tiene para el niño según la OMS. En vista de ello, resulta necesario intentar definir el contenido del derecho a la salud y descifrar si este comprende el derecho a la lactancia materna.

La CDN determina en su artículo 24 que “los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.” Y en ese orden de ideas, se puede concluir que todos los niños tienen derecho a la salud.

En primer lugar, al ser riguroso se debe sostener que es difícil o imposible garantizar el derecho a la salud pues ningún Estado se encuentra en condiciones –aunque así sea deseable– de asegurar que asegure que la totalidad de sus ciudadanos esté sana. En realidad el derecho a la salud debe plantearse como un derecho de acceso a los centros de salud o el derecho a la protección a la salud donde el Estado garantice que existen los medios adecuados –hospitales, médicos, enfermeras, medicinas, vacunas e incluso alimentos– que permitan a las personas gozar de salud o volver a un estado de salud cuando esta se ha ausentado, lo cual implica medidas *ex post* vinculadas a las acciones pertinentes para recuperar la salud cuando se ha ausentado, pero también *ex ante*; esto es, medidas de prevención para evitar perder la salud entre las cuales se encuentra la lactancia materna pues los niños saludables tienen mejores oportunidades de crecer, desarrollarse y aprender, y posteriormente convertirse en adultos sanos y productivos. Esto último supone que el Estado realizaría acciones previas que permitirían, de cara al futuro, que más ciudadanos gocen de salud cuando se encuentren en una edad mayor para así prevenir ciertas enfermedades y, a su vez, reducir

13 Zegarra Mulanovich, Álvaro. *Descubrir el derecho. Las nociones elementales del derecho privado y del derecho público explicadas de forma sistemática*, Palestra, Lima, 2009, p. 193.

el costo económico que supone atender la falta de salud de las personas.

De igual manera, debe señalarse que el derecho de acceso a la salud es un derecho social;¹⁴ en concreto, de contenido prestacional pues el Estado es el que debe realizar actuaciones positivas para garantizarlo, el cual lo obliga a impulsar determinadas actuaciones positivas de tipo económicas o de servicios. Sin embargo, en el caso de la lactancia materna no es el Estado el que presta el servicio –por decirlo de alguna manera– sino que lo es la madre y la obligación estatal en este sentido se agota en su fomento y protección de aquellas madres que en libertad han decidido dar pecho a sus hijos, garantizando precisamente esa libertad en el ejercicio de este derecho y que no se vea limitado por acciones de terceros o incluso del propio Estado.

En ese sentido, es posible concluir que la lactancia materna es un medio adecuado para prevenir enfermedades futuras –como señala la OMS– o constituye una acción *ex ante* que en todo caso el Estado debe proteger y promover; en ese sentido, es parte del derecho de acceso a la salud pero que de ninguna forma se convierte en un derecho del niño, en tanto que este no puede reclamar su protección al Estado –sujeto activo de los derechos sociales, el prestador– pues este se encuentra imposibilitado para prestarlo. Su actuación positiva se limita a actos que de ninguna forma se pueden vincular con obligar a una madre a dar pecho a su hijo.

14 Para profundizar sobre el tema ver Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 163 y ss.

c. El interés superior del niño

Un último argumento que nos gustaría plantear y que desde nuestro punto de vista es el más difícil de vencer, es el del interés superior del niño pues es un principio que incluso está por encima del derecho de patria potestad cuando los padres lo ejercer sin tomar en cuenta lo que es mejor para el hijo, sustituyéndose su voluntad a través de una resolución judicial.

En primer lugar, hay que señalar que el interés superior del menor se tuvo en cuenta ya en el derecho de familia en la sentencia Blissets, en el último cuarto del siglo XVIII; se entonces, en 1774, se afirmó que “*if the parties are disagreed, the Court will do what shall appear best for the child*”¹⁵; por tanto, no se puede decir que resulta ser un principio novedoso.¹⁵ A pesar de ello, la CDN ha supuesto un importante avance en lo que a su conceptualización y ámbito de aplicación se refiere. Así ha proclamado su doble naturaleza como derecho subjetivo y como principio, y ha generalizado su aplicación a ámbitos materiales distintos de aquel que le vio nacer y en cuyo seno se ha desarrollado.

En ese sentido, la citada CDN –de 1989– en su artículo 3, numeral 1, dispone que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. De lo cual se entiende que el interés superior del niño “viene a significar que las medidas que se adopten respecto de un menor han de obedecer, fundamentalmente, a la razón objetiva de qué realmente es lo que más le conviene y favorece”.¹⁶

15 Torrecuadra García-Lozano, Soledad. “El interés superior del niño”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. XVI, 2016, p. 133.

16 Zarraluqui, Luis. *Temas de actualidad en derecho de familia*, Dykinson, Madrid, 2006. p. 100.

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño –en su Observación N° 14, del 2013– ha intentado configurar el principio y darle contenido señalando que se trata de un derecho sustantivo, de un principio jurídico interpretativo fundamental y de una norma de procedimiento.

El interés superior del menor es un derecho subjetivo de los niños y un principio inspirador “que posee un propósito protector de los menores debido a su especial vulnerabilidad a causa de la imposibilidad que tiene de dirigir su vida con total autonomía”.¹⁷

Al tratarse de un principio y un derecho –esto es que debe inspirar la actuación de todos los poderes públicos y que es reclamable en vía judicial– se debe señalar que es difícil determinarlo y que, por lo tanto, su contenido se debe definir en cada caso concreto. De ahí que si se aplica el concepto de interés superior del niño en el caso de la lactancia materna, es necesario concluir sin duda alguna que lo “mejor” para el niño –objetivamente hablando– es que reciba lactancia materna pues se han demostrado sus beneficios sobre los de la leche de fórmula, como señala la OMS; no obstante ello, la pregunta que aquí se debe hacer es si esta afirmación es razón suficiente para que se constituya en un derecho del niño por encima de lo que la madre decida. Se intentará responder esto último en el siguiente apartado.

17 Rodríguez Llamas, Sonia. “La atribución de la guarda y custodia en función del concreto y no abstracto interés superior del menor”, comentario a la STS N° 679/2013, del 20 de noviembre (RJ 2013/7824), *Revista Boliviana de Derecho*, N° 19, 2015, pp. 569.

2. La lactancia materna como un derecho de la madre

a. Principio de libertad vs interés superior del niño

El punto de análisis principal se encuentra entre la libertad de decisión de la mujer y el interés superior del niño, pues la cuestión no está aquí en determinar si se alimenta o no al bebe –pues este es un derecho de todo niño y una obligación de todo padre, como ya quedó apuntado– sino en establecer si esa alimentación que se va a prestar al niño será natural o artificial y, en todo caso, si se puede “obligar” a la madre a dar pecho al bebe por ser algo que corresponde a su interés superior por encima de lo que quieran los padres. El quid del asunto está en determinar si el bien jurídico protegido es el interés superior del niño o el derecho de libertad de la madre. Esa cuestión podría ser resuelta a través del test de proporcionalidad,¹⁸ sin embargo, es preferible recurrir a otros argumentos.

En ese orden de ideas, como ya se sabe, los derechos de libertad tienen una configuración y naturaleza propia que suponen en sí mismos la no intervención de los poderes públicos, salvo cuando la ley así lo disponga, respetando siempre su contenido constitucionalmente protegido y el principio de proporcionalidad. En vista de ello, conviene siempre recordar que “la libertad en el ordenamiento constitucional tiene por objeto primordial preservar esferas individuales frente a posibles intervenciones estatales”.¹⁹ Esto es, premiar la libertad frente a intervenciones no proporcionales por parte del Estado, lo que se traduce –para

18 Conformado por los test de idoneidad, test de necesidad y test de proporcionalidad en sentido estricto. Para profundizar en ello, ver Castillo Córdova, Luis. *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, Grijley, Lima, 2008.

19 Cossío Díaz, José Ramón. *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 85.

el caso que se comenta— en que el Estado no podría obligar a una madre a dar leche materna a su hijo.

Así, la libertad general de acción se puede definir como la libertad de hacer y omitir lo que uno quiera.²⁰ Esto significa que se puede encontrar en estas dos dimensiones: la positiva y la negativa. La primera, supone “la situación en que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones”,²¹ a la cual, se le llama también autodeterminación o autonomía. La segunda, se refiere a “la situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o de no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos”;²² se trata, pues, de una libertad como ausencia de impedimento o de constricción que consiste en que no se impida ni se obligue al individuo a actuar de una manera determinada. Esto es, que la madre tiene libertad de decidir si lacta o no a su hijo y que nadie puede obligarla ni mucho menos impedírselo, ni siquiera un juez.

En ese orden de ideas, conviene diferenciar —como la hacía Häberle— entre derechos fundamentales (*Grundrecht*) e intereses de derechos fundamentales (*Grundrechtinteresse*).²³ Los primeros son el contenido fáctico, los que como derechos subjetivos públicos o como exigencias son justiciables; mientras que los segundos son aquellos intereses personales que solo pueden ser

20 Cfr. Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 333. Existen tres esferas de libertad (según el TC alemán): la esfera más interna (ámbito último intangible donde no se afectan derechos de terceros), la esfera privada amplia (abarca lo privado sin que sea parte de la esfera íntima) y la esfera social (todo lo no incluido en la esfera privada amplia). Cfr. *Ibid.*, p. 316.

21 Bobbio, Norberto. *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, p. 100.

22 *Ibid.*

23 Cfr. Häberle, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat” en *WDSRL*, Tomo 30, Berlín, 1972, p. 122.

protegidos de forma óptima en un procedimiento.²⁴ La libertad a la lactancia materna, que es como aquí se plantea, es un derecho fundamental y no un interés de derecho fundamental que debe ser protegido y promovido por el Estado. Lo que corresponde al interés superior del niño es que sea alimentado por quienes están obligados a hacerlo, pero —aunque científicamente se ha comprobado que el mejor alimento que puede recibir desde los seis meses y hasta los dos años, como recomienda la OMS, es la leche de su madre— la libertad de esta es un derecho que no puede ser vulnerado desde ningún punto de vista en este caso concreto.

A lo sumo, el Estado está en la obligación de promoverlo brindando toda la información relevante respecto de los beneficios de la lactancia materna y, sobre todo, otorgando los medios necesarios y suficientes para que toda madre que ha decidido libremente dar pecho a su hijo pueda tener una lactancia exitosa; esto es, contar las licencias de trabajo correspondientes para amamantar y con un lactario, garantizar su libertad para lactar en público, brindándosele las atenciones médicas correspondientes y las asesorías necesarias para saber cómo iniciar, continuar y terminar la lactancia materna, entre muchas otras medidas a las que se encuentran obligados los Estados de acuerdo a los convenios y tratados internacionales que han firmado. En ese orden de ideas, Böckenförde señala que “[l]os derechos fundamentales como normas de principio o decisiones axiológicas denotan un contenido normativo determinado que exige ser realizado; no son derechos que persigan la abstención, sino que pretenden la actuación y la protección de estos contenidos”.²⁵

24 Cfr. *Ibid.*

25 Böckenförde, Ernst-Wolfgang. “Sobre la situación de la dogmática...”, pp. 114 y 115.

Lo anterior, estaría enmarcado dentro de un escenario ideal; no obstante, hoy en día compartimos que “se habla de una libertad de elección de la mujer respecto a la decisión de alimentar a su bebé, pero en realidad están sometidas a una insistente presión informativa por parte de los profesionales de la sanidad y de la misma sociedad, no teniéndose en cuenta situaciones especiales como los ingresos de los recién nacidos en unidades especiales o los propios problemas de la lactancia, aumentando el abandono de ésta cuando regresan del hospital a sus hogares”.²⁶ Ello supera a esta investigación, pero es necesario dejarlo al menos anotado.

b. El libre desarrollo de la personalidad

Un concepto que, desde mi punto de vista, ayuda a reforzar la posición que esgrimida es el del libre desarrollo de la personalidad que se remonta a la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776 en la cual se afirma que todo ser humano posee el derecho innato a “la búsqueda de la felicidad”. Ello “significa que cada persona puede y debe trazar por sí misma su propio proyecto vital, sin que el Estado deba interferirse salvo para salvaguardar los derechos similares de los demás”.²⁷

En la doctrina y la jurisprudencia alemana, el libre desarrollo de la personalidad ha sido entendido como una “libertad general de acción”. Así, en una de sus primeras y más importantes

26 Castellano Navarro, Silvia y Gómez Gil, Belén. “Actuación de los profesionales sanitarios...”.

27 Díez-Picazo, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, p. 71.

sentencias –la del caso Elfes–²⁸ el Tribunal Constitucional Federal alemán interpretó el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 2, numeral 1, de la Constitución alemana como una “libertad de acción humana en el más amplio sentido”, como un derecho general a la libertad de acción.²⁹

El concepto de libre desarrollo de la personalidad remarca el significado que tiene la personalidad como “la fundamental indisponibilidad del ser del hombre por parte de los demás y, con ello, a la vez, la fundamental disponibilidad del ser del hombre para sí mismo”;³⁰ eso significa que cada individuo es quien puede decidir libremente su proyecto vital o incluso no tenerlo. Así, “establece un proyecto de libertad individual de carácter general”³¹ el cual se modula en cada derecho en concreto.³² Esto es, que tiene un contenido específico cuando hablamos de la libertad a la lactancia materna; además, la madre tiene derecho a decidir libremente el proyecto de vida que como tal quiere tener. No es ningún secreto, sobre todo para aquellas que son progenitoras, que la maternidad cambia la vida de la mujer y la lactancia más aún. Optar por ejercer el derecho a la lactancia materna implica una serie de decisiones de vida que tienen que ver con el propio cuerpo, la vestimenta, el tiempo y la salud, entre

28 Tribunal Constitucional Federal. *Sentencia BVerfGE 6, 32 (36)*, Alemania. La demanda fue presentada por el señor Wilhelm Elfes a quien las autoridades respectivas en Mönchengladbach le negaron sin justificación alguna la renovación de su pasaporte la cual fue solicitada en el año de 1953, con base en el §7, párrafo 1, literal a, de la Ley sobre pasaportes del 4 de marzo de 1952.

29 Cfr. Tribunal Federal Constitucional. *Sentencia BVerfGE 59, 275 (278)*, Alemania.

30 Maihofer, Werner. *Estado de derecho y dignidad humana*, Euros Editores, Buenos Aires, 2008, p. 13.

31 Martínez Vázquez De Castro, Luis. *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2010, p. 21.

32 Cfr. Centro de Estudios Constitucionales. *Constitución española. Edición comentada*, Madrid, 1979, p. 40.

muchos otros temas de índole personal que solo corresponde a la madre hacerlo con base en el proyecto de vida que quiere tener.

El libre desarrollo de la personalidad protege a la madre y “establece un proyecto de libertad individual de carácter general”.³³ Y a diferencia de los derechos que se tienen por el solo hecho de ser humana, ese libre desarrollo es una conquista y cada cual ha de hacerse la suya propia.³⁴

CONCLUSIONES

En primer lugar, según lo señalado por la OMS, la lactancia materna es la mejor forma de alimentar a un niño pues entre muchos de sus beneficios permite su desarrollo sano y previene enfermedades a la madre. En ese sentido, la lactancia materna se constituye como un objetivo de los Estados que se encuentran obligados a protegerla y promoverla.

En dicho orden de ideas, pese a que la lactancia materna sea el mejor alimento para un niño, es decisión de sus padres y en concreto de la madre si da pecho o no a sus hijos pues son detentadores de la patria potestad y, por tanto, de la decisión acerca de cómo alimentarlos. Ello, no discute de ninguna manera la obligación que tiene los padres de dar alimentos a sus hijos pero sí les da la libertad de decidir qué tipo de alimentación van a ofrecerle.

33 Martínez Vázquez De Castro, Luis. *El principio de libre desarrollo de la personalidad...*, p. 21.

34 Cfr. Robles Morchón, Gregorio. “El libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la C.E.)”, en García San Miguel, Luis (coordinador). *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 1995, p. 48.

Por tanto, es válida la idea de que pese a lo señalado por la OMS y por distintas declaraciones de derechos, la lactancia materna se constituye como un derecho de la madre y no del niño. Este se encuentra protegido por el derecho de libertad que la madre tiene de decidir si ejerce la lactancia materna o no y, también, por su derecho al libre desarrollo de la personalidad el cual –en este caso en concreto– protege el proyecto vital que como madre cada mujer desea tener.

