

Henríquez C., Tomás

Habla ahora o calla (forzosamente) para siempre: las convenciones en contra de toda forma de discriminación e intolerancia y su amenaza a la libertad de expresión en los Estados Americanos

Speak now or shut up (necessarily) forever: the convention against all forms of discrimination and intolerance and its threat to freedom of expression in the American States

Prudentia Iuris N° 80, 2015

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Henríquez C., Tomás. (2015). Habla ahora o calla (forzosamente) para siempre : las convenciones en contra de toda forma de discriminación e intolerancia y su amenaza a la libertad de expresión en los Estados Americanos [en línea], *Prudentia Iuris*, 80. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/habla-ahora-calla-convenciones-henriquez.pdf> [Fecha de consulta:.....]

HABLA AHORA O CALLA (FORZOSAMENTE) PARA SIEMPRE: LAS CONVENCIONES EN CONTRA DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN E INTOLERANCIA Y SU AMENAZA A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LOS ESTADOS AMERICANOS

Speak now or shut up (necessarily) forever: the Convention against all forms of discrimination and intolerance and its threat to Freedom of Expression in the American States

Tomás Henríquez C.*

Introducción

En junio de 2013, la Organización de Estados Americanos (en adelante, la “OEA”) adoptó las Convenciones Interamericanas en Contra del Racismo, la Discriminación Racial y Todas las Formas Relacionadas de Intolerancia (en adelante, “CCDI”)¹. Entre otras cosas, estos nuevos instrumentos –que al tiempo de escribir estas líneas no han sido ratificados por ningún Estado de la región²– tendrán el

* Abogado. Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. LL.M. en Derecho Internacional Público y Certificado en Derechos Humanos, Georgetown University. Becario Fulbright. Director Ejecutivo de Corporación Comunidad y Justicia. Correo electrónico: tomas.henriquez@fulbrightmail.org. El autor agradece los valiosos comentarios prestados por Álvaro Paúl y Ligia de Jesús.

1 Organización de Estados Americanos. (2013). *Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*, adoptada en el Cuadragésimo Tercer Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General, junio 5, 2013, disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.asp; y Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Otras Formas Conexas de Intolerancia, disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo.asp.

En lo sucesivo, el ensayo se refiere específicamente a la Convención Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, salvo expresión en contrario. A pesar de que ambas convenciones contienen prácticamente el mismo articulado, ésta se destaca por su extenso listado de llamadas “categorías sospechosas” de discriminación contenidas en el art. 1.1.

2 Al tiempo de escribir estas líneas, la Convención A-68 Contra el Racismo, Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia ha sido firmada por diez Estados miembros de la OEA. Organización de Estados Americanos (2015). “Estado de Firmas y Ratificaciones - Convención Interamericana Contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia”. En http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo_firmas.asp; y la Convención A-69 ha sido suscrita por ocho Estados miembros de la OEA. Organización de Estados Americanos (2015). “Estado de Firmas y Ratificaciones - Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia”. En http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp.

efecto de ampliar enormemente la extensión de las llamadas categorías prohibidas de discriminación más allá de lo que hoy existe en los tratados vigentes que tocan la materia, además de crear un amplio rango de nuevas obligaciones y deberes para los Estados partes en el sentido de promover la igualdad y eliminar la discriminación y la intolerancia.

Aún cuando existen múltiples aspectos de esta convención que son susceptibles de ser criticados desde una perspectiva jurídica y de política pública³, este ensayo lidia exclusivamente con la cuestión de la novel definición legal de la “intolerancia” como un acto o expresión prohibida, y con los deberes que asumirán los Estados en relación con la misma⁴.

El argumento central de este trabajo es que la definición de la intolerancia y los deberes del Estado en combatirla –en ambas convenciones– tendrán el efecto de alterar fundamentalmente el contenido y la protección de la libertad de expresión y opinión en cuanto ha sido conocida y protegida por la Convención Americana de Derechos Humanos (la “Convención Americana”) y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (el “Sistema de Protección”).

Al analizar las convenciones propuestas en los estándares delineados por los

www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas. Ninguna de las dos ha sido ratificada por los Estados de la región.

3 Aquí podemos mencionar sólo algunos. Tal y como hiciera ver la delegación canadiense, la convención genera un potencial conflicto con múltiples libertades además de la libertad de expresión, incluyendo la libertad religiosa, de asociación y el derecho a educar a los hijos conforme a las propias convicciones morales, éticas y religiosas. La decisión de los negociadores de establecer un umbral de apenas dos ratificaciones para la entrada en vigencia del tratado –de conformidad con el art. 20– es ridículamente baja, sin que refleje un acuerdo amplio entre los Estados Americanos en torno a los temas tratados por el instrumento, ni justifica que pase en ese momento a engrosar el corpus jurídico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tal vez la propuesta más radical de todas es la contenida en el art. 4.viii, que involucra una consagración de texto expreso de una especie de “control de convencionalidad”. Dicha disposición exige a los Estados prohibir cualquiera restricción discriminatoria, no sólo de los Derechos Humanos consagrados en instrumentos internacionales, sino que también de aquellos “consagrados [...] en la jurisprudencia de las Cortes Internacionales y Regionales de Derechos Humanos” (el destacado es nuestro) y, en especial, aquellos aplicables a minorías. En otras palabras, esta cláusula le otorgará a los tribunales internacionales un rol legislativo propiamente tal, en cuanto podrán reconocer/crear/descubrir derechos que se volverán, a través de este artículo, vinculantes para los Estados partes de esta convención. Además se debe notar que el texto del artículo no se limita sólo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y es posible que por ello se entienda comprendida también la jurisprudencia de la Corte Europea y la Africana de Derechos Humanos, que deciden y adjudican en base a un ordenamiento jurídico y circunstancias jurídico-políticas distintas a las de América.

4 Es cierto que existen diversos instrumentos que en el pasado se han referido a la intolerancia. Sin embargo, es del caso que ninguna resolución, declaración o instrumento jurídicamente vinculante han intentado definir la intolerancia como un concepto legal. Lo más cercano a esto es la Declaración de Principios sobre la Tolerancia de la UNESCO, con fecha de 1995, que en cualquier caso se abocó a definir la tolerancia en forma positiva, más que la intolerancia. Ver: UNESCO (1995). “Declaration of Principles on Tolerance”. En http://www.unesco.org/webworld/peace_library/UNESCO/HRIGHTS/124-129.HTM; Ver, también, Naciones Unidas (1981). “A/RES/36/55. Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief”. En <http://www.un.org/documents/ga/res/36/a36r055.htm>, la que consideraba la “intolerancia y discriminación” como una sola acción y adoptó un lenguaje comúnmente utilizado para la conceptualización de la discriminación; Naciones Unidas (2001). “UN World Conference Against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance: Declaration and Programme of Action. UN Doc. A/CONF.189/5”; Consejo de Europa (2007). “ECRI General Policy Recommendation No. 11, on Combating Racism and Racial Discrimination in Policing. COE Doc. CRI”.

organismos del sistema, a lo largo del tiempo, se vuelve claro que estas propuestas jamás resistirían un juicio de convencionalidad⁵ si fueran adoptadas como normas de la legislación doméstica de cualquiera de los Estados Americanos, pues infringirían el núcleo mismo del derecho a la libertad de expresión.

El trabajo se encuentra dividido en tres secciones. En la primera parte, se pasará de forma breve la historia legislativa de las convenciones en comento, a fin de ilustrar para el lector las preocupaciones expresadas por los Estados negociadores sobre el impacto que estos instrumentos tendrían en la libertad de expresión, y el hecho de que ellas fueron completamente ignoradas a lo largo del proceso.

La segunda sección realiza un ejercicio interpretativo de la CCDI y muestra en forma prospectiva cómo ella se habrá de aplicar en los Estados que se hagan parte de la misma, demostrando la manera en que sus disposiciones transgredirán de forma directa el núcleo fundamental de la libertad de expresión, como ha sido entendido y desarrollado por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La tercera y última parte desarrolla la manera en que las nuevas convenciones interactuarán con la Convención Americana, mostrando el modo en que su vigencia alteraría fundamentalmente el derecho humano básico de la libertad de expresión, en cuanto reconocido y protegido hasta hoy, y lo que esto significaría para el proyecto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en su conjunto.

I. Antecedentes de las convenciones y los desacuerdos respecto de su creación

La Asamblea General de la OEA (la “Asamblea”) adoptó, en el año 2000, por primera vez, una resolución en la que llamó a la Comisión Permanente de Asuntos Políticos y Jurídicos (la “Comisión Permanente”) a “considerar la necesidad” de redactar un instrumento para “prevenir, sancionar y erradicar el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia”⁶. Esta primera resolución se constituyó en el mandato para que la Comisión Permanente analizara si existía voluntad política por parte de los Estados Americanos para crear tal instrumento.

A través de la Resolución No. 1774⁷, la Asamblea General instruyó a su vez al Comité Jurídico Interamericano (el “Comité Jurídico”) para que realizara un borrador de análisis sobre la cuestión de la discriminación en el Derecho Internacional, en apoyo al trabajo que ya había sido previamente encomendando al Comité Permanente. Este análisis debía de tomar en consideración las respuestas proporcionadas

5 Me refiero en este caso a la adecuación de la norma jurídica a la Convención Americana en el sentido análogo al juicio de adecuación entre cualquier norma de Derecho Interno y el texto Constitucional.

6 Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (2000). “AG/RES. 1712 (XXX-O/00), Elaboración de un Proyecto de Convención Interamericana Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia”, 2. En http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_1712_XXX-O-00.pdf.

7 Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (2001). AG/RES. 1774 (XXXI-O/01), “Elaboración de un Proyecto de Convención Interamericana Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia”. En http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_1774_%28XXXI-O-01%29.htm.

por los Estados al cuestionario remitido previamente por la Comisión Permanente⁸, con el fin de recibir sus opiniones y puntos de vista sobre la materia.

Los Estados Unidos de América –de forma poco sorprendente, dada su aproximación general aislacionista al Derecho Internacional– fueron enfáticos en señalar que no consideraban necesario crear una nueva convención y que la OEA debería en vez concentrarse en la ejecución efectiva de los instrumentos ya existentes en la materia⁹. Esta posición fue respaldada en forma similar por los representantes de Antigua y Barbuda¹⁰. Es notable que tan solo trece Estados de toda la región dieron respuesta al cuestionario referido, y que de ellos sólo once afirmaron considerar como meritoria la idea de generar esta nueva convención¹¹.

Las conclusiones que el Comité Jurídico remitió a la Comisión Permanente rezan en parte que “[...] no es aconsejable acometer la empresa de negociar y concluir una convención general para prevenir, sancionar y erradicar el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia, en la medida en que podría ser redundante, produciría superposiciones suscitando consecuentemente serios e inevitables problemas de interpretación, y generaría dudas y confusión en la determinación de cuáles serían las obligaciones y los derechos de los Estados que fueran parte de las convenciones anteriores y de la nueva convención [...]”¹².

Con respecto a la definición de intolerancia, las propuestas preliminares para la convención atravesaron tres etapas distintivas. Una cuestión que resulta ser notoria a lo largo del proceso de negociaciones es la exigua atención que se le prestó a la definición del término durante los ocho años que demoró el mismo. Esto es especialmente preocupante tomando en consideración que la prohibición y erradicación de la intolerancia es uno de los elementos centrales de la propuesta y se encuentra directamente vinculado a los deberes de los Estados de prohibir y castigar las expresiones de intolerancia.

En definitiva, las inquietudes o los reparos respecto de la vaguedad y extensión de la definición propuesta y de los potenciales conflictos entre el castigo de la intolerancia y el ejercicio de la libertad de expresión fueron manifestados por tan

8 Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos OEA (2001). “Preparation of a Draft Inter-American Convention against Racism and All Forms of Discrimination and Intolerance (Background and Questionnaire) (Document Prepared by the Department of International Law of the Secretariat for Legal Affairs). OEA/Ser.G CP/CAJP-1687/00 rev. 2”. En http://scm.oas.org/doc_public/ENGLISH/HIST_01/CP07840E07.doc.

9 Departamento de Derecho Internacional de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos OEA (2001). “Elaboración de un proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Estudio del tema en el sistema interamericano y en otros sistemas internacionales. SG/SLA DDI/doc.6/001”, 10. En <http://www.oas.org/consejo/sp/cajp/docs/DDI%20doc6.esp.%20Cuestionario%20y%20otros.doc>.

10 Ídem, 4.

11 Departamento de Derecho Internacional de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos OEA (2001). “Elaboración de un proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Estudio del tema en el sistema interamericano y en otros sistemas internacionales. SG/SLA DDI/doc.6/001”.

12 Comité Jurídico Interamericano OEA (2002). “Elaboración de un proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. Informe del CJI (Relator: Dr. Felipe H. Paolillo). OEA/Ser.Q CJI/doc.80/02 rev. 3”, 12. En <http://www.oas.org/consejo/sp/cajp/docs/DDI%20Opinion%20CJI.esp.doc>.

sólo un puñado de Estados y organizaciones de la sociedad civil, y no parecen haber sido considerados en lo absoluto por el Grupo de Trabajo de Redacción (el “Grupo de Trabajo”) o por el resto de las partes del proceso de negociación. Los *travaux préparatoires* muestran que múltiples Estados solicitaron en distintas etapas del proceso que se recibiera la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la “Comisión”) sobre el potencial conflicto entre la libertad de expresión y la prohibición de la intolerancia a fin de considerarla al tiempo de adoptar definitivamente el concepto a consagrar en la convención. Sin embargo, no existe registro alguno que muestre que el Grupo de Trabajo recibió, ni mucho menos consideró, las nociones de la Comisión sobre el asunto.

1.1. Primer borrador y las objeciones canadienses

El Grupo de Trabajo adoptó un primer borrador de la definición de intolerancia en abril del año 2006, luego de la ronda preliminar de consultas con los Estados. Este señala que “actos o manifestaciones de intolerancia son aquellos que expresan irrespeto, rechazo o desprecio por la dignidad humana y por la riqueza y diversidad de las culturas del mundo y los modos de expresar las cualidades de los seres humanos”¹³.

La respuesta (o más bien, la falta de la misma) por parte de los Estados negociadores a esta propuesta no contribuye a elucidar sus impresiones al respecto. Si acaso existían reparos o dudas sobre su adecuación o utilidad, los *travaux préparatoires* no lo demuestran. La única aprensión registrada oficialmente es aquella expresada por la delegación de Argentina, la cual señala que “la propuesta noción de intolerancia del art. 1º, párrafo 5, es tan amplia que puede comprender actos delictivos y otros discriminatorios que no lo son”¹⁴. De esta breve objeción se colige que, al menos para la Argentina, se encontraba ya latente en esta primera etapa la preocupación por el riesgo de extenderse indebidamente al punto de sancionar actos que no debieran recibir castigo¹⁵.

Aún cuando los registros oficiales no individualizan a otros Estados manifestando inquietudes sobre la materia, los sucesivos informes consolidados preparados por el Grupo de Trabajo respecto de los borradores sí contienen una anotación en referencia a las preocupaciones expresadas por “algunas delegaciones”¹⁶ y sugieren

13 Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos OEA (2006). “Anteproyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia”, propuesta de art. 1.5.

14 Misión Permanente de la República Argentina (2006). “Comentarios de los Estados Miembros al anteproyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-31/06”, 5, Comentario N° 12. En scm.oas.org/doc_public/.../HIST.../CP17076S06.doc.

15 Aunque la breve objeción Argentina tampoco señala con qué criterio los actos han de ser criminalizados. En definitiva, plantea más dudas que respuestas.

16 Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos OEA (2007). “Anteproyecto de Convención Interamericana Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia. OEA/Ser.G CP/CAJP-2357/06 rev. 7”, 8. En http://scm.oas.org/doc_public/SPANISH/HIST_07/CP18368S04.doc. Esta versión corresponde al primer borrador con anotaciones a partir de los comentarios hechos por los Estados durante la primera ronda de discusiones.

que el problema planteado por la definición de intolerancia y sus antecedentes ha de ser sometido a consulta con la Oficina de Derecho Internacional. No existe, sin embargo, registro alguno de que dicha consulta se haya realizado o de un pronunciamiento por parte de la antedicha oficina.

Los comentarios oficiales de la delegación canadiense son particularmente iluminadores respecto de los reparos a los cuales hacemos referencia. Desde un inicio Canadá se opuso consistentemente a la inclusión de una definición de intolerancia en el borrador de la convención. Sus comentarios y propuestas durante el proceso muestran una preocupación específica sobre el conflicto que se generaría entre la propuesta y los instrumentos de Derechos Humanos existentes y en vigencia.

A inicios del año 2008 el Grupo de Trabajo había preparado una borrador consolidado que incorporaba los comentarios y las recomendaciones realizados por los Estados a la primera versión. Por ese entonces, Canadá abogaba por la eliminación del término “intolerancia” como un concepto operativo. Discutiendo el otrora art. 5º –que luego terminaría consagrado oficialmente como el actual art. 4º de la CCDI, relativo a los deberes y obligaciones del Estado–, Canadá propuso la inclusión de una nueva cláusula en la cual la identificación de los actos discriminatorios y las medidas de respuesta apropiadas debían de adoptarse “tomando en consideración los Derechos Humanos y libertades fundamentales”¹⁷. Los pies de página del Informe de Comentarios de Canadá claramente ilustran sus aprensiones al marco jurídico propuesto, que favorecía la prohibición por sobre otros posibles medios de combate a la discriminación e intolerancia¹⁸. Canadá sostuvo que la razón de ser de la nueva cláusula que proponía era el “asegurar que toda las medidas adoptadas sean consistentes con las demás obligaciones de Derechos Humanos del Estado”¹⁹.

En referencia a la propuesta de art. 5.i²⁰ –que luego se convertiría en el actual art. 4.i–, Canadá comentó en forma negativa su contenido y sugirió reescribir gran parte del mismo, pues “las extensivas limitaciones que se exigen mediante este párrafo podrían llevar a una colisión con otros Derechos Humanos, incluyendo la libertad de expresión (y en algunos casos la libertad de religión) [...] ¿Qué queda de las visiones personales al efecto?”²¹

Aún más, Canadá realizó una observación general de que la Convención no debía contemplar el concepto de “actividades privadas” en el sentido en el cual estaba siendo utilizado en el proyecto, pues “su alcance es demasiado amplio y podría

17 Misión Permanente de Canadá (2008). “Comments of the Permanent Mission of Canada on the Consolidated Text of the ‘Draft Inter-American Convention against Racism and All Forms of Discrimination and Intolerance’”. OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-71/08”, 1. En <http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=CAJP/GT/RDI&classNum=71&lang=e> (todas las traducciones del inglés son del autor).

18 *Ibidem*, 2, nota ii.

19 *Ibidem*, nota ii.

20 *Ídem*, citando el texto consolidado del borrador de la convención, “[...] para los efectos de esta Convención, y basados en las definiciones del artículo precedente y en los criterios establecidos en el art. 1.1, las siguientes son algunas de las medidas o prácticas que deben ser calificadas como discriminatorias y prohibidas por el Estado: (i) Apoyo público o privado entregado a actividades racistas y discriminatorias; o que promueven la intolerancia, incluyendo el financiamiento de las mismas”. Canadá sugirió enmendar dicha cláusula para prohibir únicamente el financiamiento estatal de actividades discriminatorias ilícitas.