El Estado no podría suplir la voluntad de la madre, ante una negativa a dar leche materna ni siquiera a través del juez pues se estaría vulnerando el derecho de libertad que tiene. A lo que sí se encuentra obligado es a promover la lactancia materna y protegerla pues debe garantizar su libre ejercicio y proveer de los medios materiales, económicos y legislativos necesarios para que una madre que en libertad ha decidido dar pecho a su hijo, pueda hacerlo de la manera más autónoma posible y permitir así su continuación hasta que ella así lo disponga.

La prevención de la tortura a través del diálogo. La experiencia de la Procuración Penitenciaria en Argentina*

Introducción

La Procuración Penitenciaria de la Nación (en adelante “la PPN”) es un organismo público independiente de la órbita del Poder Legislativo de la República Argentina, cuya misión institucional es defender los derechos humanos de las personas privadas de libertad y prevenir tanto la tortura como los malos tratos en el ámbito federal;¹ conforme lo establecen su Ley Orgánica N° 25.875 y la posterior, que la designó como mecanismo nacional de prevención de la tortura y la integró al sistema nacional constituido en este país de acuerdo a los lineamientos del Protocolo facultativo de la Convención contra la

* El presente documento fue elaborado por el equipo de facilitadores del diálogo del Programa Marcos de Paz, coordinado por la Procuración Penitenciaria de la Nación a través del Área de Métodos Participativos de Resolución de Conflictos y la Oficina de Promoción de la Prevención de la Tortura.

1 La República Argentina se encuentra organizada como un Estado representativo, republicano y federal. Este último atributo supone que su Constitución y las materias sobre las cuales puede actuar constitucionalmente se encuentra definidas por las facultades delegadas por las provincias a este nivel de Gobierno. La PPN ha sido instituida para actuar en este espacio institucional, que involucra primordialmente a las fuerzas de seguridad y los lugares de detención federales; ello supone actuar en todo el territorio nacional en donde existen ese tipo de locales, a la vez que interactuar con autoridades provinciales habida cuenta la existencia de detenidos federales en cárceles y otros centros de detención dependientes de estas jurisdicciones.

tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes (en adelante, “el OPCAT” por sus siglas en inglés).

La PPN logró capacidad operativa y recursos para cumplir su mandato legal de manera independiente y cabal, a partir de 2006. Desde entonces, ha desarrollado una consistente tarea de visita a las cárceles federales que rápidamente produjo como resultado el señalamiento de prácticas de tortura y malos tratos a los detenidos en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal (en adelante, “el SPF” el Servicio”).

Entre el 2007 y el 2012, aproximadamente, se sucedieron litigios y denuncias entre la PPN y el SPF, organismo de control y organismo controlado.

Esa etapa de conflicto comenzó a saldarse hacia el 2012, cuando un nuevo director del SPF y las autoridades de otros organismos públicos finalmente reconocieron el problema de los malos tratos a los detenidos.

En esa época, como derivación de litigios judiciales promovidos por la PPN con el fin solucionar problemas estructurales de derechos humanos– surgieron a la vez algunas experiencias de colaboración interinstitucional.

En aquellas circunstancias, la PPN comenzó a utilizar “métodos colaborativos” para avanzar en la solución de los problemas públicos que los litigios judiciales pusieron a la luz y transitar, así, de la controversia forense hacia un cumplimiento más cabal de lo dispuesto en el artículo 22 del OPCAT. Este ordena a las autoridades competentes de los Estados parte, “examinar las recomendaciones del mecanismo nacional de prevención y entablar con éste un diálogo acerca de las posibles medidas de aplicación, con la finalidad de prevenir violaciones de los derechos humanos”.

Al ensayar la vía del diálogo para la solución de los problemas públicos que venía señalando, la PPN dio un paso adelante respecto de los roles de denunciante y defensora de derechos que había venido ejerciendo. Obró –en primer término– como promotora, coorganizadora, facilitadora y participante de varios procesos de diálogo con las autoridades del Poder Ejecutivo y del sistema de justicia penal. Y luego, junto a las demás instituciones participantes del diálogo, la PPN participó de algunas decisiones públicas relevantes que produjeron efectos concretos sobre la realidad de las personas privadas de libertad.

A mediados del 2013, prácticamente todas las instituciones estatales argentinas en el ámbito nacional habían declarado su intención de cambiar la realidad de la tortura, los malos tratos y/o la “violencia institucional”, incluyendo lo que ocurría en los lugares de encierro visitados por la PPN.

Ese viraje tuvo como correlato el avance de una serie de casos criminales tramitados en el Poder Judicial, que para ese entonces sumaba más de 60 resoluciones de procesamiento contra funcionarios penitenciarios en causas por torturas y malos tratos. Estos, al cabo de algún tiempo dieron, lugar a varias sentencias condenatorias de guardias y jefes penitenciarios por hechos de tortura.

El final de la situación de impunidad prácticamente total que había imperado en el ámbito del SPF, derivó rápidamente en algunas transformaciones de los problemas de derechos humanos en las cárceles. Algunas prácticas se volvieron menos graves o cesaron, mientras que otras emergieron o adquirieron más relevancia.

En el caso particular de una de las cárceles federales cuyos agentes fueron imputados y en algunos casos juzgados por hechos de tortura – de jóvenes adultos de Marcos de Paz”, con

detenidos varones de entre 18 y 21 años— una investigación llevada adelante por la PPN en el 2007 indicaba que los golpes propinados a los detenidos eran habituales y generalizados. Mientras que siete años después la gravedad de esas prácticas parecía haber disminuido, empezaron sobresalir —cada vez más— los relatos y las quejas de los detenidos y sus familiares debido a la violencia padecida por los presos de parte de otros presos.

En su Informe anual 2014, la PPN indicaba que desde principios de ese año:

(...) se pudo detectar una modificación en la estrategia de gestión penitenciaria en el Complejo Federal de Jóvenes Adultos. En comparación con el año anterior, que se caracterizó por conflictos colectivos reprimidos de manera extremadamente violenta por personal penitenciario, el 2014 quedó enmarcado en una delegación de la violencia y la tercerización del orden por parte de la administración penitenciaria en los jóvenes. Esta técnica de gobierno penitenciario sobre la población, implica el traspaso del control de los pabellones en un grupo reducido de jóvenes al que denominan mafia; entre ellos se encuentran los *fajineros*. Este grupo de jóvenes tiene el control del pabellón en su totalidad; decide quién entra, quién sale, designa tareas, negocia mejoras con el servicio, castiga, etc. Dicha práctica, entendemos, no puede llevarse a cabo con el desconocimiento del Servicio penitenciario; más bien, requiere su anuencia. Esta decisión de corrimiento de las autoridades penitenciarias de su rol principal de custodia, trae aparejado inevitablemente un aumento de la violencia entre las personas que viven en el espacio común del pabellón y una grave restricción a derechos fundamentales como el de acceso a educación, al trabajo, a los teléfonos, a las actividades recreativas, a la alimentación, etc. Como característica principal de este tipo de modalidad, puede

decirse que por un lado existe —la cesión del poder de coacción de los pabellones en los jóvenes y —por el otro la garantía de impunidad en los delitos cometidos en ese marco (...)²

Esta violencia se daba, obviamente, en un contexto institucional público que justificaba una mirada de derechos humanos.

El Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (SPT), formuló diversas referencias a violaciones de derechos humanos vinculadas a situaciones de violencia y sumisión protagonizadas por personas privadas de su libertad; generalmente, con la complicidad y/o aquiescencia de las autoridades.³

El Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, en sus Observaciones finales sobre el quinto y sexto informe conjunto periódico de Argentina del 2017, tomó nota “de los frecuentes episodios de violencia entre detenidos que, conforme a informes recibidos, responderían en ocasiones a estructuras de autogobierno y extorsión dentro de las cárceles, con la connivencia del personal penitenciario (arts. 2, 12, 13 y 16)”⁴

Más allá de esas observaciones sobre la realidad argentina, resulta evidente que toda forma de violencia que padezca una persona durante su detención debe ser considerada como una violación de sus derechos humanos; más allá —además— de quiénes hayan sido los autores materiales, de los motivos por

2 PPN. *Informe Anual 2014*, Buenos Aires, p. 356

3 Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (2013), “Informe sobre la visita a Argentina del Subcomité para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, puntos 74 a 77, pág. 14

4 Comité contra la Tortura (2017) “Observaciones finales sobre el quinto y sexto informe conjunto periódico de Argentina”, apartado 11, pág. 3.

los que obraron o del tipo de responsabilidad que jurídicamente se pueda atribuir a los funcionarios públicos directa o indirectamente implicados desde una perspectiva del derecho penal sancionatorio.

Desde una mirada de prevención de la tortura, parece también muy obvio que una vez que la violencia se instala y se reproduce a lo largo del tiempo –más allá de sus modalidades puntuales– es un deber inexcusable de los mecanismos de prevención establecidos en el marco del OPCAT desarrollar acciones consistentes para evitar o mitigar los riesgos de que se reiteren o empeoren tales situaciones.

Fue en ese contexto, que una funcionaria de la PPN –la doctora Mariana Volpi, que contaba con varios años de experiencia en el ejercicio de la función de mediadora, con el apoyo de la Oficina de Promoción de la Prevención de la Tortura de la PPN– propuso “llevar la mediación” a los pabellones de jóvenes adultos.

Para ello, se elaboró un proyecto de diálogo llamado “Probemos hablando”; este fue aprobado a comienzos del 2015 como un programa específico de la PPN, dirigido a realizar una primera experiencia en este ámbito.

La puesta en marcha de la iniciativa requirió gestiones de la PPN con el SPF al más alto nivel, lo cual permitió encuadrar el programa en un marco de colaboración con el organismo administrador de las prisiones.

La tarea “en campo” comenzó con una serie de entrevistas individuales a presos y guardias, en las que se presentaron los lineamientos básicos de nuestra iniciativa y se invitó a los interlocutores a opinar sobre la misma, sobre los conflictos de convivencia y sobre otras cuestiones que fueran de su interés. También se preguntó a los jóvenes de uno de los pabellones –que

venía siendo señalado como “el más conflictivo” de la unidad– si estarían dispuestos a participar de un espacio de diálogo como el que proponíamos, a lo cual contestaron que sí.

Durante un mes se realizaron círculos de diálogo en dicho el pabellón de aquella cárcel, un recinto que alojaba a catorce jóvenes que habían registrado experiencias de “conflictividad” y no se habían “adaptado al tratamiento penitenciario” vigente en los “pabellones de conducta”.

Al cabo de los primeros encuentros, se notaron avances significativos; el principal de estos fue que los jóvenes se apropiaron de los círculos de diálogo y empezaron a practicar nuevas formas de comunicación en su convivencia. Algunos parecían estar experimentando transformaciones a nivel individual. Esos avances incipientes se vieron confirmados en el caso del otro pabellón “conflictivo” del mismo reclusorio. Pero se advirtió también, al cabo de esos diálogos con los jóvenes, que existían resistencias entre los guardias frente a este abordaje.

En alguna medida, los agentes parecían estar “celosos” de la atención que deparaban aquellos detenidos los de “peor conducta”– a la vez que se advertía cierta desconfianza acerca de las intenciones de la entidad de control –la PPN, que era la misma que “los denunciaba” entre cuyos integrantes algunos pasaban hablando varias horas en el interior de los pabellones.

Ante esas resistencias, se propuso a las máximas autoridades del SPF organizar espacios para que los guardias también pudieran expresarse sin ser juzgados; para que pudieran aliviar sus enojos y frustraciones, comunicar sus ideas y sus propuestas, encontrarse y reconocerse.

Este espacio, que surgió de la coestión del organismo de control y el organismo controlado, se llamó “Concordia”.

Consistió en una serie de círculos de diálogo en los cuales se propuso a los agentes penitenciarios hablar acerca de sus vivencias en y con su trabajo.

Al igual que ocurrió con los presos, los agentes transitaban al comienzo por un espacio de pura queja y “descarga” que luego cedió terreno a la reflexión, la conversación, la disidencia, la autocrítica y otros momentos ricos en emotividad y esperanza. Observamos, en definitiva, que los agentes ofrecían resistencias a participar de estos encuentros *a priori*; en especial porque estas actividades fueron programadas como una carga horaria extra y porque sentían que se esperaba obligarlos a “hablar con la procuración”, que “siempre los denunciaba”. Sin embargo, una vez allí, cuando el espacio se volvía confiable para ellos los guardias también lo valoraron positivamente, ya que les ofreció la posibilidad de hablar y ser escuchados; con el tiempo, esas prácticas volvieron a sus ojos más comprensibles los diálogos que veníamos ensayando con los presos y las intenciones de este abordaje.

Las experiencias mencionadas con presos y guardias, se reeditaron en el 2016 en el marco de la campaña organizada por la PPN y la defensa pública para promover las Reglas Mandela que es como se conocen las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos. Y en este caso puntual, de la Regla 38 que promueve “la prevención de conflictos, la mediación o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de controversias para evitar las faltas disciplinarias y resolver conflictos”.

Con base en dichos ejercicios, se fueron definiendo los aspectos principales de las intervenciones que pondríamos en marcha en lo sucesivo: numerosas conversaciones para coordinar círculos de diálogo entre pares –respectivamente con presos y guardias–

cuyo desarrollo es facilitado por equipos interinstitucionales de personas que se han preparado especialmente para ello y actúan movidos por el deseo individual de participar de esos encuentros.

I. Programa específico Marcos de Paz

Este comenzó formalmente el 1 de julio del 2017, a partir de la Resolución PP-40/2017.

Se trata de una iniciativa de carácter interinstitucional coordinada por la PPN, cuya finalidad es promover la paz así como prevenir la violencia y los malos tratos en el ya mencionado CFJA, fundamentalmente a través de la palabra y el encuentro.

Uno de los signos distintivos del Programa específico Marcos de Paz (en adelante, “el Programa específico”) es su interinstitucionalidad: el equipo de profesionales que desarrolla la iniciativa y la planificación de las actividades surgió de una estrategia compartida que involucra a un conjunto de instituciones vinculadas con los derechos humanos. Estas actúan de manera conjunta con la expectativa de promover reformas favorables en cuanto a los derechos humanos de las personas privadas de su libertad por medio de la palabra, entendiéndola como una herramienta de ejercicio de derechos y de gestión de conflictos, enmarcada dentro de los métodos participativos y colaborativos de resolución de conflictos, básicamente a través de círculos de diálogo entre pares.

Mediante esa cooperación orientada por objetivos comunes, se logró integrar un equipo de trabajo estable y altamente calificado, que ha garantizado la continuidad de esta experiencia desde mediados del 2017 hasta la actualidad.

El trabajo que se realizó durante los comienzos de la iniciativa en ese año, incluyó tres etapas. En primer lugar, la formación del equipo y la consolidación de alianzas interinstitucionales. Segundo, la creación y capacitación del equipo de facilitadores que incluyó el “prediálogo”; este implicó que, durante los primeros meses de capacitación, se realizaron diversas visitas al penal Marcos de Paz durante las cuales de hecho comenzó el diálogo con las personas privadas de libertad y los agentes del SPF, más allá del comienzo formal de los encuentros. Cabe destacar, en este punto, la importancia de la “capacitación - acción” cuando hablamos de intervenciones relacionadas con la palabra como herramienta para desarrollar habilidades conversacionales. Ello, ya que el intercambio inevitablemente supone la posibilidad de un rediseño continuo del método de trabajo, lo cual es una manera imprescindible de dar cuenta de la necesidad y el derecho de los detenidos y los guardias de ser considerados y formar parte de este u otros abordajes. En esa línea, hay que destacar que las visitas generaron nuevas pautas de acción y aristas para trabajar en las siguientes jornadas de capacitación. Finalmente, la primera etapa del programa incluyó la realización de una secuencia de círculos de diálogo, con agentes y presos por separado, que se desarrollaron a lo largo de unas veinte visitas a dicha unidad de detención entre noviembre y diciembre del 2017.

El universo de personas que se alcanzó en esta primera etapa de conformación del equipo y sus primeras prácticas de diálogo, estuvo configurado –aproximadamente– del siguiente modo: 25 integrantes del equipo de facilitadores del diálogo, 140 jóvenes varones de 18 a 21 años detenidos en el CFJA de Marcos de Paz; 45 Agentes del SPF del CFJA y otras dependencias vinculadas; veinte familiares de detenidos, especialmente madres; quince funcionarios de la PPN y doce funcionarios de otras instituciones como el Poder Judicial, ministerios públicos y agencias del Gobierno.