21 *Ibidem*, 3, nota iii.

interpretarse como aceptando, e incluso exigiendo, acción gubernamental que iría mucho más allá de la protección de las personas de actos discriminatorios y sus consecuencias, infringiendo las garantías de la libertad de expresión y de creencias, además de aumentar el rol del gobierno en las vidas privadas de las personas a niveles inaceptables”²².

Las preocupaciones canadienses fueron manifestadas infructuosamente, como se ve reflejado en la versión final de la CCDI que surgió del proceso de negociación. La falta de recepción a sus sugerencias e inquietudes llevó a la decisión canadiense de retirarse oficialmente del proceso de negociaciones en noviembre de 2010. Al notificar su decisión, Canadá la justificó en base a su “subsistente inquietud en cuanto muchas de las disposiciones del proyecto podrían socavar o ser incompatibles con la protección internacional de los Derechos Humanos como la libertad de pensamiento, creencia y expresión”²³.

1.2. Segunda versión luego del período 2007-2008

Para mayo de 2008, los borradores del tratado habían pasado por una serie de modificaciones propiciadas por los comentarios emitidos por las delegaciones oficiales de los Estados y las organizaciones de la sociedad civil. Sin embargo, el concepto original de intolerancia incorporado en el borrador preliminar se mantenía casi sin alteraciones. Así, la segunda versión de la definición de intolerancia señalaba que ella “es el conjunto de los actos o manifestaciones que expresan irrespeto, rechazo o desprecio por la dignidad de los seres humanos, la rica diversidad de las culturas del mundo, la religión, la ideología, las tradiciones y las formas de expresión, cualidad y modos de ser humanos”²⁴.

Como hemos visto, en aquél entonces Canadá había solicitado la eliminación del concepto en su totalidad, y sólo algunas delegaciones no identificadas habían expresado su inquietud de que “las limitaciones en este artículo pueden ser consideradas como restrictivas de la libertad de expresión”²⁵.

En enero de 2009, el Grupo de Trabajo recibió a Ariel Dulitzky –otrora Secretario Ejecutivo Adjunto de la Comisión–, quien ofreció sus comentarios sobre el documento de trabajo. En cuanto a las definiciones del proyecto, Dulitzky advirtió que si se tomaba la decisión de mantener la definición propuesta hasta entonces, “se requiere un mayor esfuerzo conceptual para otorgarle contenido específico y no

²² *Ibidem*, 4, nota (*).

²³ Misión Permanente de Canadá (2010). “Note by the Permanent Mission of Canada Withdrawing From the Negotiations on the Draft Inter-American Convention against Racism and All Forms of Discrimination and Intolerance. OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI/ONF. 21/10”, 1. En <http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=CAJP/GT/RDI/INF&classNum=21&lang=e>.

²⁴ Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos OEA (2008). “Actividades del Grupo de Trabajo Durante el Período 2007-2008 (Informe de la Presidencia ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos). OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-82/08”, 14. En <http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=CAJP/GT/RDI-&classNum=82&lang=s>.

²⁵ *Ibidem*, 14.

transformarlo en un concepto omnicomprendivo que devenga en la prohibición de muchos comportamientos legítimos en sociedades democráticas²⁶, en que el disenso político terminaría siendo una forma prohibida de intolerancia.

De forma similar, y en referencia a la misma definición de intolerancia del documento de trabajo, el Comité Jurídico emitió su dictamen sobre la cuestión mediante una nota escrita dirigida al Grupo de Trabajo en marzo de 2010. En ella el Comité Jurídico hizo eco de la crítica de Dulitzky en el sentido de que la definición propuesta era “demasiado amplia, pudiendo dar lugar a que se comprenda en ella al disenso, que es más bien una característica de cualquier sistema democrático”²⁷.

Estas observaciones fueron las primeras y más frontales críticas hechas a la propuesta hasta entonces. La preocupación era evidente. Como hemos dicho, la prohibición de la intolerancia sin duda implicaría un choque con el ejercicio de la libertad de expresión y posiblemente respecto de otras libertades. Y sin embargo, confrontados directamente con estas advertencias, el Grupo de Trabajo y los Estados negociadores no sólo rehusaron dar pie atrás sino que optaron por avanzar hacia una tercera versión que en cuanto su contenido resultaba ser aún más restrictiva de la libertad de expresión.

1.3. Versión final del concepto de intolerancia

Aunque no tiene relación directa con nuestro tópico de discusión, ha de notarse que para 2010 las negociaciones habían llegado a un punto muerto. El asunto más contencioso de las tratativas consistía en el contenido y alcance del art. 1º del proyecto con respecto de las categorías prohibidas o sospechosas de discriminación que serían incluidas en el instrumento final, sin que existiera posibilidad de acuerdo entre los Estados. Es por esta razón que Antigua y Barbuda elevó una moción en la cual el proyecto de convención existente hasta entonces sería separado en dos instrumentos diferentes: una convención enfocada en el combate del racismo y la discriminación racial y un protocolo adicional enfocado en la discriminación y todas las formas de intolerancia. Así, los Estados negociadores adoptaron la decisión de dividir el proyecto, lo que devino en la adopción de las dos convenciones hermanas²⁸.

26 Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos OEA (2009). “Analysis of and Commentary on the Draft Inter-American Convention Against Racism and All Forms of Discrimination and Intolerance. Dr. Ariel E. Dulitzky. OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-108/09”, 4. En http://www.oas.org/dil/esp/XXXVII_Curso_analisis_CAJP-GT-RDI_108-09_eng_Diego_Moreno.pdf, (la traducción del inglés es del autor).

27 Comité Jurídico Interamericano OEA (2010). “Comentarios al Proyecto de Convención Interamericana Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (presentado por el doctor Fabián Novak Talavera). CoimeOEA/Ser.Q CJI/doc.339/09 rev. 2”, 2, párr. 3. En http://www.oas.org/cji/CJI_doc_339-09_rev2.pdf.

28 Ver Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos OEA (2011). “Activities of the Working Group During the Period 2010-2011 (Report of the Chair, Presented to the Committee on Juridical and Political Affairs at the Meeting of May 3, 2011). OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-175/11 Rev. 5”. En http://www.oas.org/dil/CAJP-GT-RDI-175-11_rev5_eng.pdf.

Aunque los documentos oficiales no reflejan la naturaleza del desacuerdo, algunos comentaristas han afirmado que el *impasse* fue alcanzado debido a la inclusión de los conceptos de “orientación sexual” e

En abril de 2012, cerca de un año antes de la adopción definitiva de las convenciones, el Grupo de Trabajo continuó su avance en la preparación de los proyectos mediante “reuniones informales” sostenidas en Washington, D.C. En aquel entonces, la definición de intolerancia se mantenía sin cambios desde la versión anterior adoptada en 2008²⁹, y los representantes de México, una vez más, hicieron hincapié en que las delegaciones estaban a la espera de un pronunciamiento de parte de la Comisión respecto de los alcances de la libertad de expresión y cómo ella encajaba en torno a este proyecto³⁰.

Para marzo de 2013, la delegación mexicana había presentado su enmienda final, la que se convertiría en el texto definitivo de la definición de intolerancia consagrada en la CCDI. La propuesta consideraba la intolerancia no sólo como el irrespeto, rechazo o desprecio por la dignidad de los seres humanos, sino también por sus “características, convicciones u opiniones”. Esta versión sería finalmente aceptada y acordada por todos los Estados negociadores en abril de 2013³¹.

El proceso de negociación llegó a su fin luego de ocho años con la adopción de las convenciones hermanas en junio de 2013 por parte de la Asamblea General de la OEA. Como hemos visto, a través de este breve recuento existieron múltiples instancias en las cuales los redactores fueron advertidos, tanto por los Estados involucrados en las negociaciones como por terceras partes independientes, de que existían serios reparos respecto del inminente conflicto entre la prohibición de la intolerancia y el ejercicio de la libertad de expresión.

Llama la atención que, a menos de un año de la finalización del proceso, y siete años dentro del mismo, el Grupo de Trabajo aún se mantenía a la espera de un pronunciamiento de parte de la Comisión sobre la pregunta de si la nueva convención sería compatible con los demás instrumentos de Derechos Humanos existentes. No obstante, el Grupo de Trabajo ignoró estas inquietudes y empujó hacia la adopción de una definición final que terminó siendo más restrictiva que todas las versiones anteriores.

“identidad y expresión de género” como categorías prohibidas de discriminación. Los Estados que componen la Comunidad del Caribe (CARICOM, conforme a sus siglas en inglés) no estaban abiertos a apoyar la inclusión de estas categorías debido a la falta de consenso sobre las cuestiones vinculadas a la homosexualidad en sus respectivos países, por lo que se opusieron persistentemente a lo largo de las negociaciones. Ver Raouf, A. (2013). “The Inter-American Anti-Discrimination Conventions and the Concealed Challenges Ahead”. Oxford Human Rights Hub. En <http://ohrh.law.ox.ac.uk/the-inter-american-anti-discrimination-conventions-and-the-concealed-challenges-ahead/>.

29 Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos OEA (2008). “Actividades del Grupo de Trabajo Durante el Período 2007-2008 (Informe de la Presidencia ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos). OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-82/08”, *supra* nota 25.

30 No tenemos conocimiento de si la Comisión alguna vez se pronunció al respecto, pero si acaso existe, dicho pronunciamiento no se encuentra disponible junto con el resto de la documentación publicada sobre el proceso de negociaciones. Ver Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos OEA (2012). “Informe de la Reunión Informal del Grupo de Trabajo Encargado de elaborar un Proyecto de Convención Interamericana (sic) sobre el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia celebrada el 2 de abril de 2012 (presentado por la Vicepresidencia del Grupo de Trabajo). OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI/INF. 25/12”, 2. En <http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=CAJP/GT/RDI/INF&classNum=25&lang=s>.

31 Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos OEA (2013). “Proyecto de Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (presentado por la Presidencia y acordado en la sesión celebrada el 24 de abril de 2013). OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-180/ Rev. 17”, 4. En <http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=CAJP/GT/RDI-&classNum=180&lang=s>.

1.4. Prohibición de acciones y expresiones de intolerancia: ¿legítimas restricciones de la libertad de expresión?

Pareciera ser que la mayoría de los Estados involucrados en la negociación estaban a favor de la inclusión de la intolerancia como una acción o manifestación prohibida por la convención³², o eran al menos indiferentes o ajenos a sus potenciales efectos. Los trabajos preparatorios no dan testimonio de ningún Estado que haya defendido la propuesta ante las críticas expresadas a lo largo del proceso. Según entendemos, la única organización que registró una defensa formal de la definición de intolerancia como un acto o expresión prohibida en la CCDI fue el Instituto Interamericano para los Derechos Humanos (el “IIDH”), una institución con base en Costa Rica y con lazos directos a la Corte y la Comisión, en cuanto estas dos instituciones forman parte de su asamblea general de miembros.

El IIDH formuló un extenso comentario sobre el documento de trabajo y la segunda versión de la definición de intolerancia adoptada en 2008³³. El comentario reconocía que el concepto tenía una extensión tal que la haría difícil de implementar; que el racismo y discriminación podrían expresar o ser ellos mismos manifestaciones de intolerancia; y que sería preferible que, en vez de intentar conceptualizar la intolerancia, la convención se enfocara en reprimir manifestaciones específicas denominadas *a priori* como intolerantes³⁴.

Más importante aún, el IIDH defendió que la prohibición de las manifestaciones de intolerancia no constituiría una restricción ilegítima de la libertad de expresión dado que ellas caerían dentro de lo previsto en el art. 13.5 de la Convención Americana³⁵ y que “la expresión ‘cualquier otra acción (ilícita)’ encontrada en la Convención ampliaría el alcance de este estándar y trascendería cualquier apología, extendiéndose a otras manifestaciones”³⁶.

¿Tiene razón el IIDH? ¿Es correcto su juicio respecto de la relación entre la

32 Por ejemplo, la delegación mexicana apoyó su incorporación y consideraba indispensable lograr una adecuada definición del término puesto que no existía precedente alguno en el marco de las Naciones Unidas y consideraba que su inclusión podría constituir una contribución “de alto nivel” de parte del Sistema Interamericano al Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos. Ver Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos OEA (2008). “Informe Final de la Sesión Especial del Grupo de Trabajo Encargado de elaborar un Proyecto de Convención Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (documento preparado por el Departamento de Derecho Internacional). OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-104/08 corr. 1”, 5–6. En <http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=CAJP/GT/RDI-&classNum=104&lang=s>.

33 Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos OEA (2008). “Actividades del Grupo de Trabajo Durante el Período 2007-2008 (Informe de la Presidencia ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos). OEA/Ser.G CAJP/GT/ RDI-82/08”, *supra* nota 25.

34 Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008). “Draft Inter-American Convention against Racism and All Forms of Discrimination and Intolerance. Comments, Suggestions and Recommendations. Working Document. OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI/INF. 8/08”, 17. En <http://scm.oas.org/pdfs/2008/CP20987e.pdf>.

35 Organización de Estados Americanos (1969). *Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica*, art. 13.5. “Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

36 Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008). “Comments, Suggestions and Recommendations on the Working Document”, *supra* nota 35, 18.

Convención Americana y la nueva convención? Su argumento a favor de la penalización de la intolerancia nos lleva a preguntarnos respecto de cuáles son los límites o restricciones permitidos a la libertad de expresión en el marco de la Convención Americana, y si acaso las restricciones contempladas en la CCDI se encuentran conforme al mismo, o si ellas van más allá, “infringiendo”³⁷ el derecho consagrado a la libertad de expresión.

II. La libertad de expresión y sus restricciones permisibles

El marco de reconocimiento y regulación de la libertad de expresión en la Convención Americana es “probablemente el sistema internacional que da mayor alcance y rodea de mejores garantías a la libertad de pensamiento y expresión”³⁸ de cualquiera de los regímenes de Derechos Humanos alrededor del mundo. La Comisión ha puntualizado que la redacción del art. 13 “constituye una indicación de la importancia asignada por quienes redactaron la Convención [Americana] a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas”³⁹.

El estatus privilegiado que se le da a la protección de la libertad de expresión tiene diversas justificaciones. La más importante es que esta libertad se encuentra vinculada a la primera y principal de todas las libertades: “[...] el derecho a pensar por cuenta propia y a compartir con otros nuestro pensamiento”⁴⁰. Además, tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han enfatizado que “la importancia de la libertad de expresión dentro del catálogo de los Derechos Humanos se deriva también de su relación estructural con la democracia”⁴¹ y que el ejercicio de este derecho no sólo es necesario para alcanzar el pleno desarrollo de los individuos que se expresan, sino también para la consolidación de sociedades verdaderamente democráticas en las cuales puede existir “una deliberación pública,

37 Como se discute más abajo, no es claro que sea formalmente correcto pensar en que la CCDI infringe los derechos protegidos por la Convención Americana, pues en principio este nuevo instrumento gozaría de igual jerarquía legal que la Convención Americana y, por lo mismo, se trataría tal vez de un caso de derogación o modificación.

38 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (2009). “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. OEA Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 2/09”. Washington, D.C. Organización de Estados Americanos, párr. 3.

39 *Ibidem*, 2, citando a CIDH. Informe No. 11/96. Caso No. 11.230. “Francisco Martorell”. Chile. 3 de mayo de 1996, párr. 56.

40 *Ibidem*, , párr. 7.

41 *Ibidem*, 3, párr. 8, citando a la Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70; Corte IDH, Caso “Claude Reyes y otros”. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, párr. 85; Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 112; Corte IDH, Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 82; 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 de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 116.

plural y abierta, sobre los asuntos que nos conciernen a todos en tanto ciudadanos y ciudadanas de un determinado Estado⁴². Finalmente, y muy en línea con las objeciones de la delegación canadiense, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha explicado que la libertad de expresión es un instrumento clave para el ejercicio de todos los demás Derechos Fundamentales, como la libertad de asociación, libertad religiosa, libertad educacional y muchas otras⁴³.

Los organismos del Sistema Interamericano han realizado numerosos esfuerzos por clarificar los tipos de discursos o expresiones que se encuentran protegidos en la libertad de expresión. Ellos incluyen: “El derecho a hablar, esto es, a expresar oralmente los pensamientos, ideas, información u opiniones⁴⁴; a escribir (y en particular, a escribir columnas de opinión)⁴⁵, y a diseminar expresiones escritas u orales a fin de comunicarlas al mayor número de personas posible⁴⁶.”

En principio, todos los discursos y expresiones se encuentran protegidos por la libertad de expresión en la Convención Americana, con independencia del contenido y el grado de aceptación social o gubernamental de los mismos. Esto significa que las protecciones otorgadas se extienden a los discursos que “ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población⁴⁷.”

A mayor abundamiento, existen ciertos tipos de discursos o expresiones que se encuentran especialmente protegidos en la Convención Americana, incluyendo los discursos políticos y aquellos que involucran cuestiones de interés público, así como también las expresiones que son elementos de la identidad o dignidad personal de la persona que los expresa. Ambos se trenzan con la CCDDI, y en particular con respecto de los discursos o expresiones religiosas —especialmente en cuanto tocan cuestiones morales—, que en las actuales circunstancias de la convivencia social son denunciados como ofensivos por algunos. Los precedentes del sistema han enfatizado que el derecho a la libertad de expresión es “el derecho del individuo y de toda la comunidad a participar en debates activos, firmes y desafiantes respecto de todos los aspectos vinculados al funcionamiento normal y armónico de la sociedad⁴⁸.”

42 *Ibidem*, 4, párr. 8.

43 *Ibidem*, párr. 9, citando a la CIDH. Informe No. 38/97. Caso No. 10.548. “Hugo Bustíos Saavedra”. Perú. 16 de octubre de 1997, párr. 72.

44 *Ibidem*, 7, párr. 22.

45 *Ibidem*, 8, párr. 24, en referencia a la Corte IDH, Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111.

46 *Ibidem*, párr. 25.

47 *Ibidem*, 10, párr. 31, en referencia a la Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa”. Sentencia de 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 de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 116; CIDH. 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.

48 *Ibidem*, 11, párr. 34, en referencia a CIDH. 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; CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso

Por cierto, la libertad de expresión no está exenta de límites y, aún cuando se encuentra protegida de forma amplia y robusta en la Convención Americana, existen ciertos tipos de expresiones que simplemente no se encuentran protegidos al amparo de la libertad de expresión. Más aún, dentro del conjunto de expresiones que sí encuentran protección en el tratado, los Estados conservan la facultad de establecer ciertas limitantes, al menos en cuanto ellas sean aceptables en los términos de la Convención Americana.