La puesta en marcha del programa Marcos de Paz en la unidad de ingreso del CFJA, significó la consolidación de la idea base de nuestro abordaje: la protección de los derechos humanos a través de la palabra, como herramienta de gestión de conflictos y como herramienta para poder ejercer derechos.

Entre enero y marzo del 2018, se desplegaron sucesivas intervenciones del Programa Marcos de Paz que tuvieron por finalidad principal poner en funcionamiento y sostener los círculos de diálogo Probemos Hablando y Concordia.

En el primer semestre del 2018, se desarrollaron 42 visitas del equipo de facilitadores de este programa a la unidad de ingreso del CFJA a lo largo de las cuales se realizaron –entre otras actividades– 55 círculos de diálogo Probemos Hablando y 3 círculos de diálogo Concordia. Actividades para cuya realización fue necesario cumplir con numerosas gestiones, conversaciones y comunicaciones, tanto con los jóvenes detenidos como con los funcionarios del SPF.

Hacia mediados del 2018 surgió la idea de ensayar algunas alternativas artísticas y educativas, a través de las cuales se consideró posible trabajar para fortalecer los objetivos sensibilizadores y emancipatorios del programa. Los talleres surgieron de las capacidades del equipo de facilitadores y los vínculos de cooperación que sirven de apoyo a la iniciativa. Fueron destinados específicamente a los jóvenes privados de libertad y se desarrollaron con los mismos grupos con los que se venía trabajando. Cada taller se enmarcó en un proceso de producción y reflexión, tanto grupal como individual, que estaba en marcha; buscando “desnaturalizar” algunos discursos y generar nuevas posibilidades de acción ante las situaciones de violencia existentes en los espacios de encierro.

Esos talleres fueron los siguientes:

1. Dar de vuelta. Con base en un dispositivo diseñado por la Subsecretaría de Promoción de Derechos Humanos de la Nación, para desarrollarse bajo la coordinación de un grupo de facilitadores. Se trata de un juego de mesa orientado a promover reflexiones sobre distintos contenidos relativos a la identidad, la dignidad de las personas, los valores, la discriminación, el pluralismo cultural, el respeto al prójimo, la toma de decisiones, el pensamiento proyectivo y la planificación posegreso.
2. Radio. El taller propone un espacio para encarnar y fortalecer el derecho a la comunicación, donde los jóvenes se puedan realizar no solo como emisores sino también como productores de un mensaje propio, emancipador, que tomen conciencia de este derecho.
3. Teatro. Se trata de una iniciativa de recreación y sensibilización educativa hacia personas en contexto de encierro. Se desarrolló a través de un trabajo grupal en el cual se buscó la confluencia de varios aspectos de la esfera íntima de la persona: sentimientos, percepciones, interpretaciones, habilidades blandas, etc.
4. Promoción de prácticas de cuidado de la salud en contextos de encierro. A lo largo de sucesivos encuentros, se abordaron diversos temas y situaciones referidos a enfermedades, adicciones y otras situaciones vinculadas con la salud, con referencias permanentes a la situación de las personas privadas de libertad.
5. Paternidad y juego. El taller invita a explorar la relación padre e hijo o hija, a través del juego. Se buscó destacar las posibilidades que la actividad lúdica nos brinda para

“ponernos en juego”; por lo tanto, para expresarnos como personas y –a la vez– para fortalecer nuestros vínculos afectivos y de relacionamiento con los demás.

Desde mediados del 2018, los mencionados talleres se desarrollaron con diversos grupos de jóvenes, alternándose con los “círculos de diálogo dinámico”⁵ Probemos Hablando.

Durante el segundo semestre del 2018, entre jornadas de taller y círculos de diálogo, se realizaron 64 encuentros con jóvenes detenidos a lo largo de 39 visitas del equipo Marcos de Paz a la unidad de ingreso del CFJA.

Los círculos de diálogo Concordia con agentes penitenciarios, se desarrollaron durante el segundo semestre con una extensión y alcance mucho menor que el previsto al definirse los objetivos de la intervención: un total de seis. La principal causal fue la sobrecarga de tareas y actividades acusada por el personal del CFJA, en el marco de la cual se tornó cada vez más difícil organizar estos encuentros dentro o fuera de la jornada de trabajo.

Además de los círculos de diálogo entre pares, el programa Marcos de Paz organizó y facilitó otro espacio denominado Mesa común de trabajo (en adelante, “la Mesa”), que fue inicialmente solicitado a mediados del 2018 por el equipo de la PPN a cargo del monitoreo regular del CFJA.

El hecho puntual que motivó la apertura de ese espacio, fue la preocupación del equipo de monitoreo de la PPN ante la

5 Se trata de una modalidad de círculo de diálogo que fue adquiriendo características singulares, en función de la necesidad de adaptarse a las características de los participantes. Se trata de encuentros confidenciales basados en la igualdad y el respeto mutuos, en los que se invita a los jóvenes a hablar y participar en dinámicas de juego y de teatro con la finalidad de promover la palabra, la escucha y el encuentro.

“reproducción” de muchos de los “problemas de convivencia” entre detenidos que habían sido habituales en el Módulo V. Y, en particular, la observación de que las modalidades del “ingreso” a la unidad –durante los primeros meses del 2018– habían generado una “fábrica de resguardos” en la Unidad 24 que era la nueva unidad de ingreso. Se registró un incremento notable de las personas que solicitaban un régimen especial de resguardo, en general con un alojamiento diferenciado de la “población común” o “aislamiento”; en la mayoría de los casos, alegando “problemas de convivencia”. Esto reproducía la lógica imperante antiguamente en el Módulo V.

La Mesa creada contó con la participación de las principales autoridades del CFJA, una representante de la Dirección de Trato y Tratamiento de la Dirección Nacional del SPF, la licenciada Victoria Alcoba como representante del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, las integrantes del Equipo de Jóvenes de la PPN y dos facilitadores del Programa Marcos de Paz. Se avanzó en una serie de puntos clave.

A partir de los sucesivos encuentros de la Mesa, el SPF fue aplicando diversos y sucesivos cambios en los pabellones de ingreso y en el circuito por el cual deben transitar los presos para “avanzar en la progresividad” hasta la Unidad de detención Número 26 del CFJA (“conducta”). Cambios que a su vez dieron lugar a otros a partir del 2019, tras la asunción de nuevas autoridades en el CFJA.

En su gran mayoría, estas decisiones fueron en alguna medida una “respuesta” frente a incidentes o problemas vinculados con uno de los principales temas de la Mesa: el ingreso. De modo que, si bien el SPF y en particular el jefe de seguridad interna de la cárcel siguieron gestionando el encierro cotidiano como solían hacerlo, sus decisiones comenzaron a involucrar mayores dosis

de conversación (antes y después) con otros actores. Lo cual no ha supuesto una solución definitiva al problema de la violencia contra los ingresantes, pero sí la incorporación de este tema entre los problemas que el SPF debe afrontar en esta cárcel. Lo cual ha determinado sucesivas revisiones y acciones para dar cuenta de esta problemática.

Además de esa mesa de diálogo y de los espacios para conversación entre pares, hacia finales del 2018 los facilitadores del equipo Marcos de Paz realizaron una serie de entrevistas en profundidad con los distintos actores de esta unidad de detención. El objetivo fue reunir distintas miradas acerca del programa, para reconocer tanto sus aspectos positivos como negativos con miras a su continuidad y mejoramiento. Entre las personas entrevistadas se encuentran algunos jóvenes detenidos, familiares de estos, agentes penitenciarios y los propios facilitadores del programa.

A los jóvenes detenidos se les preguntó, entre otras cosas, si el programa los había ayudado y –en su caso– en qué. Algunos de los entrevistados tuvieron respuestas vinculadas al fortalecimiento del diálogo y la escucha en el pabellón, lo que fomentó el compañerismo y la unión entre ellos. Las siguientes son algunas de las opiniones obtenidas: “Me ayudaron a cambiar mi diálogo y a comprender a las personas. Me dio bienestar en la cárcel. Hoy en día puedo tener un buen diálogo”; “Aprendés cómo hablar, a socializar con la gente”; “Me sirvió mucho para desahogarme”; “Maduré y cambié mi actitud”; “Me generaron confianza”; “Hablar un poco más, más risas y más compañerismo”.

Varios jóvenes manifestaron que el programa los ayudó a despejar la mente, mejorar la comunicación entre todos, escuchar y reflexionar. Algunas de las expresiones que reflejan esta opinión

fueron estas: “Me ayudó a despejarme del encierro, estaba en el pabellón muy encerrado, no sabía qué hacer. Al saber que venían los viernes, hablaba con los pibes de que íbamos a salir al taller y esperábamos que llegara la boleta para salir”; “Para salir, para despejarme, para hablar, despejar la mente de todo esto, hablar entre todos”; “Me sentí bien porque hablamos todos juntos, yo escuchaba lo que ustedes hablaban y cuando terminaba el taller me ponía a pensar lo que ustedes decían y estaba bien”; “Antes no tenía mucha comunicación –cuando ingresé– y ahora *sí* tenemos que ayudarnos, nos ayudamos y hacemos todo juntos”; “Cuando uno necesita un consejo se lo apoya, antes chocábamos todos”; “Aprendí a trabajar en equipo”.

Por otro lado, muchos entrevistados tuvieron respuestas muy similares con respecto al efecto que tuvo el programa en la relación, la convivencia y el diálogo en el pabellón. Uno de ellos expresó que se modificó la relación con los compañeros; dijo que “nosotros salíamos al grupo y, la verdad, había pibes que capaz ni les hablaba y ahí agarramos más diálogo”. Los demás jóvenes expresaron la misma opinión con distintas palabras: “En el taller nos reímos más, entramos en confianza y ahí nos conocimos más”; “Cambió la posibilidad de charlar con mis compañeros”.

A través de las distintas entrevistas se refleja que, –a partir de Marcos de Paz, hubo un cambio positivo en la manera de convivir y de relacionarse entre los presos en al menos dos de los tres pabellones de máxima seguridad. De eso hay evidencia con esto: “Ahora está más tranquilo el pabellón. Se habla más, antes no se hablaba tanto”; “Después del taller tenés más confianza con algunas personas, que antes no tenía”; “Todo está más tranquilo”. También se mencionan cambios individuales: “A partir de los talleres comencé a estudiar y salir adelante”. “Antes hacía bondi⁶

6 “Hacer bondi” es una expresión usada por los reclusos en Argentina, que refiere a la participación de los presos en motines y otras alteraciones del orden.

y ahora estoy haciendo talleres”; “A partir del taller empecé a querer estudiar y salir adelante”.

A uno de los jóvenes entrevistados le llamó la atención, en particular, la cartulina pegada en el aula donde estaban escritos los acuerdos de convivencia en el taller mencionado;⁷ esto dijo: Es interesante, para que ustedes nos puedan entender a nosotros y nosotros a ustedes... Me interesó que el grupo lo agarró y convivió con esa regla”. El participante cree que funcionó establecer estas reglas, “porque nos llevamos mejor. Basta de señas y capaz que con dos o tres palabras que nos decían y se terminaba, y nos entendíamos mejor”.

Otro entrevistado opinó sobre la importancia de abordar los temas familiares, ya que estos “eran cuestiones que nosotros no podemos tocar entre nosotros y estando en el ‘curso’ podíamos tocar un tema familiar”.

Por otro lado, un participante en uno de los mencionados talleres Dar de vuelta se interesó particularmente por otro de los juegos: “El de los valores que uno tenía que elegir”. Además, expresó que lo que le gustó de ello fue “la libertad, porque siempre estamos acá adentro; pensé que es la última vez que estoy acá, porque cuando salga a la calle quiero encontrar un trabajo real”.

Como complemento de esas opiniones, se realizaron entrevistas a las madres de cinco de los jóvenes que participaron en Marcos de Paz. Cuando se les preguntó si notaron algún cambio en sus hijos desde que participan en el programa, cuatro de ellas respondieron positivamente comentando que el mismo

7 Dichas reglas eran las siguientes: Confidencialidad, respeto libertad para expresar lo que vemos y sentimos, cuidado del cuerpo, cuidar los elementos, no censurar ideas, no hay jerarquías y ponerse en el lugar del otro.”

les gusta y les hace muy bien a sus hijos. Esto dijeron: “*Él me cuenta que con eso se despeja y le gusta*”; “Los días que tenía el taller me llamaba contento porque lo había pasado bien”; “Sirve para que se conozcan más entre ellos, que él no se encierre y esté conectado con el afuera”; “Ustedes le llevan información, lo motivan, lo acompañan”.

Cuando se les preguntó qué les gustaría que trabajemos con sus hijos, una de las madres comentó que le gustaría “que aprenda algo que le interese”. Las demás entrevistadas mencionaron actividades como talleres de electricidad y dibujo, actividades deportivas, de teatro y lectura.

A la vez, se realizaron once entrevistas en profundidad con agentes penitenciarios del complejo de jóvenes adultos. Sobre los círculos de diálogo Concordia, algunos agentes expresaron que son talleres de reflexión para el personal del SPF y que, a través de estos, “trataron de hacer una unión entre el Servicio y la PPN”. Asimismo, uno de ellos comentó que “el Servicio fue un poco reacio al principio”; mientras, otro agente respondió que “está bueno porque se puede hablar libremente, porque es confidencial, pero la duda está respecto de la confidencialidad... Hablar con personas extrañas te da cosa”.

También expresó que el taller le parecía bueno, pero que vivía lejos y le ocupaba parte de su descanso. Por consiguiente, se le preguntó si se le ocurría algún formato de Concordia que no complicara su horario de descanso y esta fue su respuesta: Estaría bueno en horario de trabajo, pero no se podría. ¿Quién se queda vigilando las actividades de los internos?”

Otro agente entrevistado cree que las reuniones de Concordia son importantes, pero que “la manera de encararlo era muy pesada; después de la guardia, estás a media máquina”. Para evitar que esto suceda, el agente propuso que “se podría

hacer más en lo digitalizado. Se podría hacer una charla, un cuestionario para que se complete con una fecha límite”. Cree que esto sería bueno porque “no es lo mismo hablarlo solo, que con los compañeros que hay una historia detrás... Se puede escribir lo que se piensa más libremente”.

Cabe resaltar la respuesta de un jefe de turno, quien manifestó que no deberían participar los jefes en los círculos de diálogo. “Lo sentí –aseguró– como que yo le tengo que dar explicaciones a mis agentes”.

Según ese entrevistado, los agentes le cuestionaban sobre las medidas que tomaban los superiores, lo cual no le parece correcto. Estas son las palabras del funcionario “Nosotros no tenemos que darles explicaciones de nuestras decisiones; es como que yo le pida explicaciones al ministro de Justicia: puedo estar de acuerdo o no, pero las cumplo”.

Cuando se le consultó si consideraba que participar de la reunión lo perjudicaba en tanto jefe de guardia, contestó afirmativamente. “Sentí –dijo– que me quita autoridad y que le tengo que dar explicaciones a quien no corresponde”. Y agregó que, justamente por esa razón, dejó de participar al sentirse que “de golpe estaba en un interrogatorio con mis agentes”. Sin embargo, considera que los círculos de diálogo son muy positivos para los agentes penitenciarios pues “ellos pueden hablar y descargar algunas cosas que les pasan; las charlas están bien, lo que me parece mal es mezclar jefes con agentes”.

Respecto a las sugerencias y opiniones sobre cómo creen que el programa debería mejorar, afirmaron algunos agentes – respecto de Marcos de Paz– que “se debe trabajar específicamente con los sectores más vulnerables, aclarando que hay residentes que están más necesitados que otros”.

También se mencionó que se requería de “algo más activo como el teatro, baile, deportes, canto, etc.”. En esta línea, también se propuso extender el taller de teatro a los demás pabellones, dada la repercusión positiva que tuvo. Además, se sugirió que se siga con la constancia y el compromiso del 2018 para continuar contribuyendo a reducir la violencia.

Otro agente penitenciario entrevistado resaltó la importancia de conversar sobre lo relativo a las drogas, cuyo consumo es un fenómeno muy recurrente dentro de la cárcel. Un tema importante que señaló este fue el familiar en los siguientes términos: “Hay mucho interno que tiene problemas familiares, eso también estaría bueno que hablen”.

En cuanto a los círculos de diálogo entre los agentes, también se puso énfasis en la constancia del programa, recomendando “una o dos charlas mensuales durante todo el año con los mismos agentes”.

Asimismo, se resaltó que “sería bueno arrancar con los inspectores de servicio; son los que más tiempo llevan en la unidad y los más respetados por las tres partes: internos, agentes y jefes de turno.”