Las excepciones que se encuentran fuera del ámbito de protección no parecen coincidir con las exclusiones que contempla la CCDI. Esto es así pues el art. 13.5 de la Convención Americana excluye de la esfera de protección específicamente “toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o a 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”⁴⁹. Se trata de una excepción con múltiples elementos. Las expresiones escrutadas deben constituir una “apología del odio” de un tipo específico y concreto (nacional, racial o religioso), y las mismas deben incitar a la violencia o cualquier otra acción similar, por lo que si se refieren a “otra acción similar” deben ser de naturaleza igualmente grave e ilícita⁵⁰. Se ve, por tanto, que el estándar para revocar la protección de la libertad de expresión a un determinado discurso conforme a la Convención Americana es mucho más alto que aquél consagrado en el CCDI.

La Comisión ha afirmado que la imposición de sanciones por el abuso de la libertad de expresión con el cargo de incitación a la violencia debe encontrarse respaldada por “la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión (por dura, injusta o perturbadora que ésta sea), sino que tenía la clara intención de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr sus objetivos. Si no fuera así, se estaría admitiendo la posibilidad de sancionar opiniones, y todos los Estados estarían habilitados para suprimir cualquier pensamiento u expresión crítica [...]”⁵¹.

En cuanto a las limitaciones admisibles al amparo del art. 13.2, los organismos del Sistema Interamericano han desarrollado un examen de tres partes para controlar su legitimidad. Este examen es aplicable a todas las manifestaciones de poder

“Ricardo Canese vs. Paraguay”. Transcritos en: Corte IDH, Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72. c).

49 Su versión oficial en inglés es ligeramente distinta y excluye de la protección “*propaganda for war and any advocacy of national, racial, or religious hatred that constitute incitements to lawless violence or to any similar action*”.

50 Se entiende que esto es necesariamente así pues el estándar que fija el artículo es de “violencia” (en su versión en inglés, “*lawless violence*”) y luego agrega “o cualquiera otra acción ilegal *similar*”. Esto es, las demás acciones incitadas deben compararse o medirse en relación al estándar de la “violencia” y en cualquier caso deben ser ilegales.

51 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión”, *supra* nota 39, p. 21, párr. 58, citando a la Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 67.

estatal que afectan el ejercicio pleno de la libertad de expresión, incluyendo, en su opinión, las normas de rango legal y constitucional⁵².

El primero de los tres elementos a examinar es que las limitaciones a la libertad de expresión deben establecer, en forma previa y “de manera expresa, taxativa, precisa y clara en una ley”⁵³, la conducta que se encuentra proscrita con amenaza de punición. “Las normas vagas, ambiguas, amplias o abiertas, por su simple existencia, disuaden la emisión de informaciones y opiniones por miedo a sanciones, y pueden llevar a interpretaciones judiciales amplias que restringen indebidamente la libertad de expresión [...]”⁵⁴. Esta advertencia resulta ser plenamente aplicable a la definición y prohibición de la intolerancia en la CCDI.

Podría objetarse que el Estado tiene un deber de domesticar o incorporar la convención a su ordenamiento jurídico nacional por medio de un acto de incorporación (legislativo, constitucional, administrativo) y que, al hacerlo, deberá de definir en forma diáfana los actos o expresiones de intolerancia que se prohíben⁵⁵. Pero se responde que incluso entonces el Estado que ha ratificado la convención se encuentra atado por las definiciones adoptadas en el art. 1º de la CCDI, de forma que no tiene libertad para alterar o restringir fundamentalmente el concepto de intolerancia que la misma convención ha acogido, o de lo contrario carecería de todo sentido que se hubiese adoptado una definición específica si los Estados la ignoraran al legislar⁵⁶. A mayor abundamiento, “las normas que limitan la libertad de expresión

52 Ver Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

53 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión”, supra nota 39, p. 24, párr. 69, citando a la Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 39-40; Corte IDH, Caso “Palamara Iribarne vs. Chile”. Sentencia del 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 79; Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120; Corte IDH, Caso “Tristán Donoso vs. Panamá”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 117; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995; CIDH. Informe No. 11/96. Caso No. 11.230. “Francisco Martorell”. Chile. 3 de mayo de 1996, párr. 55; CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Transcritos en: Corte IDH, Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 72. a).

54 *Ibidem*, 25, párr. 71.

55 Organización de Estados Americanos, *CCDI*, supra nota 2, Capítulo III, art. 7º.

56 Esto parece ser especialmente cierto en el caso de Estados que adhieren a regímenes con mecanismos de incorporación o aplicación directa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en sus sistemas legales nacionales, sin necesidad de acto ulterior de domesticación. Así, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico colombiano los términos de un tratado de Derechos Humanos constituyen normas constitucionales por sí mismas, en cuanto prevalecen ante el Derecho Interno y son el criterio interpretativo de los derechos consagrados en la Constitución, conforme al art. 93 de su Carta fundamental. En el esquema de aplicación directa establecido en la Constitución colombiana, si el Estado se hace parte de la CCDI, sus tribunales se encontrarán en posición de aplicar y resguardar en forma directa el nuevo derecho a la protección contra la discriminación e intolerancia, en cuanto se entenderá parte del ya recogido derecho a la igualdad y no discriminación. *Constitución Política de Colombia* (1991), art. 93.

Por otra parte, cuando se trata de Estados que generalmente requieren actos explícitos de incorpo-

deben estar redactadas con tal claridad que resulte innecesario cualquier esfuerzo de interpretación⁵⁷ y las interpretaciones judiciales posteriores, aún siendo específicas, no compensan formulaciones inadmisiblemente amplias⁵⁸.

Segundo, para que las restricciones sean legítimas a la luz de la Convención Americana, la imposición de una sanción debe constituir una necesidad a fin de proteger los derechos de otros. La Comisión ha sido enfática en que “necesidad” no es sinónimo de “útil, razonable u oportuno”⁵⁹, sino que su imposición debe resultar ser clara e imperiosamente indispensable pues “el objetivo legítimo e imperativo no puede alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de los Derechos Humanos”⁶⁰. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión han afirmado que existe un estándar más estricto cuando se trata de examinar la necesidad de las limitaciones en cuanto ellas lidian con expresiones que conciernen cuestiones de interés público, la participación voluntaria de privados en asuntos públicos, o respecto de discursos y debate políticos⁶¹.

Tercero, los organismos del sistema han especificado que en aquellos casos en que las limitaciones a la libertad de expresión son impuestas para la protección de

ración de tratados a su derecho doméstico, como es el caso de los Estados Unidos de América o la República de Chile, existen ejemplos concretos en los que los actos de domesticación de tratados se han apartado de los términos que se habían acordado en el mismo, lo que ha sido resistido y objetado por los organismos monitores. Así sucedió, por ejemplo, con la resolución de entendimiento (“*understanding*”) emitida por el Senado de Estados Unidos al tiempo de entregar su consejo y consentimiento a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, en la cual el Estado declaró que aplicaría la misma entendiendo que dolores o sufrimientos mentales graves se refiere a “daños mentales prolongados”, lo que difiere y altera el concepto contenido en el art. 1º de dicha convención. Este actuar fue recibido críticamente por el Comité contra la Tortura que a su vez “recomendó” a los Estados Unidos “velar por que los actos de tortura psicológica prohibidos por la Convención no se limiten a los que causan un ‘daño mental prolongado’, como se dispone en el entendimiento presentado por el Estado Parte [...]”. Comité contra la Tortura (2006), “Conclusiones y Recomendaciones del Comité Contra la Tortura respecto del Informe Presentado por los Estados Unidos de América. CAT/C/USA/CO/2”.

57 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión”, *supra* nota 39, p. 38, párr. 107.

58 *Ibidem*, párr. 107, citando a CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Transcritos en: Corte IDH, Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrs. 72. s) a 72. u).

59 *Ibidem*, 30, párr. 85, citando a la Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, párr. 46; Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 122; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

60 *Ibidem*, párr. 85.

61 *Ibidem*, 34, párr. 100, citando a la Corte IDH, Caso “Ivcher Bronstein vs. Perú”. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74; Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107; Corte IDH, Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111; Corte IDH, Caso “Palamara Iribarne vs. Chile”. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; Corte IDH, Caso “Eduardo Kimel vs. Argentina”. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

los derechos de otros, es necesario que ellos se encuentren claramente amenazados o vulnerados, lo que de todas formas debe ser demostrado por la autoridad que impone la limitación o por la parte que la solicita, pues “si no hay una lesión clara a un derecho ajeno, las responsabilidades ulteriores resultan innecesarias”⁶².

Finalmente, una vez que se concluye que el derecho a réplica o corrección no es suficiente para asegurar el resguardo de los derechos de otros, y la imposición de una pena se torna verdaderamente necesaria para dicho fin, el recurrir a esta restricción de la libertad de expresión debe adicionalmente cumplir con los requisitos de que: i) exista genuina malicia, demostrada por la presunta víctima, y que el autor haya actuado con la intención de causar un daño efectivo y con conocimiento de estar diseminando información falsa⁶³; ii) la parte que alega el daño debe probar que las expresiones eran falsas y que han causado en forma efectiva el daño invocado⁶⁴, y iii) sólo las expresiones sobre hechos, y no las opiniones, son susceptibles de ser evaluadas y enjuiciadas como verdaderas o falsas⁶⁵. “En consecuencia, nadie puede ser condenado por una opinión sobre una persona cuando ello no apareja la falsa imputación de hechos verificables”⁶⁶.

II.1. ¿Sobrevive la CCDI al escrutinio en los estándares de la Convención Americana?

Tal y como se aprobó, la intolerancia “es el acto o conjunto de actos o manifestaciones que expresan el irrespeto, rechazo o desprecio de la dignidad, características, convicciones u opiniones de los seres humanos por ser diferentes o contrarias. Puede manifestarse como marginación y exclusión de la participación en cualquier ámbito de la vida pública o privada de grupos en condiciones de vulnerabilidad o como violencia contra ellos”⁶⁷. Los Estados que la ratifiquen adquieren una obligación de

62 *Ibidem*, 27, párr. 77.

63 *Ibidem*, 38, párr. 109.

64 *Ibidem*, 39, párr. 109, citando a la Corte IDH, Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 132; CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el Caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Transcritos en: Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 101.2). 1); CIDH. Alegatos ante la Corte Interamericana en el Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Transcritos en: Corte IDH, Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párrs. 72.o) y 72.p); Corte IDH, Caso “Tristán Donoso vs. Panamá”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 120.

65 *Ibidem*, 40, párr. 109, en referencia a la Corte IDH, Caso “Kimel vs. Argentina”. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 93; Corte IDH, Caso “Tristán Donoso vs. Panamá”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr.124.

66 *Ibidem*, párr. 109.

67 En su traducción de lengua inglesa, igualmente autorizada, la versión final define intolerancia como “*an action or set of actions or expressions that denote disrespect, rejection, or contempt for the dignity, characteristics, convictions or opinions of persons for being different or contrary. It may manifest itself as marginalization and exclusion of groups in conditions of vulnerability from participation in any sphere of public or private life or violence against them*”. Transcribimos aquí el texto para que el lector lo tenga nuevamente a la vista pues, como se verá, existen sutiles diferencias en ambas versiones y ellas, a su vez, tienen importantes repercusiones en la práctica interpretativa.

prohibir y castigar la intolerancia dentro de sus ordenamientos jurídicos. Si revisamos las normas de la CCDI a la luz de los estándares delineados por el Sistema Interamericano para la protección de la libertad de expresión, ¿cuál es el veredicto sobre su legitimidad?

La intolerancia es conceptualizada como un “acto o conjunto de actos o manifestaciones” que “expresan” algo. Dado que la convención distingue o diferencia entre acciones y manifestaciones (en vez de optar por definirla ya sólo como actos, o ya sólo como manifestaciones), es dable concluir que el alcance de la definición cubrirá tanto los actos no verbales (que bien podemos llamar acciones expresivas), como también las opiniones y “discursos puros” (“*pure speech*”) en cuanto son manifestaciones (“*expressions*”)⁶⁸.

La definición de la intolerancia no exige la existencia efectiva de daño o perjuicio como elemento necesario para que se verifique la conducta ilícita, por lo que se entiende que las acciones expresivas y las manifestaciones en general son ilegítimas por el solo hecho de su existencia. Este punto se encuentra reforzado por la elección de la cláusula “[p]uede manifestarse”, en referencia a los potenciales efectos o consecuencias, lo que implica que aún cuando estos resultados son posibles o probables, no es necesario que ellos existan o se verifiquen para que el acto intolerante sea considerado como tal.

En relación con los “blancos” contra los que se dirige o se basan las acciones o palabras intolerantes, la definición agrupa en un mismo conjunto “la dignidad, características, convicciones u opiniones”. La inclusión en este contexto del concepto de “dignidad” es susceptible de crítica debido a su vaguedad. Siendo cierto que la literatura especializada en Derechos Humanos reconoce que la dignidad humana es un principio básico de este ordenamiento jurídico, es del caso que este concepto/idea/principio es también uno de los más debatidos y controversiales en la disciplina. Esto se debe, fundamentalmente, a la “multiplicidad de diferentes entendimientos sobre la dignidad, los cuales difieren entre unos y otros y a ratos se contradicen”⁶⁹. Esta controversia y falta de acuerdo en lo que implica la dignidad y las formas en que ella puede ser “irrespetada o rechazada” lleva a la conclusión de que el término carece de la especificidad y precisión suficiente como para superar el examen de claridad requerido por el Sistema Interamericano al evaluar la legitimidad de las restricciones a la libertad de expresión.

La decisión de agrupar estos cuatro blancos de intolerancia es deficiente por cuanto no reconoce las diferencias de naturaleza o tipo que existen entre características personales, por un lado, y las convicciones u opiniones, por el otro. Mientras que las primeras pueden ser consideradas inmutables⁷⁰ y no susceptibles de cambiar

68 La conclusión contraria involucra asumir que los redactores incurrieron en una redundancia, puesto que todo tipo de acto distinto de la mera exteriorización del pensamiento ya se encontraría cubierto en la expresión “acto o conjunto de actos”. Por lo mismo, es razonable asumir que el uso de distintos términos es consciente y buscan cubrir situaciones distintas.

69 Carozza, P. (2013). “Human Dignity”. En Shelton, D. (ed.). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford. Oxford University Press (traducción del autor), 345-359.

70 Una proposición que no es exenta de polémica y debate, dado que características” se refiere a rasgos o cualidades distintivas e identificables en la persona, muchas de las cuales pueden no estar fijas y

mediante el uso de la voluntad humana, tanto las opiniones como las convicciones se sostienen mediante el uso de la razón y voluntad de la persona y por lo mismo están abiertos a transformaciones y cambios. No sólo es posible que ellas cambien a lo largo del tiempo, sino que el ordenamiento jurídico de los Derechos Humanos expresamente reconoce y protege el derecho de las personas a alterarlas libremente⁷¹. Esto, a su vez, presupone hasta cierto punto que los titulares del derecho puedan ser confrontados con ideas diferentes a las propias, y que experimentarán oposición, cuestionamiento y rechazo como una ocurrencia necesaria para propiciar el cambio de los puntos de vista propios. La ocurrencia de este proceso no sólo es una posibilidad sino que hemos llegado a considerarlo como un elemento axiomático de una sociedad abierta y plural.

El mensaje que se expresa (“denotes”) o transmite por medio de las acciones expresivas o manifestaciones debe ser uno de “irrespeto, rechazo o desprecio”. Pareciera ser que existen diferencias sustantivas entre las tres ideas. Rechazo, en cuanto concepto, no es un adjetivo (que sería lo necesario si se quiere calificar a la acción de algún modo), sino un sustantivo, o tal vez en sí mismo un verbo, en tanto se refiere a la acción de rechazar. Esto no es sino “*contradecir* lo que alguien expresa o no admitir lo que propone u ofrece” o “*mostrar oposición* o desprecio a una persona, grupo, comunidad”⁷². El significado de la expresión “*rejection*” utilizado en la versión de lengua inglesa del texto —que goza de igual autoridad que la versión de lengua castellana⁷³—, derivado de la acción “*to reject*”, significa meramente “rehusarse a creer, aceptar o considerar” algo⁷⁴. En cualquiera de los dos casos, el término utilizado no califica la acción o manifestación, ni denota animadversión u hostilidad. Simplemente se refiere a una acción. Además, ello es la esencia misma de lo que involucra cualquier debate o discusión.

“Desprecio” e “irrespeto” tampoco se muestran como mejores alternativas. En su versión castellana, la definición de “desprecio” aparece simplemente como “desestimación, falta de aprecio”, que a su vez es la “estimación afectuosa de alguien”⁷⁵. Es notable que los términos elegidos en el castellano y el inglés no parecen transmitir el mismo significado o gravedad. La versión inglesa acoge el término “*contempt*”, que se define como “un sentimiento de que alguien o algo no es meritorio de respeto

encontrarse abiertas a modificaciones o variación por medio de la voluntad de la persona, como es el caso de la personalidad, virtudes, vicios, etc.

71 Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica, *supra* nota 36, art. 12.1 de la libertad de conciencia y religión. Lo mismo puede decirse respecto de la libertad de pensamiento y expresión, que sólo puede ser verdadera libertad en cuanto permiten cambiar ante el error y en pos de la búsqueda de la verdad.

72 Real Academia Española (2014). *Diccionario de la Lengua Española*, Rechazo. En <http://lema.rae.es/drae/?val=rechazo>.

73 Naciones Unidas (1969). *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, art. 33.1.

74 “*To refuse to believe, accept, or consider (something)*”. Merriam-Webster (Encyclopaedia Britannica) (2015). *Merriam-Webster Online Dictionary*, Reject. En <http://www.merriam-webster.com/dictionary/rejecting>.

75 Real Academia Española (2014). *Diccionario de la Lengua Española*, Desprecio. En <http://lema.rae.es/drae/?val=desprecio>.

o aprobación⁷⁶. Por tanto, el sentido del término se vincula al irrespeto o desaprobación de alguien o algo. Coloquialmente, la palabra se utiliza para transmitir un grado más alto de disgusto por aquello a lo que se refiere, o incluso desdén o repulsión. En este sentido, pareciera ser un concepto más calificado que el mero rechazo, pero se mantiene la ambigüedad de la noción para efectos de delimitar qué tipo de acciones y manifestaciones caen dentro y fuera de los límites de la prohibición, sin extenderse indebidamente.

Finalmente, tanto “irrespeto” o “*disrespect*”, en sus versiones de lengua castellana como inglesa, respectivamente, se refieren a la falta de respeto que consiste en el tener sentimientos de admiración hacia alguien o algo que es bueno o valioso, o respecto de quien se debe deferencia⁷⁷. El respeto es ciertamente una actitud (aún cuando se define como un sentimiento) que razonablemente se le debe a todas las personas *en cuanto personas*. Pero utilizar el término en referencia a las opiniones o convicciones que sostienen dichas personas es extender una invitación al abuso pues, aplicado en términos estrictos, requeriría el dar o tener deferencia, o sostener admiración en cuanto bueno o valioso, respecto de cualquier idea u opinión por el solo hecho de que ella es diferente a aquellas que son propias.