Igualmente, hubo recomendaciones respecto de lo que se debería hablar con los penitenciaros, indicando que estos “tienen que tener más comprensión con los internos; hablando te dicen qué problemas tienen y se va tratando de mejorar”.

Por último, cuando se les preguntó cómo creen que los talleres y los círculos de diálogo pueden ayudar a los participantes, y si creen que estos contribuyeron a mejorar la convivencia dentro del establecimiento, la mayoría de los entrevistados tuvo una respuesta muy positiva. Algunos señalaron lo siguiente: “Lo que ustedes vienen haciendo desde el año pasado sirvió de mucho.

Colaboraron un montón con los índices de violencia de acá”; “El compromiso que tuvieron ustedes fue muy importante. Fue altamente positivo. No lo digo yo, lo dicen todos”; “Los pibes están contentos con los talleres. Si bien la población se va renovando constantemente, van dejando una huella”; “Ahora hay más diálogo entre internos y agentes”; “Cualquier situación que se pueda resolver hablando y sin violencia, me parece óptima. No creo que sea necesario llegar al choque con los internos para resolver una situación”.

Del mismo modo, un jefe de turno contestó que “el programa es de bastante ayuda porque toda actividad que saque a los internos de los pabellones, ayuda a descomprimir; y cuando la actividad les gusta y se les hace costumbre, tratan de hacer las cosas bien para poder salir a realizarla sin problemas”.

También comentó que “los círculos de dialogo y talleres ayudaron mucho con la gente de resguardo; había muchos subgrupos que tenían conflictos y ayudó a que no pase a mayores y puedan arreglar hablando”.

Respecto a Concordia, opinó que “a los agentes les sirven las reuniones, ellos pueden hablar y descargar algunas cosas que les pasan”.

Si bien no hubo comentarios negativos sobre el programa, algunos de los agentes entrevistados –tres de ellos en particular– tuvieron una mirada poco optimista, expresando que con los talleres “podés salvar a alguno, pero al que tiene condenas largas, un taller lo distrae momentáneamente pero al pasar el tiempo queda todo ahí”. En palabras de otro agente: “Si el interno los adopta para la convivencia dentro del pabellón, sirve; hay gente que lo adopta para sí y gente que no”.

Finalmente, otro entrevistado respondió que no ve “el efecto directo porque no estoy todo el día adentro, pero supongo que sirve”.

En el caso de los facilitadores de diálogo del programa Marcos de Paz, se solicitó una “autoevaluación”; en el marco de esta, fueron respondiendo preguntas acerca de cómo se sintieron al realizar su trabajo y qué les sucedió personalmente a cada uno en el desarrollo del mismo. En términos generales, los facilitadores manifestaron sentimientos muy positivos y de bienestar en el desarrollo del programa. Esto opinaron al respecto: “Me sentí muy cómodo en el desempeño de las actividades que se fueron desempeñando”; “Me sentí extraordinariamente bien”; “En la mayoría de las ocasiones sentí satisfacción”; “Es en ese lugar de encierro donde percibo que en mí, resuena algo de libertad”.

Sin embargo, varios de estos expresaron haber pasado por situaciones difíciles en distintos momentos del programa; experimentaron sentimientos de tensión, crisis, y frustración y así lo expresaron: “Subjetivamente, cada vez que ingreso al penal tengo un grado de tensión, de alerta”; “No hay una linealidad en la respuesta, porque pasé por distintos momentos”; “Me pasó de todo. Me sentí ilusionada, decepcionada, entusiasmada, bajoneada, indignada, resignada, contenta, demasiado expuesta, acompañada, preocupada, sorprendida, incomoda; “Al principio experimenté mucha frustración... Recuerdo las primeras visitas a la cárcel, yéndome cargado de angustia por una realidad que veía imposible de cambiar”.

Los facilitadores manifestaron que el programa les fue de utilidad no solamente a los participantes sino también a ellos mismos, constituyendo una instancia de aprendizaje para todos los actores. Esto dijeron: “Siento que me transformé como persona y como profesional. Esta transformación tiene que

ver con el desarrollo de la capacidad de escuchar sin juzgar, de la prioridad puesta en la capacidad de entender al otro”; “Aprendí mucho. Creo que pude poner en práctica todo lo que uno estudia en teoría... Es muy fuerte y positivo”; “Enriqueció mis perspectivas. Aumentó mi mirada acerca de lo humano, de aquello que nos hermana al otro”; “Volví a disfrutar de un ‘hacer en equipo’, con todo lo que ello implica. Nutriéndome de los saberes y las visiones que aporta el resto de los integrantes”; “Creo [que] estamos practicando entre nosotros las mismas habilidades que intentamos transmitir a los jóvenes detenidos y a los guardias”.

Asimismo, hubo varias respuestas que reflejaron un elevado grado de satisfacción con el equipo de trabajo. Por último, cabe resaltar la opinión compartida de muchos facilitadores respecto a los efectos positivos que ha venido teniendo el programa. Este es una brevísima recopilación de lo externado: “El trabajo produce efectos y resultados constantemente, que se pueden ir viendo día a día”; “Con cada interacción, logramos algo... Hemos logrado que los protagonistas de la vida carcelaria –presos y guardias– se hagan preguntas que jamás se hubieran formulado”; “Sentí satisfacción al ver los resultados y recibir devoluciones por parte de los jóvenes”; “Con el correr del tiempo, comencé a valorar los pequeños grandes cambios que empezamos a generar con nuestra intervención”.

—A lo largo del 2019, las actividades del programa continuaron sobre la base de los círculos de diálogo entre pares en los pabellones del CFJA, aunque con dificultades para organizar y poner en marcha los espacios destinados a los agentes del SPF –Concordia– debido a cuestiones de horario y organización de los turnos de trabajo.

A esas modalidades básicas de interacción se agregaron, desde mediados del 2019, encuentros para el diálogo entre los presos de los pabellones de máxima seguridad con las autoridades de la Unidad 24. En esas reuniones se abordaron temas de interés para los presos como los de las comunicaciones, las condiciones en que se cumple la visita, etc.; así se logró avanzar en algunos de estos y, en todos los casos, se mejoró la comunicación entre los agentes y los detenidos.

A dos años de haber comenzado nuestra tarea de promover el diálogo en el CFJA, podemos señalar que este complejo carcelario experimentó una considerable transformación. La pérdida de su unidad de ingreso determinó una concentración del CFJA, desde lo físico y lo institucional, así como una pérdida de plazas genuinas de alojamiento y toda su población adulta considerada esta como mayor de veinte años. A lo anterior, se añadieron diversas microtransformaciones en el personal y en las políticas, que fueron generando un proceso de cambio gradual y en parte acumulativo el cual trajo varias consecuencias.

Entre los efectos de este proceso de cambio, es posible observar que el riesgo alarmante de sufrir robos, extorsiones y prácticas de tortura durante el ingreso como interno joven adulto en el CFJA de Marcos de Paz ha tendido a disminuir desde el 2015 en adelante, aunque los avances logrados parecen depender de la continuidad de las actividades de diálogo en los pabellones de ingreso. En parte, debido al efecto que el diálogo trae aparejado sobre la convivencia entre los detenidos; en parte porque la presencia de los facilitadores del diálogo del programa Marcos de Paz, parece producir un efecto disuasorio sobre la estrategia penitenciaria de “delegar” el control de estos espacios y desentenderse de los resultados de tal decisión.

Actualmente, el programa Marcos de Paz continúa trabajando en el CFJA con círculos de diálogo dinámico y nuevas ediciones de sus talleres de radio, cuidado de la salud y arte, al tiempo que esperamos poner en marcha –de manera extendida e intensiva, según se informa en el apartado siguiente– la modalidad de diálogo Concordia.

II. “Probemos hablando: formación para la convivencia colaborativa” y otras actividades para la continuidad del diálogo

En el 2018, la PPN propuso al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (en adelante “el PNUD”) y al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, el proyecto piloto “Probemos hablando: formación para la convivencia colaborativa” (PH: FCC).

Esta propuesta innovadora tuvo por fin promover el enfoque colaborativo para el abordaje, la transformación y la resolución de conflictos entre personas privadas de libertad, generando experiencias positivas en esta materia que pudieran aportar a la convivencia pacífica y la colaboración responsable.

Las actividades de capacitación se orientaron a tres grupos de personas detenidas en cárceles de adultos: dos grupos de hombres y uno de mujeres, que sumaron 59 personas en total.⁸ Mediante esa intervención se buscó –además de transmitir conocimiento a los destinatarios directos– promover, generar y organizar capacidades en los participantes del programa y en las instituciones implicadas en el mismo, para que pudiesen servir como sustento en futuras iniciativas de diálogo.

⁸ Las cárceles alcanzadas por este programa son las Unidades Residenciales II y III del Complejo Penitenciario Federal I y el Complejo Penitenciario Federal IV, todas ellas ubicadas en la localidad de Ezeiza.

Para desarrollar este esfuerzo, fue clave contar con el equipo interinstitucional e interdisciplinario de facilitadores del diálogo del Programa Específico Marcos de Paz, el cual sirvió de base para integrar los equipos de trabajo de esta intervención. A dicho personal se sumaron funcionarios y funcionarias de la PPN y de organismos asociados, así como consultores y consultoras que se contrataron especialmente para la iniciativa con recursos de los fondos TRAC.⁹

Las 59 personas que transitaban el programa de formación, recibieron un primer trayecto teórico práctico de más de veinte horas a lo largo de cinco encuentros semanales. Una vez completada esta etapa, se diseñaron y aplicaron varias propuestas para la práctica de lo aprendido, sobre la base de las propuestas que efectuaron los propios estudiantes.

Uno de los productos resultantes de esta iniciativa fue el cortometraje “Probemos hablando”, realizado por 100 Bares Producciones; este refleja el trabajo, para conocimiento de la opinión pública en general.

En las tres cárceles durante las cuales se avanzó en la formación de los mencionados “presos facilitadores” a lo largo del 2018, se continuó trabajado el siguiente año fundamentalmente en la implementación de un conjunto de iniciativas de diálogo propuestas por los propios destinatarios; y, en diversos casos, con su participación como facilitadores pares de los encuentros. Ello supone que se ha cumplido nuestro objetivo de “crear

9 Los fondos TRAC son recursos regulares del PNUD para apoyar el desarrollo de actividades programáticas en los países, según lo establecido por la Junta Ejecutiva de ese organismo. En este caso, la Cancillería argentina efectuó una convocatoria para la presentación de propuestas a ser financiadas con dichos fondos en el marco del Plan de Acción del Programa de País 2016-2020, según las metas de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) priorizadas por la República Argentina.

capacidades” en materia de manejo de los conflictos, que luego se extendieron al resto de la población privada de libertad en estas cárceles.¹⁰

Sobre esa base, a lo largo del 2019 se desarrollaron círculos de diálogo y otras actividades conexas. Entre estas, cabe destacar un encuentro para el diálogo entre un grupo de presos y las autoridades penitenciarias de la Unidad Residencial III del Complejo Penitenciario Federal I, en el que se abordaron una diversidad de problemas y situaciones sobre la realización de las visitas y otras cuestiones de interés para los detenidos.

En la actualidad, los equipos de facilitación del diálogo coordinados por la PPN realizan –con intervención de practicantes y facilitadores pares– cuatro encuentros semanales para el diálogo en las tres unidades originalmente alcanzadas por PH: FCC.

Para poder ampliar el alcance de estas estrategias y ofrecer nuestra experiencia a fin de que sirva como apoyo en otros espacios de encierro, la PPN puso en marcha durante el 2019 el Programa para la capacitación de facilitadores del diálogo en contextos de encierro, cuya finalidad ha sido fortalecer las capacidades de un conjunto de funcionarios de distintas instituciones públicas y profesionales interesados en analizar, diseñar y desarrollar enfoques y abordajes dialógicos en contextos carcelarios.

Luego de doce encuentros teóricos y prácticos –desarrollados entre abril y julio de 2019, 45 de los destinatarios de esta formación se encuentran realizando al menos doce prácticas de diálogo cada uno durante el segundo semestre del mismo año.

10 Sobre esta experiencia, se elaboró un documento de sistematización, a cargo de un experto especialmente contratado a ese fin: Pablo Sebastián Lumerman (2019), “Informe final de Probemos hablando: formación para la convivencia colaborativa”.

Como se expuso anteriormente, en el caso de los espacios dirigidos a los guardias penitenciarios se ha observado –en general– que los círculos de diálogo han funcionado como espacios para el encuentro entre pares, así como para la reflexión sobre distintos aspectos del trabajo y la vida de estos funcionarios. De ello podría deducirse que la continuidad de estos encuentros puede ofrecer grandes ventajas.

Sin embargo, ha sido dificultoso dar continuidad a estos encuentros debido, especialmente, a que son vistos por los participantes e incluso por las autoridades del SPF a cargo de convocar al personal como una iniciativa “externa” a la institución. Para lograr la necesaria continuidad y profundidad en el espacio Concordia, según lo indica la experiencia que hemos venido desarrollando en el CFJA, parece aconsejable que estos espacios sean vistos por los agentes del SPF como algo propio que ha llegado para quedarse.

Por ello, una vez más hemos creído necesario transitar un camino de cooperación, en este caso con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; también con el SPF, que funciona en la órbita de esa cartera. La finalidad de esta cooperación es desarrollar una estrategia integral de promoción e implementación de la Regla de Mandela N° 38, que alienta a los establecimientos penitenciarios a “utilizar, en la medida de lo posible, la prevención de conflictos, la mediación o cualquier otro mecanismo alternativo de solución de controversias para evitar las faltas disciplinarias y resolver conflictos”.

En vista de ello –en diálogo permanente con funcionarios del SPF, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el PNUD– la PPN efectuó una propuesta para la incorporación de un segundo tramo de la experiencia Concordia en el programa de cooperación que actualmente se encuentra ejecutando el

mencionado ministerio y la citada agencia de las Naciones Unidas, a partir del Proyecto de Cooperación ARG-16022.

El objetivo de esta intervención es replicar la experiencia PH:FCC, pero haciendo foco en los agentes penitenciarios; además, promoviendo los métodos colaborativos para el abordaje de los conflictos y los espacios para su ejercicio habitual por parte de los funcionarios a cargo de las mismas cárceles federales en las cuales vienen desarrollándose las experiencias descritas.

Estas últimas han ofrecido material suficiente para que nuestros facilitadores y equipos de coordinación se encuentren en condiciones de volcar su aprendizaje en las iniciativas en curso y las que habrán de desarrollarse en lo sucesivo. Dichas actividades se orientarán, como lo ha ocurrido desde el comienzo, por los objetivos institucional de la PPN: proteger los derechos humanos de todas las personas privadas de su libertad por cualquier motivo en jurisdicción federal, así como prevenir la tortura y los malos tratos en cualquier tipo de locales dependientes de las autoridades nacionales en donde se encuentren personas privadas de libertad.

El diálogo, como actividad humana, posee sus propias claves y desafíos; también la tarea de promoverlo y organizarlo, particularmente en contextos de encierro.

Las personas privadas de libertad y los agentes penitenciarios, como todos los grupos humanos, son portadores de ciertas características propias que a su vez se multiplican en innumerables subcategorías, integradas siempre por individuos y grupos particulares únicos en muchos sentidos.

A pesar de la complejidad de situaciones y posibilidades del universo en el que trabajamos, creemos que pueden resultar en general aplicables una serie de modalidades de trabajo que hemos venido desarrollando.

En vista de ello, se espera poner en práctica, a partir del 2020, un Manual de la PPN especialmente elaborado para guiar la tarea que venimos describiendo así como un mecanismo sistemático para el registro y medición de los resultados de estas intervenciones.

A partir de ello, aspiramos conferir a nuestra actividad una mayor homogeneidad –dentro de la flexibilidad que caracteriza este abordaje– a la vez que ofrecer una herramienta de trabajo que pueda servir como contribución para el escalamiento o la réplica de este tipo de iniciativas.

III.El diálogo entendido como una forma de monitoreo independiente

En el desarrollo de la labor descrita ha sido posible, para la PPN y las demás instituciones que sumaron a estos proyectos, llevar adelante un rico proceso de aprendizaje acerca de las posibilidades y desafíos que ofrece el diálogo como instrumento para prevenir violaciones de derechos humanos de las personas privadas de libertad.