Dentro de los deberes y obligaciones de los Estados incluidos en el Capítulo III de la CCDI, las partes “se comprometen a [...] prohibir y sancionar, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta Convención, todos los actos y manifestaciones de [...] intolerancia [...]”⁷⁸, entre otras, el apoyo privado a actividades que “promuevan” la intolerancia, incluyendo el financiamiento de las mismas, o la publicación, circulación y diseminación, incluyendo por medio de internet, de todo material que “defienda, promueva o incite” la intolerancia; y adoptar legislación que defina y prohíba de forma clara la intolerancia, aplicable

76 “[...] a *feeling that someone or something is not worthy of any respect or approval*”. Merriam-Webster (Encyclopaedia Britannica) (2015). *Merriam-Webster Online Dictionary*, Contempt. En <http://www.merriam-webster.com/dictionary/contempt>.

77 Real Academia Española (2014). *Diccionario de la Lengua Española*, Respeto. En <http://lema.rae.es/drae/?val=respeto>.

78 Organización de Estados Americanos CCDI, *supra* nota 2, art. 4°. Ha de notarse que la Convención utiliza la expresión “sancionar” (“*punish*”) y no hace referencia alguna a qué rama del Derecho ha de aplicarse a fin de cumplir este deber. Comparativamente, la Convención contra el Genocidio –de claro corte punitivo– se refiere en su art. I al deber del Estado de “sancionar” (“*punish*”) el genocidio y de la necesidad de que los Estados establezcan “sanciones penales eficaces” (“*effective penalties*”), en clara referencia al Derecho Penal, según lo ordena el art. V. Naciones Unidas (1948). *Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio*.

La Convención contra la Tortura requiere más explícitamente que los Estados velen por que todo acto de tortura constituya delito conforme a su legislación penal (“*offences under criminal law*”) y que se “castigarán esos delitos con penas adecuadas” (“*make these offences punishable by appropriate penalties*”). Naciones Unidas (1984). *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes*.

Mencionamos todo esto para ilustrar que la comparación de la CCDI con el resto del ordenamiento de los Derechos Humanos muestra que el uso del término “sanción” (“*punish*”), en contraposición a “prevención, prohibición y erradicación de una práctica” (los términos usados, por ejemplo, por la Convención para la Erradicación de la Discriminación Racial), conlleva un claro tinte de persecución por la vía penal como medio necesario al fin perseguido. Esto además se ve reforzado por el hecho de que ninguna disposición de la CCDI apunta a limitar el tipo de responsabilidad que se ha de imponer a los potenciales autores.

a los sectores públicos y privados, y a todas las autoridades y personas naturales y jurídicas⁷⁹.

Teniendo a la vista todos los elementos previamente reseñados, la aplicación doméstica y la ejecución de los términos de la CCDI tendrán un efecto claro y preciso. Volverá ilegítima toda acción o manifestación de oposición o desacuerdo, falta de aprecio o deferencia hacia las convicciones u opiniones sostenidas por otros por el hecho de ser diferentes o contrarias a las de la persona que se expresa a sí misma, sin que exista un criterio discernible de gravedad o malicia que permita limitar o restringir su alcance y efectos. Aún más, proscribiremos cualquier acción de diseminación, por cualquier medio, de aquellas manifestaciones o acciones expresivas que el Estado califica como intolerantes. Y prohíbe el apoyo por cualquier medio, incluyendo el financiamiento, de aquellas actividades que el Estado define desde ahora como actos de intolerancia.

¿Era este el objetivo que tenían en mente los redactores del tratado? Tal vez no. Pero ya sea que el marco legal de la CCDI es el resultado de su actuar consciente y deliberado —que no se puede descartar considerando que, como hemos visto, existieron numerosas advertencias no correspondidas para evitar estos problemas— o de una redacción jurídica deficiente o desprolija, lo cierto es que este es el lenguaje final que la convención acogió, y se encuentra a disposición de quienes la esgriman para efectos de su ejecución y adjudicación jurisdiccional futura.

Al tiempo de aplicar la convención los Estados podrían realizar un esfuerzo por armonizar la Convención Americana y las disposiciones de la CCDI de forma que se castiguen sólo los actos de intolerancia que impliquen un “nivel superior” de “rechazo, desprecio o irrespeto”, pero hacer esto significaría privar a la CCDI de su pleno efecto. Implicaría también que habría de incurrirse en un considerable esfuerzo interpretativo y delimitador de parte de los tribunales en aplicar la convención, que es precisamente el tipo de peligros de abuso que los órganos del Sistema Interamericano han buscado evitar⁸⁰.

Debemos además tener en mente que, como es común, el impulso para adoptar legislación que incorpore estos deberes y estándares en el ordenamiento jurídico doméstico vendrá probablemente de parte de múltiples individuos y grupos activistas o de interés. Por definición, estos grupos abogan por aquellas posiciones que son más favorables a sus causas, intereses y cosmovisiones, y no necesariamente por aquellas que son más ecuanímes o que armonizan de mejor forma las disposiciones en tensión. Algo similar puede afirmarse respecto de regímenes de gobierno populistas que bien podrían utilizar y abusar de la CCDI con el fin de favorecer sus agendas político-ideológicas. Así, no es antojadizo esperar que se empuje a favor de la aplicación de estos estándares, deberes y obligaciones en la forma más estricta posible, castigando incluso desacuerdos menos graves o leves, lo que bien puede llevar a un abuso persecutorio en el futuro próximo.

79 Organización de Estados Americanos, *CCDI*, *supra* nota 2, art. 7°.

80 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión”, *supra* nota 39, 38, párr. 107.

II.2. Resultados poco razonables como cuestión de política pública

Otro potencial foco de conflicto en la aplicación de la CCDI es que, debido a la definición de intolerancia y la excesiva extensión de su alcance –al carecer de elementos que permitan discernir entre diferentes expresiones para establecer si caen en un lado y otro del binario de aceptabilidad/rechazo–, se genera un “círculo vicioso de la intolerancia” que inevitablemente se dará en todas las discusiones, desacuerdos y debates.

En su nivel más básico, la convención proscribía discusiones relevantes para el debate político. A modo de ejemplo, la convención prohibiría el argumentar que personas inmigrantes en condiciones ilegales (o incluso residentes legales que no son ciudadanos, en cuanto esto es una característica de la persona que es diferente a la del individuo que es ciudadano o nacional) no debieran tener participación en los procesos políticos del país o recibir beneficios reservados exclusivamente para los ciudadanos⁸¹. El ejemplo se extiende por analogía a todo otro caso en que la situación concreta de uno o más individuos o grupos es discutida para efectos de tomar decisiones, o por el simple hecho de discutirla en términos “negativos”.

Yendo un paso más allá, consideremos ahora un caso hipotético típico. En una reunión de padres de un colegio privado católico (o judío, musulmán, mormón o evangélico, que para estos efectos son lo mismo), la rectora del establecimiento da una charla que toca los puntos centrales de la “teología del cuerpo” en los escritos de Juan Pablo II. En el transcurso de la charla la oradora se refiere al punto 2357 del Catecismo de la Iglesia Católica, que califica los actos sexuales entre personas del mismo sexo como “intrínsecamente desordenados”⁸² y reitera que los mismos constituyen, en la doctrina de la Iglesia, “depravaciones graves”⁸³.

La charla es grabada y luego subida al sitio web del colegio, desde donde es recogida por agrupaciones LGBT, quienes se muestran encolerizadas por lo que califican como una opinión homofóbica y de desprecio hacia sus personas, sus características y, para muchos, sus propias convicciones y opiniones sobre quiénes son, cómo deciden identificarse y de que su condición es, a su parecer, un don de Dios. Enfurecido, el vocero de la organización imaginaria afirma ante los medios de comunicación que “las palabras de la rectora y sus opiniones son verdaderamente abominables y asquerosas. Ella carece de toda autoridad moral y estatura para decir cosas como estas, pues pertenece a la institución más moralmente corrupta de la faz de la tierra, como lo es la Iglesia Católica. Espero impacientemente que pronto llegue el día en

81 Al tiempo de escribir este ensayo, el sistema de Universidades de California se aprestaba a discutir una propuesta muy similar a la que analizamos acá. Este escenario es uno de los que imagina Volokh al pensar en los efectos nocivos que la política tendría en el contexto de las universidades públicas. Ver Volokh, E. (2015). “University of California Considering Recognizing a ‘right’ to Be ‘free from ... Expressions of Intolerance’”. En *The Volokh Conspiracy*, disponible en <https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2015/09/11/university-of-california-considering-recognizing-a-right-to-be-free-from-expressions-of-intolerance/>.

82 Catecismo No. 2357. Iglesia Católica Apostólica Romana (2015). *Castidad y Homosexualidad*. *Catecismo de la Iglesia Católica*, disponible en http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p3s2c2a6_sp.html.

83 Ídem.

que no existan más personas como ella en este mundo”. Estos dichos son seguidos por un vendaval de mensajes publicados en línea por medio de Twitter, Facebook y el sitio web del establecimiento educacional, los cuales contienen impropiedades de diverso calibre dirigidos en contra de la rectora y en rechazo a sus convicciones.

Nuestro caso hipotético es más real⁸⁴ que imaginario en el estado actual de nuestra sociedad. Dados los términos de la CCDI, la misma se podría aplicar en contra de todas las partes involucradas. Los grupos LGBT podrían exigir el castigo de la rectora pues las expresiones privadas (no-gubernamentales) –emitidas incluso en privado– se encuentran plenamente cubiertas y el Estado tendría un deber de castigarlas. Pero dado que el umbral de tolerancia de la convención para activar sus mecanismos de sanción es simplemente que se exprese rechazo de la opinión o convicciones de otros, entonces todas las partes del incidente –incluyendo todos los activistas LGBT que publicaron expresiones en internet⁸⁵– superan el mismo, de forma que todos han actuado intolerantemente respecto de los unos a los otros. El resultado es absurdo⁸⁶.

84 Ver, por ejemplo, el recurso de protección interpuesto por un grupo de activismo LGBT en contra de Senadores y Diputados del Congreso de Chile por sus expresiones y argumentos en oposición a la reforma de la ley de adopción chilena para permitir la adopción conjunta de niños por parte de parejas del mismo sexo. El grupo Movilh tildaba sus razonamientos como “violencia verbal, que incita y justifica el actuar de quienes atacan físicamente a las personas con orientación sexual e identidad de género diversa” y como muestra de “[...] un odio y una falta de respeto extremo, que violenta especialmente a hijos e hijas de parejas del mismo sexo. La liviandad, la falta de respeto al prójimo, que llega al extremo de ofender a niños y niñas, no está a la altura de un país civilizado. La libertad de expresión no tiene nada que ver con la incitación al odio y ya es tiempo de que la sociedad vaya entendiendo las diferencias entre una y otra, no tolerando desde ningún punto de vista la violencia verbal o física que denigra a personas sólo por ser diferentes a una mayoría”. Cambio21.cl (2014). *Movilh prepara demanda contra miembros de la UDI acusados de “homofobia”*, disponible en <http://www.cambio21.cl/cambio21/site/artic/20140219/pags/20140219121839.html>.

85 Entre nosotros, Colombia avanza a paso firme hacia la persecución de las expresiones vertidas en redes sociales. Se ha hecho conocido ya el ejemplo de Jorge Alejandro Pérez, quien ha sido procesado bajo la ley penal colombiana a raíz de un mensaje desatinado y de mal gusto que publicó en la red social de Twitter. En este se burlaba de la trágica muerte de 32 niños en un accidente de tránsito. Sus mofas han sido consideradas por la Fiscalía General de la Nación de Colombia como delictuales en la legislación colombiana contra la discriminación. Ver KienyKe (2014). “Estudiante que se burló de niños de Fundación se salvó de ser linchado”. En <http://www.kienyke.com/noticias/jorge-alejandro-perez-fundacion-ninos-burla-linchamiento-ibague/>. La Corte Constitucional de Colombia ha insinuado que esta calificación jurídica es correcta. Corte Constitucional de Colombia (2014). *Decisión C-671/2014*, 75.

86 Y la estructura del ejemplo propuesto obviamente se extiende más allá de aquellos temas que involucran cuestiones de moral y sexualidad. Para todos los efectos, la charla hipotética a la que hacemos referencia podría tener por objeto una argumentación que renuncie la supuesta incompatibilidad entre la fe musulmana y los presupuestos de la democracia liberal, o un argumento en contra de la legitimidad del Estado de Israel y la continuación de su existencia como entidad política. Estos supuestos serían seguramente calificados como expresiones de “islamofobia” o anti-semitismo, respectivamente. Es del caso que la política propuesta por el sistema de Universidades de California a la que hacemos referencia ha sido criticada por grupos activistas de estudiantes Judíos pues entienden que ella no es suficientemente severa, y han solicitado en forma explícita que ella considere como intolerancia cualquier crítica al Estado de Israel y argumentos contra su existencia. Otros ejemplos de expresiones que cabrían la prohibición de la CCDI (y la propuesta de California) son el uso de vestimentas con leyendas o imágenes que transmitan un mensaje, como la bandera de los Estados confederados, o aquellas que celebren el “poder negro”. Ver Kingcade, T. (2015). “The University Of California May Violate The First Amendment To Outlaw Intolerance”. En *The Huffington Post*, en http://www.huffingtonpost.com/entry/university-of-california-intolerance_55f71809e4b0

Podría argumentarse que, a fin de que las expresiones castigadas sean intolerantes en el sentido que busca sancionar la CCDI, ellas deben estar dirigidas no sólo en contra de la “dignidad, características, convicciones y opiniones” de una persona, sino que adicionalmente deben estar basadas en alguna de las “categorías sospechosas” de discriminación recogidas en el art. 1.1. Sin embargo, esto no resolvería el problema puesto que estas categorías o criterios fueron ampliados a tal punto que hoy incluyen “opiniones políticas o *de cualquier otra naturaleza*” (el destacado es nuestro) como criterios igualmente prohibidos de discriminación.

Además, la CCDI no clarifica de ninguna forma si las expresiones de intolerancia deben estar dirigidas en contra de personas específicas e individualizadas o si cubren todas las expresiones, incluso cuando son hechas en un sentido general y sin referencia a un individuo en particular, pero que podrían ser igualmente reclamadas como intolerantes por cualquier persona que se encuentre a sí misma objetivamente –o se auto-identifique– dentro de una categoría específica de personas aludidas por las mismas.

Así, como hemos visto, los términos de la CCDI son incapaces de sobrevivir a un mínimo escrutinio en los estándares de protección de la libertad de expresión en la Convención Americana y a cómo ellos han sido desarrollados por la Corte, la Comisión y los Estados Americanos hasta esta fecha. La definición de intolerancia es de una amplitud que lleva al absurdo, cubriendo toda forma de expresión –incluidas opiniones– bajo su deber de penalización, y carece de la claridad y precisión necesaria como para constituir un aviso previo sobre el tipo de mensajes que estarán sujetos a punición. Finalmente, en relación al impacto que tendría la convención como una política pública de los Estados, ella producirá resultados insensatos y aberrantes, y traerá consigo la paralización del debate y discusión en el foro público por su amenaza latente de persecución y castigo.

III. ¿Derogará la CCDI el derecho a la libertad de expresión como lo conocemos? ¿Es eso posible siquiera?

Por lo que hemos visto hasta aquí, la CCDI se presenta como un reto directo a nuestra forma de entender y proteger la libertad de expresión, yendo mucho más allá de los límites y las restricciones reconocidas y aceptables en el marco de la Convención Americana. Si es que la CCDI llega a entrar en efecto, el deber de los Estados de prohibir y sancionar las acciones y expresiones de intolerancia los pondría en una posición por la cual su pleno cumplimiento con la CCDI implicaría al mismo tiempo una transgresión a la libertad de expresión. Así, da la impresión de que existe un conflicto o colisión entre el nuevo “derecho a ser protegido de toda forma de

63ecbfa529ec. Ver, también, McGough, M. (2015). “Opinions Can Be as Hurtful as Slurs and Insults, but They Should Be Protected”. En *Los Angeles Times*, en <http://www.latimes.com/opinion/opinion-la/la-ol-uc-intolerance-antisemitism-20150922-story.html>.

intolerancia”⁸⁷ y el derecho a la libertad de expresión, los cuales –ambos– deben ser protegidos por el Estado.

El problema es que esto no parece ser en realidad un conflicto de derechos, ni menos de normas⁸⁸. Dado que la libertad de expresión se encuentra siempre sujeta a la posibilidad de ser restringida cuando ello sea necesario para asegurar el respeto por los derechos y reputaciones de otros⁸⁹, es posible argumentar que el aparente conflicto se evita si se interpreta que las restricciones que exige la CCDI son admisibles al alero del art. 13.2 de la Convención Americana. Cualquier nuevo derecho que sea “creado” o “reconocido” puede eventualmente considerarse como una nueva justificación de restricción a la libertad de expresión. El problema con esta aproximación es que no hay nada que detenga a los Estados de eviscerar la libertad de expresión, la libertad de conciencia y religión (art. 12), reunión (art. 15), asociación (art. 16), movimiento y residencia (art. 22), al menos desde una perspectiva formal. Todos ellos han sido consagrados en la Convención Americana con sujeción a una “cláusula de restricción” incorporada en su regulación. Así, la adopción de nuevos instrumentos que contentan nuevos derechos daría pie para imponer más y más profundas restricciones, justificadas con el pretexto de ser necesarias para la protección de otros derechos⁹⁰.

En el Derecho Internacional –y a diferencia de lo que sucede con los ordenamientos jurídicos domésticos– todas las fuentes del derecho se consideran, en general, como de igual jerarquía. Decimos en general pues existen al menos dos reglas de jerarquía o preferencia explícita que se han insertado en el sistema legal internacional y que son reconocidas por la comunidad de naciones⁹¹. La primera

87 Así lo sugiere el art. 2º, con el encabezado de “Derechos Protegidos” del Capítulo II. Organización de Estados Americanos, *CCDI, supra* nota 2. Es además la misma conclusión a la que llega Volokh analizando el caso análogo de la propuesta de política para las Universidades de California. Volokh, E. “University of California Considering Right to Be Free from Intolerance”, *supra* nota 82.

88 Un conflicto de leyes o de normas puede ser definido en términos amplios como la relación por la cual “una norma constituye, ha llevado o puede llevar a la infracción de la otra” o bien restrictivamente, como la situación por la cual el Estado se encuentra obligado por dos deberes contradictorios. Ver Milanovic, M. (2009). “Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights?” En *Duke Journal of Comparative & International Law* 20, 69-131 (traducción del autor).

89 El IIDH tocó este punto al sugerir que la propuesta estaría justificada en el alero del art. 13.5 de la Convención Americana. Consideró que la intolerancia no es una expresión protegida pues ella constituiría una apología del odio e incitación a la violencia o acciones ilegales similares. Sin embargo, como hemos desarrollado, el estándar que fija el texto de la CCDI es diferente y más bajo, y las expresiones que caerían en el alcance de su prohibición son muchas más que aquellas que efectivamente constituyen apología del odio e incitación a la violencia a la luz de la Convención Americana. Parece más adecuado caracterizar esto como un caso de restricciones para la protección de los derechos de otros –y en concreto, el derecho a ser protegido de la intolerancia– antes que una exclusión por contenido. Ver Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “Comments, Suggestions and Recommendations on the Working Document”, *supra* nota 35.

90 Así, el derecho a vivir en una comunidad exenta de toda forma de intolerancia puede traducirse en regulaciones restrictivas de