Se han corroborado, sobre la base de los casos mencionados, las potencialidades que ofrece ese enfoque para trabajar sobre la convivencia aún en los contextos más difíciles. Y se han vislumbrado, una vez más, los efectos que este abordaje tiene sobre el modo en que las personas se perciben a sí mismas y se vinculan con los demás.

Hemos observado, durante estas experiencias, que los destinatarios de nuestras propuestas de diálogo son perfectamente capaces de aprovechar toda oportunidad que se les ofrezca para expresarse y ser escuchados; que pueden hacerse responsables

de sus realidades y mejorar su convivencia a través del uso de las herramientas que proveen la mediación y otros métodos participativos para el abordaje de los conflictos. Esta tarea nos ha enseñado, a la vez, que la colaboración interinstitucional puede contribuir mucho al fortalecimiento y la legitimación de intervenciones novedosas, a la vez que puede constituir un medio para reunir los recursos necesarios para sostener equipos de trabajo a lo largo del tiempo.

La trayectoria que hemos seguido parece demostrar, también, que el diálogo produce efectos que se extienden más allá de las personas que son destinatarias directas de las intervenciones de los facilitadores y los docentes. Lo anterior ha dado lugar, por ejemplo, a numerosas referencias de los presos a una mejor comunicación con los familiares. Estas apuestas se han basado, siempre, en nuestra plena convicción de que la conversación –entendida como forma primordial de ejercicio del derecho humano a hablar y ser escuchado– confiere a las personas la posibilidad de confiar y volverse confiables, de entender al otro, de aceptarlo, de comprenderlo y en definitiva –en ciertos contextos y bajo ciertas condiciones– de desarrollar la capacidad y la práctica de hacerse responsable de las acciones y las decisiones propias, emancipándose así de los temores y los mandatos que nos imponen tratar a los otros de modo inhumano.

Nuestras intervenciones promoviendo y facilitando el diálogo, se basan en un conjunto particular de creencias acerca de cómo y por qué suceden los cambios en el contexto social que nos ocupa. Esas creencias, si bien no excluyen la posibilidad de otras variables muy relevantes, tienen como base las siguientes “teorías de cambio”.¹¹

11 Véase Diálogo Democrático – Un Manual para Practicantes, pág. 87.

1. La reducción de la violencia puede surgir como resultado del cambio transformador de una masa crítica de individuos, de sus conciencias, sus actitudes, sus comportamientos y sus destrezas. Las transformaciones individuales que ocurren en el proceso de diálogo se convierten en la fuente de cambio de grupos sociales, de instituciones y de la sociedad en general.
2. El diálogo contribuye a derribar el aislamiento, la polarización, la división, el prejuicio y los estereotipos entre los grupos. Las relaciones fuertes son un ingrediente necesario para la construcción de paz. El diálogo es una herramienta esencial para derribar barreras y construir conexiones entre quienes están divididos en la sociedad.

Sobre la base esas creencias, nuestro abordaje intenta alinear los fines definidos para cada uno de los encuentros para el diálogo con los objetivos institucionales de la PPN, básicamente promoviendo entre los participantes ciertas experiencias, actitudes, comportamientos, conductas y/o conocimientos compatibles con el mencionado fin humanizador.

El supuesto primordial de este abordaje es que estas conversaciones transforman el modo en que las personas se relacionan y gestionan sus conflictos, lo cual es consistente con fenómenos que hemos observado durante los últimos años en las cárceles en que trabajamos. Como ejemplo de lo expuesto, podemos señalar que el hecho de hablar de la violencia en la cárcel vuelve más probable que esta sea reconocida como problema y eventualmente cambien los comportamientos frente a la misma. Del mismo modo que ponerse en “los zapatos del otro”, uno de los típicos objetivos de nuestros encuentros, produce el efecto contrario al prejuicio. Y que mejorar la comunicación puede evitar malos entendidos y escaladas de violencia. Y que la percepción de que es posible a veces “agrandar la torta”, puede

colaborar a soluciones creativas de ciertas situaciones de conflicto que no podrían resolverse con base en juegos de suma cero.

Por ello se espera que, a través de la concreción de los objetivos propios de cada encuentro, se avance en el logro de las finalidades que nos hemos propuesto como mecanismo de prevención de la tortura: prevenir violaciones a los derechos humanos, en especial la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes; lograr una reducción de la violencia en las relaciones entre los detenidos; y lograr una reducción y racionalización del uso de la fuerza por parte de los agentes penitenciarios.

El instrumento fundamental para avanzar en el logro de estos objetivos es la realización de visitas a los centros de detención con el fin de organizar y facilitar espacios de diálogo.

Se trata, en nuestra visión, de una modalidad particular de ejercer la tarea de “mecanismo independiente para la prevención de la tortura” en los términos de los artículos 17, 19, 20 y 22 del OPCAT.

Existen, según creemos, tres aspectos novedosos en el abordaje preventivo que nos proponemos realizar:

- a. La asiduidad de nuestra presencia en los lugares de detención permite la construcción de vínculos de confianza y cooperación entre los protagonistas de las relaciones – inevitablemente conflictivas– que se dan en los contextos de encierro, con los organismos a cargo de promover la prevención de la tortura y los malos tratos. Ello trae como resultado, una considerable “profundidad” en las interacciones y una más probable participación de las personas privadas de libertad y los agentes penitenciarios en procesos de cambio.

- b. Nuestra confianza en que esas personas –presos y guardias– pueden transformar positivamente el modo en que se relacionan entre sí y gestionan sus conflictos.
- c. La colaboración interinstitucional y la horizontalidad en la construcción de los equipos trabajo y las estrategias de intervención funcionan como muestras cabales de la coherencia entre los objetivos que nos proponemos, las tareas que llevamos adelante y los discursos que acompañan esta labor.

Como se expuso al comienzo, el mandato de la PPN –como institución perteneciente al sistema nacional de prevención de la tortura (Ley 26.827), incorporado al sistema internacional establecido por el OPCAT– es evitar violaciones de derechos humanos sobre la base de estrategias de prevención.

Es habitual que las situaciones, prácticas y actos violatorios de derechos humanos se desarrollen bajo una mirada deshumanizadora o deshumanizante del otro, que a menudo se asocia con su “animalización” y el ejercicio del castigo físico como mecanismo “corrector”.

El diálogo –practicado de modo democrático en ciertas circunstancias y respetando siempre la humanidad de los participantes– puede transformar a las personas, a su mirada de sí mismas y de los otros, sus conflictos y sus relaciones, en un sentido favorable a una mayor humanización de los vínculos en los contextos de encierro.

Esas transformaciones pueden favorecer la vigencia de los derechos humanos incluso en los lugares “más violentos” de un sistema de encierro, si logran funcionar con base en relaciones de confianza y colaboración con los participantes del diálogo. Especialmente, cuando los mecanismos de prevención de la

tortura llevan adelante esta labor de manera coherente, en un contexto de no impunidad, garantizando una presencia constante y una comunicación permanente, sincera y profunda en los lugares de encierro.

Derecho a la seguridad social de los migrantes irregulares

*Nathaly Ramírez Díaz**

INTRODUCCIÓN

La seguridad social nace ante la necesidad de dar respuestas a preocupaciones propias de la colectividad por razones sociales, biológicas, naturales y laborales”,¹ con el fin único de garantizarle

* Abogada egresada y máster en Derecho Constitucional por la Universidad Autónoma de Santo Domingo, República Dominicana; especialización en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario por la *Academy on Human Rights and Humanitarian Law* de la *American University Washington College of Law*. Ganadora del Premio Regional de la Juventud 2010, en representación de la provincia de San Juan de la Maguana, República Dominicana, en el renglón Aportes a los derechos humanos niñez y juventud, Ministerio de la Juventud; exvisitante profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; docente de Derecho Constitucional, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Federico Henríquez y Carvajal (UFHEC) y en la Universidad Experimental Félix Adam (UNEFA); *Host* del podcast “Tus derechos cuentan”. Actualmente se desempeña como directora ejecutiva del Centro de Investigación y Estudios de Derechos Humanos de la Universidad Federico Henríquez y Carvajal (UFHEC), República Dominicana; también y como litigante y consultora en la firma Ramírez, Robles & Asociados.

1 Cfr. Frett Mejía, Rafael y otros. *Seguridad Social*, Escuela Nacional de Judicatura de la República Dominicana, capítulo 1, segunda edición, República Dominicana, 2018, p. 7.

el bienestar a las personas que en un episodio de su vida no puedan valerse por sí en lo relativo a la viabilización de medios para garantizar una vida digna.

Ello lleva a analizar la fragmentación de este derecho y a contextualizar de manera directa cuáles son las condiciones de vida de los migrantes en situación irregular o indocumentados, toda vez que –en la realidad– la preocupación generalizada es la desprotección en que la que permanecen en relación con el disfrute de derechos, tales como los que vienen entrañados a partir de la seguridad social. Así, resulta ser que la migración –incluso la irregular– es una realidad pluridimensional que trae consigo contribuciones positivas y profundas al desarrollo económico, social y cultural tanto para el país de origen como para el de acogida, por los aportes que realiza esta población de manera directa e indirecta.

Por tanto, el derecho a la seguridad social entraña una responsabilidad particular respecto de los Estados ya que –como plantean muchos autores– se entiende que al garantizarla se observa un factor importante en lo relativo a la redistribución de la riqueza,² sin que ello signifique que es una mercancía que solo puede verse desde las perspectivas política, económica y financiera;³ esto de manera particular por su matiz económico y social, sin olvidar con eso el carácter vinculante de este con otros derechos humanos.

2 Cfr. Martí Bufill, Carlos. Citado por Iván Campero Villalba y Serapio Espada Lazcano. *Introducción al estudio de la seguridad social*. segunda edición, 2003, p. 23.

3 Cfr. Consejo Económico y Social. *El derecho a la seguridad social (artículo 19)*, Observación General N° 19, Organización de las Naciones Unidas, E/C.12/GC/19, 4 de febrero del 2008, p. 4.

Su naturaleza eminentemente humana permite analizar la seguridad social desde la perspectiva de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante “los DESCAs”), ya que –desde el punto de vista ideal– estos surgen para que las personas disfruten integralmente de los mismos independientemente de su estatus migratorio, social o personal.

De tal manera que, partiendo de los principios de universalidad y efectividad del derecho a la seguridad social, los Estados están llamados a garantizar a las personas una real y efectiva protección de sus derechos ante cualquier situación de necesidad; por ello se hace necesario realizar este análisis desde la perspectiva de los DESCAs, ya que estos han venido formando parte de una discusión importante respecto de las vías que garanticen a las personas tener un verdadero desarrollo humano,⁴ siendo estos derechos por su naturaleza “indivisibles e interdependientes”⁵ en lo que respecta a su protección y eficacia. Eso, pese a que algunos Estados han afirmado que no existe obligatoriedad inmediata que pueda constreñirles al cumplimiento de esta obligación.

Sin embargo, no obstante ese y otros argumentos planteados, la evolución y el desarrollo jurisprudencial sobre la “justiciabilidad” de los DESCAs ha sido algo notoriamente significativo dentro del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante “el sistema interamericano”), ya que desde el caso Acevedo Buendía la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH”) se refirió al hecho de que pese que a no pronunciarse en ese momento de manera individual sobre el derecho a la seguridad social, reconocía que los DESCAs –para su cumplimiento– no podrán lograrse en un breve periodo de tiempo y que también dependerá de la situación de cada país para que los

4 Cfr. Organización de las Naciones Unidas. *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*, Resolución A.G. 41/128, 4 de diciembre de 1986, artículo 4.

5 Cfr. *Ibid.*, artículo 6.v.

mismos sean efectivos.⁶ Además, entonces reconoció que estos tienen una estrecha relación con los derechos civiles y políticos, siendo este caso la puerta de entrada a una tesis importantísima respecto de estos derechos la cual plantea que los DESCA pueden ser exigibles y justiciables de forma directa.

Aproximadamente nueve años después, en el caso Lagos del Campo la Corte IDH reconoció por primera vez la justiciabilidad directa de los DESCA al entender que el alcance del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos no es limitativo y puede ser analizado de forma que contribuya de manera progresiva en cuanto al derecho que se va a salvaguardar, sin dejar de lado el *corpus iuris* internacional, y refiriéndose –entre otros temas– a que la estabilidad laboral “implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo”.⁷ Resultando ser, en ese mismo orden, que la Corte IDH se pronunciara una vez más procurando las garantías y cumplimientos de los DESCA; asimismo, cambiando su desarrollo jurisprudencial en el sentido de que a dichos derechos no solo se les reconocía justiciabilidad directa sino que también tenían autonomía para ser conocidos, desprendiéndose de los mismos obligaciones en relación con las medidas que deben adoptarse para garantizarlos.

Es en ese sentido que, como parte de este esfuerzo, se decidió analizar la justiciabilidad del derecho a la seguridad social considerando la primera sentencia de la Corte IDH citada y resolviendo el alcance de dicho derecho después de una década, tomando como base el caso Muelle Flores para

6 Cfr. Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros* (“*Cesantes y jubilados de la Contraloría*”) vs. *Perú* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1 de julio del 2009, Serie C N° 198, párr. 102.

7 Cfr. Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto del 2017, Serie C N° 340, párr. 147.

analizar adicionalmente las condiciones de los migrantes en situación regular e irregular así como la obligación que tienen los Estados sobre la garantía de dicho derecho a partir de normativas que forman parte del *corpus iuris* internacional, asegurando adicionalmente que la migración sea segura, ordenada y regular.

I. Derecho a la seguridad social de los migrantes irregulares a través de los DESCA: deber de garantizar

Debido a su naturaleza los derechos humanos se caracterizan por ser inherentes, inalienables, intransferibles, e imprescriptibles, entendiéndose en ese mismo orden –según el principio propersona–⁸ que los mismos se deben interpretar y aplicar de manera que favorezcan más a la persona, y reposando este ejercicio sobre las fuentes y los principios del *corpus iuris* internacional. De lo que se desprende que los derechos serán garantizados, no importando la condición social o personal del individuo que deberá disfrutarlos.

Considerando esa premisa, cuando se habla de seguridad social se concibe y entiende la misma como un conjunto de medidas tendientes a garantizar la efectiva protección de las personas en todos los ámbitos de sus vidas en sociedad, que debido a una condición determinada no pueden ejercer –por sí mismas– sus demás derechos tales como al trabajo, que a su

8 Cfr. Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 25 de noviembre del 2013, Serie C N° 272, párr. 143; Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23 de agosto del 2018, Serie C N° 359, párr. 100; y Corte IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 6 de marzo del 2019, Serie C N° 375, párr. 174.

vez permite que se le garanticen a las personas una vida digna; también al acceso a salud de calidad, a una vivienda digna, a educación y a alimentación de calidad. Así, resulta que la seguridad social tiene particular relevancia cuando por cualquier circunstancia –personas con discapacidad o enfermedad, de la tercera edad, embarazadas u otra situación– alguien no percibe ingresos que le permitan acceder a condiciones estables para el disfrute de una vida digna.

Es importante resaltar que el derecho a la seguridad social es determinante para contribuir a la reducción o la posible “erradicación” de la pobreza, previniéndose de ese modo la exclusión social y promoviéndose la inclusión social⁹ tal como se plantea en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales así como en el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales conocido como el Protocolo de San Salvador; también en la Carta de la Organización de Estados Americanos.

Ahora bien, la seguridad social es un derecho que debe ser garantizado a las personas para que –a su vez– estas disfruten de una vida digna y de esa forma puedan cumplir con sus proyectos de vida, independientemente de cuál sea su condición social, migratoria o personal.

Lo anterior permite observar la situación en la que viven cientos de personas en condición de migrantes irregulares en cuanto al disfrute de este derecho a la seguridad social, sin obviar con ello que las trabas existen inclusive para las nacionales de países determinados, resultando ser que por el desconocimiento de este derecho y de los mecanismos que pudieren existir para su garantía les es inaccesible en términos prácticos y legales. De

9 Cfr. Consejo Económico y Social. *El derecho a la seguridad social...*, p. 2.

eso se desprende la cercanía a la miseria de cientos de familias y su discriminación, pues el tratamiento que le dan muchos Estados a la seguridad social es como si fuera solo un asunto de voluntad política y no un derecho humano en sí, el cual no debe ser mendigado sino que es una obligación estatal que debe cumplirse.

Esto arroja una preocupación directa sobre el tema de su protección y justiciabilidad en el sistema interamericano, en cuanto a garantizar la vigencia del derecho a la seguridad social de las personas migrantes irregulares pues existe una vulneración generalizada de este por parte de los Estados receptores.

Por lo que cabe resaltar que la Corte IDH no se había pronunciado sobre el derecho a la seguridad social, así como a su relación con la consecución y el disfrute de otros derechos que bajo este se arropan.¹⁰ Lo hace de manera oficial en su sentencia en el caso Muelles Flores, donde estableció que con la seguridad social se debe “buscar proteger al individuo de situaciones que se presentarán cuando éste llegue a una edad determinada en la cual se vea imposibilitado física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia necesarios para vivir un nivel de vida adecuado, lo que a su vez podría privarlo de su capacidad de ejercer plenamente el resto de sus derechos [, ...] [teniendo en cuenta] los elementos constitutivos [,] ya que la seguridad social deberá ser ejercida de modo tal que garantice condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso”.¹¹ Queda aún pendiente la discusión del alcance en relación con las condiciones de las personas migrantes respecto de la seguridad social.

10 Cfr. Corte IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú...*, párr. 187, e.

11 Cfr. Corte IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú...*, párr. 183.

Puesto que los Estados tienen la obligación de garantizar el disfrute de derechos a todas las “personas que se encuentren en su territorio o bajo su jurisdicción, independientemente de su situación jurídica”,¹² no pudiendo discriminar o excluir arbitrariamente a los trabajadores migrantes pues estos contribuyen con sus empleos en la dinámica de la economía e, incluso, lo hacen de manera indirecta al pagar impuestos que van a financiar los planes y programas de seguridad social,¹³ lo que significa que denegarle el reconocimiento de este derecho al que han contribuido es discriminatorio; además, como bien lo ha señalado la Corte IDH, “una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales, adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna”, y “la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral”,¹⁴ tampoco puede obviarse el carácter patrimonial que eminentemente tiene este derecho.¹⁵

Por tal razón se entiende que la Corte IDH, tras abrirle la puerta a la justiciabilidad del derecho a la seguridad social, tendrá una responsabilidad crucial al momento de referirse a este

12 Cfr. Consejo Económico y Social. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, Organización E/2010/89, del 1 de junio de 2010, p. 5, párr. 9.

13 Cfr. *Ibid.*, p. 16, párr. 46.

14 Cfr. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre del 2003, Serie A N° 18, párrs. 133 y 134.

15 Cfr. Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 de febrero de, 2003. Serie C N° 98, párrs. 103 y 116; Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros...*, párr. 85, y Corte IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú...*, párrs. 213 y 218

enfoque tan importante como lo es la situación o las condiciones de los migrantes respecto del disfrute de este derecho, pues el mismo no solo entraña una estabilidad en términos económicos sino también emocional¹⁶ ya que cuando un Estado le excluye de los medios que van encaminados al disfrute de una vida digna, se genera en sí una situación de inestabilidad y vulnerabilidad frente a dificultades que puedan presentársele. Cabe señalar que, en muchos casos, cuando una persona migra de un lugar a otro lo hace con la intención de progresar y seguir adelante de manera digna con su vida y la de su familia, buscando construir –con mucho esfuerzo– las vías que le garanticen una serie de beneficios que resguarda consigo la seguridad social.

Asimismo, dichas personas se encuentran en condiciones de desigualdad ante la ley y ante la aplicación favorable de esta respecto de otras personas pues contribuyen al pago y la acumulación de beneficios derivados de la seguridad social, sin garantía de que la recibirán; además, en muchos casos son explotadas laboralmente lo cual es discriminatorio y resultaría ser aún mayor si los Estados desconocen el derecho a la seguridad social que les corresponde en cuanto a pensión, seguro de salud y servicios básicos cuando ya no pueden trabajar, lo que resulta no viable pues se entiende que el fin último del Estado es la protección de los derechos de las personas y no el enriquecimiento arbitrario por despojar a alguien del resguardo de uno de estos para cuya realización contribuyó de manera directa e indirecta. Asimismo, muy específicamente porque la migración debe ser segura, ordenada y regular, lo que genera obligaciones pero también derechos.

16 Cfr. Rafael Frett Mejía y otros. *Seguridad Social...*, p. 9.

CONCLUSIÓN

En virtud de lo anterior, se concluye que en la constante construcción de derechos para hacer mejor la convivencia humana han de diseñarse –tanto en el ámbito interno de los países así como en el contexto del sistema interamericano– medidas tendentes a la incorporación de políticas públicas que vayan encaminadas a garantizar el derecho a la seguridad social, partiendo de que la condición de las personas migrantes no pueda limitarse únicamente a la voluntad política ya que la vigencia de dicho derecho es completamente exigible en cuanto a que está resguardado por el *corpus iuris* internacional. Especialmente porque en el contexto de América Latina y el Caribe, aún hoy en día, la migración es satanizada; por ello, deberían existir alianzas entre naciones a los fines de brindar soporte que permita el disfrute de sus derechos a las personas que por cualquier razón deban movilizarse de un Estado a otro.

Se entiende que resulta necesario reafirmar dos intenciones cruciales para el futuro del sistema interamericano en materia de DESCA, específicamente en materia de seguridad social para migrantes. La primera va dirigida a brindar una respuesta que trascienda a la justiciabilidad del derecho a la seguridad social basado en el enfoque de la población migrante en situación regular o no, para que pueda –cuando así lo ha construido– disfrutar de este derecho tan elemental; la segunda tiene que ver con fomentar medidas y sugerir herramientas que, con la cooperación internacional, puedan encaminarse a estandarizar y armonizar las normas de seguridad social de los países miembros de la Organización de los Estados Americanos, así como a apoyar la política de desarrollo internacional socialmente justo.

Ello, brindando protección de seguridad social a las personas con base en los tratados internacionales, tanto en la dimensión

fundamental como individual y colectiva independientemente de su estatus migratorio. De ser así, esta interpretación hará pionero al sistema interamericano en la construcción de garantías que reposan en el *corpus iuris* internacional.

El discurso de odio en la CADH: ¿igualdad y/o libertad de expresión?

*Ricardo F. Rosales Roa**

Introducción

Los equilibrios entre discurso de odio y libertad de expresión no son comunes. Si en abstracto deslindar ambas conductas es un desafío teórico, en la práctica juzgar casos resulta doblemente problemático. Es síntoma de un Estado democrático de derecho que esta tensión aparezca, pues su ausencia pudiera indicar absolutismos y falsos dilemas entre igualdad y libertad de expresión.

La doctrina del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante “el SIDH” o “el sistema interamericano”) es la más robusta en materia de libertad de expresión, pero su marco de protección se ha construido alrededor del escenario clásico del individuo frente al Estado. La doctrina del SIDH no surgió al calor de discusiones complejas entre derechos de grupos subordinados, individuos y el rol del Estado en el contexto de los discursos de odio. De este modo, convergen incentivos para (re) discutir cuáles son los límites de la libertad de expresión cuando afecta a estos grupos y qué remedios ofrece contra la intolerancia.

* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas. Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Buenos Aires (UBA), mención especial. Asistente académico en la UBA y colaborador de la ONG Espacio Público, Caracas.

La intención de este artículo es doble: enfocar en términos normativos el tema de discurso de odio en el SIDH, conjugando la posición y las reflexiones de sus órganos principales con doctrina autorizada; y contribuir con la lectura liberal igualitaria de su regulación, lo que exige repensar y reinterpretar el discurso de odio desde los artículos 13, 24 y 1, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la CADH”, “el Pacto de San José” o “la Convención Americana”) y su sistema democrático. El propósito es favorecer la construcción de consensos a falta de jurisprudencia, en un cuadro de discrepancias teóricas y normativas que alimenta el debate.

El trabajo consta de cinco partes. La primera inicia con una breve aproximación comparada al discurso de odio, con el fin de resaltar las particularidades normativas en el Pacto de San José. La segunda muestra la tensión entre los tratados especiales de igualdad del sistema interamericano y la libertad de expresión de la CADH. La tercera profundiza en la distinción conceptual-normativa entre discurso de odio y discurso intolerante, y los regímenes separados de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (en lo sucesivo “RELE”) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la CIDH” o “la Comisión Interamericana”). La cuarta sugiere un análisis de los discursos intolerantes, a partir de una idea de democracia abierta. La última sección incorpora las conclusiones.

I. Aproximación comparada al discurso de odio en la CADH

El artículo 13, numeral 5, de la CADH prohíbe “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, idioma u origen nacional”.

Un método para conocer las peculiaridades normativas de esta regulación, es el análisis comparado. En el ámbito universal el artículo 20, numeral 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “el PIDCP”) dispone lo siguiente: “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

En defecto de una regulación expresa, en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante “el CEDH”) se desarrolla normativa en la materia, entre la cual figura la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el TEDH”). Según este órgano judicial, el discurso de odio se define así: “Todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia”.¹

Al comparar estas regulaciones, surge una conclusión fundamental. Los sistemas universal y europeo prevén un reconocimiento más amplio del discurso de odio que el SIDH. En el ámbito del PIDCP se incluyen daños como la “discriminación, hostilidad o la violencia” que no contempla la CADH, mientras que en la esfera del CEDH se equiparan normativamente acciones como “propagar, incitar, justificar” a través de un supuesto genérico como el “odio basado en la intolerancia”, lo cual tampoco figura en la normativa interamericana.

Estas diferencias permiten entender las especificidades del SIDH. Al incorporar un concepto estrecho de *hate speech*, la

1 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Müslüm Gündüz v. Turquía*, Aplicación N° 2003/81, 4 diciembre del 2003.

Convención Americana pretende conceder un mayor margen de protección a la libertad de expresión, lo cual se convertiría en la motivación explícita de la doctrina constante del sistema interamericano.

La idea de un derecho robusto en el continente la reconoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH”), con su primer pronunciamiento en materia de libertad de expresión: la Opinión Consultiva 05/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas. En esta, la Corte IDH determina que “[e]l análisis anterior del artículo 13 [CADH] evidencia el altísimo valor que la Convención da a la libertad de expresión. La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al *mínimum* las restricciones a la libre circulación de las ideas”.²

La Corte IDH precisa que en el ámbito de restricciones legítimas a los derechos previstos en la CADH aplica dicho tratado, no otro pacto internacional. Así, señala lo que sigue: “En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce”.³

2 Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-5/85*, 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 05, párr. 50.

3 *Ibid.*, párr. 52.

Conforme con estos estándares, sería ilegítimo una interpretación de las limitaciones a la libertad de expresión en el SIDH a través de normativas contra la intolerancia pensadas en otros contextos que son más invasivos del derecho.

El debate, sin embargo, no se agota acá. La CADH contiene sus propias ideas igualitarias que pueden justificar una regulación de la libertad de expresión –discurso de odio– de manera de proteger a grupos en desigualdad estructural.

II. Tratados antintolerancia del SIDH y compatibilidad con la CADH

1. El principio de igualdad y tensiones con la libertad de expresión

En el SIDH existen dos ideas complementarias y semejantemente relevantes sobre igualdad recogidas en los artículos 24 y 1, numeral 1, de la CADH. Por un lado, la de igualdad como no discriminación o prohibición de trato arbitrario. La Corte IDH señala, en relación con esta primera concepción, que “los tratos diferentes deberían perseguir un fin legítimo y los criterios adoptados debían sostener una razonable relación de proporcionalidad entre el medio utilizado y el fin buscado”.⁴

Por otro lado, figura una idea de igualdad como no sometimiento o prohibición de constitución y mantenimiento de grupos subordinados en la sociedad. En relación con esta segunda concepción de igualdad, la Corte IDH expresa que “los Estados

4 Saba, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2016, p. 68.

deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de iure o de facto* [...] Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar las situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades en perjuicio de determinado grupo de personas”.⁵

Según Roberto Saba, el primer principio –el de igualdad como no discriminación– es de corte individualista y adopta clasificaciones generales consideradas *a priori* como irrazonables para basar distinciones de trato, por lo cual ejerce un alcance simétrico entre todas las personas independientemente de sus características; el segundo principio, el de igualdad como no subordinación o igualdad estructural, es de corte sociológico pues mira los contextos sociales en que se encuentran las personas y se basa en la categoría de “grupo” dentro de esas clasificaciones generales (sexo, raza y credo, entre otras) para determinar qué medidas y acciones estatales o particulares contribuyen a constituir, mantener o perpetuar la situación de sometimiento o exclusión de un grupo en determinada estructura social.⁶

La cuestión específica sobre los límites de la libertad de expresión y los discursos intolerantes, prevé una regulación general y otra especial. La primera, señalada, en la CADH; la segunda, en la Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia –no vigente– y en la Convención interamericana contra toda forma de

5 Cfr. Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-18/03*, 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párr. 103; González, Marianne y Parra, Óscar. “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del caso de Aptiz”, *Revista IIDH*, Vol. 47, 2008, pp. 129 a 134.

6 Cfr. Saba, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2016, pp. 33 a 52.

discriminación e intolerancia, en vigor desde el 2017. Esta última establece en su artículo 4 el compromiso asumido por los Estados en cuanto “a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, de acuerdo “con sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta Convención, todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia”.

Entre los actos regulados contempla –en el mismo artículo– “[l]a publicación, circulación o diseminación, por cualquier forma y/o medio de comunicación, incluida la internet, de cualquier material que: a) defienda, promueva o incite al odio, a la discriminación y a la intolerancia; b) apruebe, justifique o defienda actos que constituyan o hayan constituido genocidio o crímenes de lesa humanidad, según se definen en el derecho internacional, promueva o incite a la realización de tales actos”.

El artículo 4 de la Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia, aunque no está en vigor hace lo propio al reproducir las mismas restricciones contenidas en la CITFDI. Adicionalmente, la Convención interamericana contra la violencia hacia la mujer o “Convención de Belém do Pará”, en vigor desde 1995, si bien no contiene disposiciones específicas que afecten la libertad de expresión, estipula medidas antidiscriminatorias que podrían restringirla. Su primer artículo define así la violencia contra la mujer: “Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

En principio, estos tratados especiales de igualdad y el amplio marco de protección a la libertad de expresión que se establece en el artículo 13 de la CADH, no van en la misma dirección. Desde la libertad de expresión se relativiza la prohibición de censura previa y se disponen restricciones incompatibles con el test

tripartito. También puede operar una restricción indirecta, dado el efecto de autocensura. Desde la igualdad, la expresión puede contribuir al sometimiento de grupos, a generar daños más allá de la violencia física y a afectar –o anular– la dignidad humana sobre la base de un enfoque más absolutista de la expresión.

La lectura de estas disposiciones antintolerantes que podrían iluminar el principio general de igualdad y no discriminación –artículos 24 y 1, numeral 1, de la CADH– y la manera en que se articularían y entenderían de conformidad con el derecho a la libertad de expresión –artículo 13 *eiusdem*– impulsan la propuesta de una reinterpretación armónica de estos principios jurídicos.

2. El informe sobre incitación al odio y la violencia contra la población LGBTI

En el 2015 surge una propuesta del sistema interamericano que responde con mayores desarrollos teóricos a esta problemática. La RELE y la Relatoría sobre los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex –también de la CIDH– presentan un informe conjunto que reconoce dicha tensión y articulan una visión integral para enfrentar el fenómeno de la intolerancia.

Ese informe sobre discurso de odio y la incitación a la violencia contra la población LGBTI en América, ofrece su postura conciliatoria sobre los derechos en juego y provee un marco analítico para pensar la intolerancia. Según su texto, “[l]os derechos a la igualdad y a la libertad de expresión se ‘refuerzan mutuamente’ y tienen una ‘relación afirmativa’, en tanto realizan una ‘contribución complementaria y esencial a la garantía y salvaguarda de la dignidad humana’ [...] La desigualdad resulta

en la exclusión de ciertas voces del proceso democrático, perjudicando los valores del pluralismo y la diversidad de la información [...] El efecto de este fenómeno de exclusión es similar al efecto que produce la censura: el silencio. Al ser excluidos del debate público, sus problemas, experiencias y preocupaciones se vuelven invisibles, situación que los hace más vulnerables a la intolerancia, los prejuicios y la marginalización”⁷

El informe hace la armonización con una diferenciación conceptual-normativa entre discurso de odio y discurso intolerante, en el ámbito de las disposiciones de los artículos 13, numerales 2 y 5, de la Convención Americana. Al separar ambas categorías, la CIDH reconoce un régimen jurídico particular para cada expresión, en el entendido de que no es válido mezclar todos los discursos bajo un mismo paraguas teórico y que una perspectiva conjunta a la intolerancia –desde la CADH– impone utilizar la libertad de expresión como un aliado de la igualdad.

III. Los regímenes de discurso de odio y discurso intolerante

1. Discurso de odio

El discurso de odio se relaciona con la idea de “incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar” –artículo 13, numeral 5, del Pacto de San José– y se determina a través de estándares exigentes. Según el informe citado, solo podrán sancionarse penalmente expresiones que tengan “como presupuesto la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de

⁷ RELE y Relatoría sobre los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex. *Informe anual de la relatoría especial para la libertad de expresión*, Capítulo IV: Discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América, párrs. 6 y 7.

que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión (por dura, injusta o perturbadora que esta sea), sino que tenía la clara *intención* de promover la violencia ilegal o cualquier otra acción similar contra las personas [...], así como la *capacidad* de lograr este objetivo y que ello signifique un *verdadero* riesgo de daños contra las personas que pertenecen a estos grupos”.⁸

El informe incorpora los requisitos complementarios del Plan de Acción de Rabat de la Organización de las Naciones Unidas,⁹ a efecto de determinar discursos de odio tales como: i) el contexto social y político prevaleciente al momento de la alocución; ii) la posición o estatus social del disertante; iii) la intención del orador; iv) el contenido o forma del discurso, así como un enfoque en forma, estilo y naturaleza; v) ámbito del mismo como el alcance, la naturaleza pública, la magnitud y el tamaño de la audiencia, entre otros.

Este régimen normativo del artículo 13, numeral 5, de la CADH está estrechamente vinculado con la Enmienda I de la Constitución de Estados Unidos. En ese país, la protección de la libertad de expresión se asegura mediante la Doctrina del peligro claro y actual o inminente –*Clear and present danger test*– un estándar complejo de intención, capacidad y riesgo inminente que reconoce, tras años de lucha como doctrina minoritaria, el caso *Brandenburg contra Ohio* de 1969 en la Corte Suprema.¹⁰

De hecho, la Comisión Interamericana –desde su Informe sobre terrorismo y derechos humanos, del 2002– reconoce la

8 Ibid., párr. 23. Las cursivas son del informe.

9 Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o violencia, 5 de octubre del 2012.

10 Corte Suprema de los Estados Unidos. *Caso Brandenburg v. Ohio*, 395 U. S. 444, 1969.

afinidad de la CADH con esta doctrina estadounidense en los siguientes términos: “A efectos de imponer responsabilidad ulterior por expresiones, el enfoque actual de Estados Unidos específicamente requiere la intención de incitar a una actividad ilegal y la probabilidad de éxito, lo cual concuerda más con los términos de la Convención Americana, en oposición a otros instrumentos internacionales de derechos humanos”.¹¹

La extrapolación de la doctrina de un sistema a otro, plantea problemas desde muchos lugares. Una lectura plausible es que el SIDH se haya inspirado en la historia de persecución a minorías y disidentes en los Estados Unidos. La primera lección tiene que ver con la tendencia a criminalizar y censurar expresiones impopulares o minoritarias, en especial en contextos de tensiones o crisis políticas. En estos entornos, los ciudadanos y el Gobierno alimentan la incertidumbre, el pánico y la intolerancia, por lo cual satanizan y restringen toda expresión “subversiva”, “desleal”, “inmoral”, “peligrosa”.¹²

Una segunda lección es el reconocido *chilling effect* o “efecto de enfriamiento”. Este se materializa cuando una restricción, ya por su vaguedad o ya por sus sanciones desmedidas, ya por sus resultados o por su impacto, puede disuadir del ejercicio del derecho. Las personas pueden inhibirse o autocensurarse, particularmente en “contextos de crisis”, frente a la amenaza de ir detenidas o pagar demandas cuantiosas.

La última lección es el *slippery slope* o argumento de la “pendiente resbaladiza” de la restricción. El estándar de esta es una metáfora utilizada por la Corte Suprema de Estados

11 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, 22 de octubre del 2002, párr. 322.

12 Porto Macedo, Roberto. *Libertad de expresión: ¿Qué lecciones deberíamos aprender de la experiencia de los EE. UU.?* Universidad de Yale, p. 27 y ss.

Unidos, que actúa como una invitación a la prudencia en un caso determinado. El ejemplo clásico es permitir la pornografía –aun con su carácter antiigualitario– dado el peligro que en el futuro puedan censurarse películas con escenas eróticas o sexuales.¹³

En suma, estas lecciones convergen en una tradicional máxima del sistema estadounidense: la libertad de expresión requiere un “espacio para respirar”, *breathing space*, por lo que debe concederse un amplio margen para expresarse. Esta idea es similar a la recogida por el artículo 13, numeral 5, del Pacto de San José y su objetivo último apunta a salvaguardar la autonomía individual y el sistema democrático; esto es, como en los Estados Unidos, asegurar la participación en el ambiente de ideas para conectar las voluntades individual y colectiva.¹⁴

a. ¿Quién puede ser víctima de discurso de odio?

Una discusión interesante es la relativa a quién(es) puede(n) ser víctima(s) de discurso de odio. En teoría, la CADH dice que “cualquier persona o grupo de personas” por algún motivo discriminatorio. En los hechos, la regulación se ha empleado solo para analizar la situación de grupos en desigualdad estructural.

Sin ánimos de hacer más extenso el asunto, se tiene que Owen Fiss reconoce una teoría de grupo como fundamento de su concepción de igualdad como no subordinación. El autor describe cinco rasgos para identificar a un grupo. El primero es

¹³ *Ibíd.*, p. 29 y ss.

¹⁴ Post, Robert. “Racist Speech, Democracy, and the First Amendment”, *Faculty Scholarship Series*, 208, 1991, disponible en https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.co.ve/&httpsredir=1&article=1207&context=fss_papers; véase también Post, Robert. “Equality and autonomy in first amendment jurisprudence”, *Law Review* 95, Michigan, 1997.

la existencia autónoma del grupo como entidad con identidad propia e independiente; Fiss diferencia al grupo de la mera suma de individuos. El segundo es la autorreferencia y referencia de terceros al grupo; los sujetos se ven y sienten como “miembros de un grupo” y terceros los tratan como tal.

Les sigue la interdependencia entre la identidad y el bienestar de los miembros con la identidad y el bienestar del grupo; según el autor, la suerte individual de cada persona está afectada por la suerte del grupo. El cuarto es la posición socioeconómica subordinada, como grupo con menos recursos, capacidades y oportunidades para ejercer su autonomía. Por último está el carácter intergeneracional, con vocación perpetua, de la situación de marginación del grupo. Se trata de “la perpetuación intergeneracional”.¹⁵

Al aplicar esta teoría de grupo al artículo 13, numeral 5, de la CADH sería impropio reconocer la idea de discurso de odio contra personas o grupos que carecen de un contexto social de sometimiento o exclusión como, por ejemplo, los heterosexuales o nacionales. La fórmula de Fiss –que respaldo en su totalidad– podría sostenerse sin perjuicio de discursos intolerantes contra esos individuos (discursos discriminatorios, hostiles) que suponen otra caracterización jurídica, pero que difícilmente alcancen al test estricto del artículo 13, numeral 5, de la CADH.

2. Discurso intolerante

El discurso intolerante es una categoría amplia que abarca expresiones ofensivas, discriminatorias u hostigadoras. Así

¹⁵ Fiss, Owen. “Grupos y la cláusula de igual protección”, en Gargarella, Roberto (compilador). *Derecho y grupos desventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 138 y 139.

como el discurso de odio se identifica con la incitación a la violencia física, el discurso intolerante se identifica con formas de violencia verbal, mediática, simbólica y otras que pueden comprender una gama de daños a la dignidad, reputación o igualdad.

La formulación y aplicación de estos conceptos está reservada a los Estados. Aun así, el informe conjunto de las relatorías propone un marco normativo formado por un sistema de reglas y principios para proteger la libre expresión el considera: i) Excluir el derecho penal; ii) prohibir la censura previa; iii) proteger discursos de interés público; iv) respetar el test tripartito; v) aplicar el debido proceso; vi) evitar, por objeto o resultado, la discriminación contra grupos sometidos o vulnerables.

a. Exclusión del derecho penal

El informe invoca los estándares del derecho penal en el SIDH que reservan su ámbito de aplicación a los delitos más graves, de acuerdo con los principios de mínima intervención y *ultima ratio*. Expresa que debería rechazarse el *ius puniendi* para un supuesto diferente al discurso del artículo 13, numeral 5, de la CADH.

La Corte IDH utiliza el test de proporcionalidad para evaluar la legitimidad de la pena. Algunos autores le han dirigido críticas. Alejandra Gonza afirma que “la Corte ha usado siempre el método de balance de derechos, el cual dota de igual protección convencional a todos los derechos, en vez de –en ciertas ocasiones– dar lugar preferencial a la libertad de expresión.”¹⁶

16 Alejandra Gonza. “Reflexiones sobre libertad de expresión, jurisprudencia de la Corte Interamericana y el desafío de Internet”, en *Hacia una internet libre de censura III: estándares, contexto y aprendizajes en el sistema interamericano*, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE)

Y plantea la siguiente contradicción: “De esta manera, la Corte Interamericana valora cierto tipo de discurso como especialmente protegido, pero no lo dota de inmunidad frente al actuar estatal, lo que permite que se judicialicen por años casos que no deberían, a mi entender, ocupar el tiempo de los juzgados nacionales”.¹⁷

Más allá del debate sobre las fórmulas para resolver conflictos jurídicos, existen argumentos para restringir el derecho penal al caso del discurso de odio del artículo 13, numeral 5, de la Convención Americana. El primer grupo de argumentos es de derechos humanos. Cuestiona que el poder punitivo no solo no es idóneo ni efectivo para solventar los perjuicios de la expresión, sino que –esencialmente– no es conveniente pues es fuente de injusticias para perseguir a la disidencia, a minorías o para censurar los discursos de relevancia pública. Un caso revelador fue el de *Mémoli contra Argentina*, que la Corte IDH convalidó contra su doctrina del derecho.

Un segundo grupo de argumentos es de orden sociológico y de política pública. Se parte del diagnóstico según el cual la intolerancia constituye un problema complejo de estructura social, antes que de mera expresión intolerante, por lo que el Estado debe focalizar su actividad no tanto en su reproche del intolerante y el posterior debate accesorio de cuál es la mejor salida legal al problema –la consecuencia– sino en el abordaje riguroso acerca de las condiciones subyacentes que lo hacen posible; es decir, las causas. El tema de la intolerancia debe enfocarse más desde un lente social y no legalista.¹⁸

y Universidad de Palermo, mayo de 2019, p. 42.

17 *Ibíd.*, p. 44.

18 Gagliardone, Iginio y otros. *Countering online hate speech*, Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, disponible en http://egalitecontreracisme.fr/sites/default/files/atoms/files/countering_online_hate_speech_3.pdf

Un tercer grupo de argumentos es de teoría democrática. Se vincula con el tipo de sociedad democrática a que aspira la normativa de la Convención Americana; una sociedad con más y mejor discurso, no con menos y peor. Como expresa la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC 5/85, con ocasión de la “veracidad” de la información, “[e]l bien común reclama la máxima posibilidad de información y es el pleno ejercicio del derecho a la expresión lo que la favorece. Resulta en principio contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como un medio para garantizarla”.¹⁹

En definitiva, ante el preocupante aumento de tendencias punitivistas en la región, se considera que una reacción necesaria de la Corte IDH es sentar un precedente que declare la incompatibilidad del derecho penal con el Pacto de San José para sancionar el ejercicio abusivo de la libertad de expresión, salvo el caso de discurso de odio. La misma Corte IDH en el caso Kimel contra Argentina, dejó abierta esta posibilidad en una cita al pie. El tribunal invocó un caso del TEDH –Cumpana y Mazare contra Rumania– donde puso de relieve que “[l]a imposición de una pena de prisión por una ofensa difundida en la prensa será compatible con la libertad de expresión de los periodistas tal como está garantizada en el artículo 10 de la Convención sólo en circunstancias excepcionales, **especialmente cuando otros derechos fundamentales han sido seriamente afectados, como, por ejemplo, en los casos de discurso del odio o de incitación a la violencia**”.²⁰

19 Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-5/85*..., párr. 77.

20 TEDH. *Cumpana and Mazare v. Romania*, Aplicación N° 33348/96, 17 de diciembre del 2004. Las negritas son del autor.

b. Prohibición de la censura previa

El informe conjunto de las relatorías reitera la regla contenida en el artículo 13, numeral 2, de la CADH que prohíbe la censura previa; su única excepción es el numeral 4 del mismo artículo. Esta interpretación sobre la censura previa fue desarrollada antes por la RELE en el informe del 2014 denominado *Las expresiones de odio y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*; para ello se basó originalmente en el criterio interpretativo de la Corte IDH, en el caso *La última tentación de Cristo* contra Chile. En este se reconoce la importancia de “mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. **En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión**”.²¹

Una discusión vigente tiene que ver con la posibilidad de filtrar o bloquear contenidos en el mundo digital y su compatibilidad con el artículo 13, numeral 2, de la CADH. Eduardo Bertoni encuentra que la RELE, a través de sus interpretaciones recientes, hace un esfuerzo destacable por compatibilizar la práctica real con la teoría del derecho; pero añade importantes críticas. Cuando esta establece que en casos excepcionales –al estar frente a contenidos abiertamente ilícitos– resultaría admisible la adopción de medidas de bloqueo y filtrado de contenidos específicos, Bertoni hace el siguiente cuestionamiento: “Del análisis del informe RELE-OEA [se refiere al informe de libertad de expresión e internet del 2013] surge que estas afirmaciones se sostienen en gran medida en las propuestas provenientes del

21 Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y Otros) vs. Chile*, sentencia del 5 de febrero del 2001, Serie C No. 73, párr. 70. Las negritas son del autor.

sistema universal. Las notas a pie de página que acompañan esos párrafos lo demuestran. Pero como bien lo explicó la Corte IDH en la OC-5/85, el Sistema Universal no contiene la prohibición de censura previa que contiene el Art. 13.2 de la CADH”.²²

El autor respalda la posición de la profesora Dawn Nunziato, quien defiende la tutela del discurso *online* a través del debido proceso. Las restricciones deben implementarse “de manera abierta y transparente, de modo que los usuarios de Internet y proveedores de contenidos afectados sean informados sobre el bloqueo y las razones correspondientes y que el sistema de filtrado conceda a usuarios de Internet y proveedores de contenidos la posibilidad de apelar tales decisiones sobre bloqueo, ante un órgano judicial, de manera expeditiva”.²³

En mi opinión, la CADH prohíbe cualquier forma de censura; ello incluye los contenidos en internet. Una narrativa de internet como amenaza, incluso con base empírica, no debe traducirse en conceder un poder a intermediarios ni a Estados de restringir *a priori* expresiones que estimen ilícitas en defecto de garantías procesales, pues aumentaría el peligro de censurar contenidos en función de ciertos intereses. Las políticas y las buenas prácticas que asumen como eje estratégico el contradiscurso y un debate público amplio e inclusivo, deberían ser líneas prioritarias y vinculantes del Estado frente a la intolerancia.

22 Bertoni, Eduardo. “OC-5/85: su vigencia en la era digital”, en Corte IDH y otros. *Libertad de expresión: A 30 años de la Opinión Consultiva sobre la colegiación obligatoria de periodistas*, Bogotá, D.C., Colombia, noviembre 2017, p. 40.

23 Nunziato, Dawn Carla. “Preservar la libertad en Internet en las Américas”, en Bertoni, Eduardo (compilador). *Hacia una internet libre de censura: Propuestas para América Latina*, Universidad de Palermo, Buenos Aires, Buenos Aires, 2012, disponible en https://www.palermo.edu/cele/pdf/internet_libre_de_censura_libro.pdf

Según Roberto Saba, los contextos no deben cambiar la concepción de nuestros derechos; así, este afirma lo siguiente: “En otras palabras, el surgimiento de internet ¿modificó nuestra concepción acerca de lo que la libertad de expresión es o simplemente, sobre la base de la misma idea de libertad de expresión, nos colocó delante de nuevos problemas a resolver? Me inclino por la segunda de estas dos alternativas, pues el principio de libertad no varía con el tiempo o con el surgimiento de nuevos contextos”.²⁴

c. Protección de discursos de interés público

Los discursos de interés público están especialmente protegidos. La jurisprudencia de la Corte IDH,

ha establecido que es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático [...] así como respecto de asuntos de interés público en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, afecta intereses o derechos generales, o le acarrea consecuencias importantes.²⁵

24 Saba, Roberto. “Libertad de Expresión, Internet y principios fundamentales”, en Agustina Del Campo y otros. *Hacia una Internet libre de censura III: estándares, contextos y aprendizajes en el sistema interamericano*, Universidad de Palermo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, primera edición, 2019, p. 110.

25 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs Paraguay*, sentencia del 31 de agosto del 2004, Serie C No. 111, párr. 98.

El criterio del interés público requiere más estudios teóricos. Un trabajo interesante es el de Jordi Bonet sobre el CEDH. El autor interrelaciona tres cuestiones relevantes: el origen de la apreciación del interés del público, sus parámetros de valoración y la precisión de su fundamento jurídico.

En cuanto al origen, Bonet encuentra que –en los casos *Geillustreerde Pers N. V. contra los Países Bajos* y *Handyside contra el Reino Unido*– aparece el “criterio del interés del público” de parte de la Comisión Europea en el primero y del TEDH en el segundo, mediante la función social de la libertad de expresión en una democracia. Esta “responde a dos aspectos esenciales: satisfacer el derecho a *saber* de los ciudadanos que integran la sociedad democrática y colaborar en la *educación* de los miembros de esa sociedad”.²⁶

Sobre los parámetros de valoración, el autor señala que los órganos jurisdiccionales del CEDH destacan la responsabilidad social tanto de los medios de comunicación como de las personas vinculadas a los mismos. En el caso *Sunday Times* contra el Reino Unido se había discutido si la prohibición judicial de un artículo sobre la “talidominda” y sus consecuencias, que podían interferir en un asunto litigioso pendiente, se ajustaban al criterio de necesidad social imperiosa en una sociedad democrática en consonancia con el artículo 10 del CEDH. En el análisis del caso, la Comisión Europea acoge como criterio “el interés de la opinión pública a estar informada sobre cuestiones de interés general”. Luego, el TEDH profundiza esta línea y determina que el público efectivamente tenía un derecho a recibir esa información.²⁷

26 Bonet, Jordi. “El criterio del interés público en la práctica jurisdiccional relativa al art. 10 del Convenio Europeo para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año 1, N° 2, 1993-1994, p. 560. Las cursivas son del autor.

27 *Ibid.*, p. 562. Las cursivas son del autor.

Jordi Bonet suma el caso *Lingens contra Austria*. Tanto la Comisión Europea como el TEDH decidieron que “al evaluar el interés del público, debían considerarse no solo los hechos –las noticias o informaciones en sentido estricto– sino también los juicios de valor pertinentes y que se crean necesarios”.²⁸

Por último, el autor concluye que el fundamento del criterio del interés del público descansa en la premisa de la información como un bien para el conjunto de la opinión, lo que reconoce la necesidad de un público informado.

En el SIDH es razonable deducir una concepción amplia del interés público, pero el criterio se ha formado en el contexto de cuestiones atinentes al Estado –candidatos, funcionarios, instituciones– y no a la sociedad. De ahí emergen dudas legítimas sobre el contenido y el alcance de este criterio. ¿Podría considerarse que, en algunos casos, discursos intolerantes constituyan o refieran a asuntos de interés público? ¿Estarían, de ser así, protegidos?

d. Respeto del test tripartito y el principio de igualdad

En cuanto al test de proporcionalidad, el SIDH lo aplica de forma más homogénea y regular que el sistema europeo dado el uso explícito de la doctrina del margen de apreciación. Los Estados europeos tienen una legislación y contextos diferentes que les permite mayor discrecionalidad para ponderar los límites a la libre expresión, principalmente en función del consenso, y otras consideraciones como tradiciones o contexto de la materia.²⁹

28 *Ibid.*, p.565.

29 Nash Rojas, Claudio. “La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte IDH”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 11, 2018, Universidad del Rosario, disponible en <https://>

El caso *Handyside* contra el Reino Unido es reconocido como uno de los precursores de la doctrina del margen de apreciación. El Tribunal de Estrasburgo decide legitimar la confiscación y el embargo de ejemplares del pequeño libro rojo del colegio –*The Little Red Schoolbook*, un texto con contenidos obscenos dirigido a la niñez– así como el inicio de procedimientos penales que terminaron en multas contra el autor. A estos fines, invoca el margen de apreciación del Reino Unido para determinar qué es la moral y cómo protegerla en el caso.³⁰

Esta doctrina se extiende al entorno digital. El caso *Nix* contra Alemania, del 2018, trata de una condena por publicar una foto de un líder nazi y una esvástica en un blog; en su fallo, el TEDH declara inadmisibile la petición por manifiestamente infundada. Según el TEDH, “las autoridades nacionales habían proporcionado razones relevantes y suficientes para interferir con el derecho a la libertad de expresión de la demandante y no fueron más allá de su margen de maniobra”.³¹ Se refería al significado del nazismo en Alemania.

En el SIDH, en un contexto de desigualdad estructural en términos políticos y económicos que debilita la separación de poderes –en especial la independencia judicial– no hay razones para la deferencia estatal. Menos para la libertad de expresión, dotada de una idea normativa-democrática robusta.

En torno al principio de igualdad, se vinculan otras preocupaciones con las legislaciones contra la intolerancia. En primer lugar, son regulaciones fundadas en el contenido de una expresión; ello, de entrada, comprometería el principio de

revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429555530003/html/index.html

30 TEDH. *Caso Handyside v. Reino Unido*, Aplicación N° 5493/72, 7 de diciembre de 1976.

31 TEDH. *Caso Nix v. Germany*, Aplicación N° 35285/16, 13 de marzo del 2018.

neutralidad estatal frente a las ideas. Por esta razón, hace falta la comprobación de un daño real y concreto –más allá de la expresión *per se*– como precondition de una restricción legítima del derecho. De lo contrario, la “justificación” para limitar podría encubrir una represalia por el contenido.

En segundo lugar debe evaluarse la aplicación de las regulaciones antintolerantes, ya que pueden ser instrumentalizadas para perseguir y silenciar voces disidentes o minoritarias. La idea originalmente se pensó para proteger la crítica al poder, pero nada obsta a que la crítica se extienda a grupos subordinados con el mismo objetivo de cuestionar al poder, si bien hay que reconocer que esto no justifica cualquier cosa y que lo ideal sería poder trazar una línea entre la crítica y la intolerancia. Es relevante, aun así, escuchar a quien piensa distinto y concederle algunas garantías. La intolerancia, en algunos contextos, podría ser síntoma de una desprotección de derechos o bienes por parte del Estado por cuya situación debería ser más inclusivo y mediador considerando que tendría múltiples víctimas, tanto oradores como grupos.

IV. Discurso intolerante y democracia abierta en la CADH

El constitucionalismo liberal de la posguerra trajo consigo dos modelos democráticos principales que, a continuación, se identifican a grandes rasgos. Estos modelos son la democracia abierta y la democracia militante. La diferencia principal entre ambos respecto de la expresión, es el valor moral *ab initio* que le conceden a la difusión de ideas en la sociedad. En la democracia abierta, se otorga igual valor moral y legitimidad política a este ejercicio, salvo excepciones justificadas. En la democracia

militante se apuesta *a priori* por una moralidad concreta en la que caben más restricciones al derecho, también limitadas.³²

Esta dicotomía se explica desde un sustrato filosófico: lo que parece motivar uno u otro modelo es el nivel de confianza que otorga a la razón en el debate público, cuestión –a su vez– íntimamente enlazada con condicionamientos históricos. La primera cree más en el libre mercado de ideas, en tanto que la segunda cree más en el correcto poder estatal. Para el liberalismo igualitario, la autonomía y el activismo estatal son ideas compatibles –y necesarias–.³³

Los desarrollos teóricos del SIDH en materia de libertad de expresión si bien no adhieren a un tipo de democracia, abrazan rasgos de la democracia abierta. En el SIDH, se reconoce una cobertura a favor de todas las expresiones con las garantías más generosas de los sistemas de derechos humanos. Y ello se fundamenta de una teoría de la democracia donde la expresión es clave y procura ser “al máximo posible”. Como postula la Corte IDH, la libertad de expresión es un vehículo –no un obstáculo– de una mejor sociedad.

Germán Teruel Lozano nos recuerda que democracia abierta no significa democracia neutra o indiferente axiológicamente. Esta “reconoce las libertades públicas en su mayor extensión, incluso las de los propios enemigos de la democracia, pero no neutral; es decir, que cuente con un orden de valores propio y que en ese compromiso esté dispuesta a actuar en promoción

32 Véase Alcácer Guirao, Rafael. “Víctimas y disidentes. El ‘discurso del odio’ en EE. UU. y Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 103, enero-abril 2015, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5028541.pdf>

33 Véase, por ejemplo, Nino, Carlos. “Liberalismo conservador: ¿liberal o conservador?”, en Roberto Gargarella y Marcelo Alegre (coordinadores). *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

de éstos, no desde la prohibición y la limitación sino desde el estímulo de políticas que realicen los valores democráticos”.³⁴ Esta democracia, según Lozano, puede ser complemento de un Estado liberal igualitario, alentado por la generación de las condiciones para garantizar la universalidad del derecho.

Así, un primer paso podría ser que el Estado asuma una posición normativa, *ab initio*, en relación con los contenidos intolerantes. En una democracia abierta, la intolerancia podría ser un contenido legítimo de la libertad de expresión, salvo excepciones justificadas. Esto conduciría hacia una delimitación normativa entre discursos intolerantes protegidos y discursos intolerantes no protegidos.

Este argumento va de la mano con otro. Se mandaría un misil directo a la libertad de expresión, si todo discurso “basado en la intolerancia” podría estar restringido. En sus últimas consecuencias podría confinarse la expresión en los parámetros de una moralidad particular, lo que suele emparentarse con idearios conservadores. Esto no solo contradeciría los principios de apertura, pluralismo y tolerancia de la libre expresión, sino que de hecho no se condeciría con las formas complejas de comunicación que desarrollan las sociedades.

Un segundo paso podría contestar cuáles serían las excepciones normativas, los discursos no protegidos. Una, como ya se observó, son los discursos de odio que incitan a la violencia (artículo 13, numeral 5, de la CADH). La otra, a mi juicio, podría construirse a partir de una combinación de los elementos de intención, gravedad y efectividad, bajo un

34 Teruel Lozano, German. “Libertad de expresión y discursos de odio en países democráticos”, en *Dfensor*, Revista mensual de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, N° 2, Año XV, febrero 2017, México, https://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/05/dfensor_02_2017.pdf

test menos exigente que el anterior pero que sí exija –cuando menos– la comprobación particular y suficiente de un daño real y concreto, intencional y grave. Entre todos los discursos intolerantes, en principio amparados, solo aquellos que alcancen superarlo podrían sancionarse.

Algunos estándares permiten valorar el test de esta segunda excepción, a la luz del Plan de Acción de Rabat de la Organización de las Naciones Unidas. Así, la intencionalidad puede derivar de la preponderancia de dañar según el tipo de lenguaje en el contexto de la audiencia destinataria, la forma y estilo del discurso, el contexto social y político. Además, la gravedad que puede guardar relación con el análisis de la situación de la víctima y el grupo al que pertenece, junto al impacto que le genera el discurso, para lo cual serviría apreciar un contexto previo ofensivo, discriminatorio u hostil contra el grupo en particular; la condición de la víctima (en especial, estatus socio-económico y posibilidades reales de ejercer sus derechos); extensión y alcance del discurso; y la efectividad que precisa probar un daño cierto, particular, no especulativo ni abstracto.

Habrán contextos donde el Estado no solo goce de una potestad, sino también de un mandato democrático para intervenir. En contextos de ideas intolerantes como práctica sistemática contra ciertos grupos o en casos donde se pueda demostrar el efecto silenciamiento de algunas voces como alega Owen Fiss,³⁵ el Estado podría actuar razonablemente y restringir los discursos. Pero incluso en estos casos se puede argüir que el Estado ha fallado en la universalización de la libre expresión y en otras

35 Fiss, Owen. *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 1, 2 y 31; cfr. Fiss, Owen. *Libertad de expresión y estructura social*, traducción de Jorge F. Malem Seña, primera edición, México D. F., Distribuciones Fontamara S. A., 1997, pp. 17 a 28.

obligaciones. De modo que, ante la restricción, debería ser limitado; ante la prevención y facilitación, debería ampliar su actuación.

En cuanto a si pueden existir discursos intolerantes de interés público, la respuesta es: depende. En la propuesta del presente texto se reconocen discursos intolerantes protegidos y otros no. Podrá haber discursos de interés público en la medida en que, aunque sean intolerantes, estén vinculados principalmente a una cuestión general a la que la sociedad tenga derecho a informarse. En esos casos, el interés público debe operar como criterio relevante de ponderación.

Se podría dar un tercer paso con esta propuesta. En determinados contextos es dable esperar una mayor necesidad de información y debate público de la sociedad. ¿Qué pasaría si en medio de un debate público sobre una ley de cuota a favor de un grupo, aparecen discursos intolerantes? ¿O si en el contexto de una reunión pacífica de grupos radicales, se profieren discursos intolerantes? Otra línea de estudio tiene que ver con la relación entre protesta, democracia y grupos, lo que puede plantearse en el espacio físico o digital.

Estos contextos exigen al Estado el deber de contextualizar la discusión de la regulación en su real complejidad y mantener una racionalidad normativa, pues así como debe tutelar a grupos subordinados también debe proteger que las expresiones intolerantes en estos contextos puedan valorarse como parte del derecho a la participación democrática, que es lo que argumenta Robert Post³⁶.

36 Robert Post, “Racist Speech, Democracy...”

V. Conclusiones

El marco de libertad de expresión del SIDH, nutrido de una idea robusta del derecho, está dirigido a que los Estados prioricen un enfoque social del problema de la intolerancia y reserven medidas legales limitadas a los casos más extremos. Incluso en internet, donde la apuesta es hacia la autorregulación y la alfabetización digital para proteger los derechos humanos.

En nuestro continente, los Estados no deben adherirse a esquemas más restrictivos como en Europa y deben –en su lugar– desarrollar una regulación autóctona que conjugue algún tipo de libre mercado de ideas y activismo estatal en la garantía universal de la libertad de expresión. En este sentido las interpretaciones deben hacerse a la luz de las propias ideas de la CADH.

El método sugerido para equilibrar la tensión libertad de expresión-discriminación para discursos no violentos – físicamente– es mediante la delimitación entre categorías de intolerancia protegidas y no protegidas. El test del daño real, intencional y grave intenta componerse de elementos equitativos a ambos lados de la ecuación: el orador y el oyente-grupo. Su objetivo es racionalizar la actividad jurisdiccional del Estado, ya que el discurso intolerante puede significar cualquier cosa y restringir todo, o incluso excesivamente.

En definitiva, el quid del asunto es generar una teoría de la libertad de expresión, anclada en una lectura armónica de los artículos 13, 24 y 1, numeral1, de la CADH para atacar el fenómeno de la intolerancia, incluyendo una expresión concreta que son los discursos. Hace falta esfuerzos concretos en ese camino.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(Composición 2019)

- Presidencia Honoraria

Thomas Buergenthal

Sonia Picado

Pedro Nikken

Claudio Grossman

Presidente

Mónica Pinto

Vicepresidenta

Wendy Singh

Vicepresidenta

Carlos M. Ayala Corao

Lloyd G. Barnett

Eduardo Bertoni

Allan Brewer-Carías

Antonio A. Cançado Trindade

Santiago A. Cantón

Douglass Cassel

Margaret Crahan

Héctor Fix-Zamudio

Robert K. Goldman

María Elena Martínez Salgueiro

Juan E. Méndez

Elizabeth Odio Benito

Nina Pacari

Carlos Portales

Víctor Manuel Rodríguez Rescia

Hernán Salgado Pesantes

Fabían Salvioli

Mark Ungar

José Antonio Viera Gallo

Renato Zerbini Ribeiro Leao

José Thompson J.

Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Esmeralda Arosemena de Troitiño
Joel Hernández García
Antonia Urrejola Noguera
Margarette May Macaulay
Francisco José Eguiguren Praeli
Luis Ernesto Vargas Silva
Flávia Piovesan

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Presidente;
Eduardo Vio Grossi, Vicepresidente;
Ricardo Pérez Manrique
Humberto Antonio Sierra Porto;
Elizabeth Odio Benito;
Eugenio Raúl Zaffaroni
Leoncio Patricio Pazmiño Freire.

REVISTA IIDH

La Revista IIDH es una publicación semestral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos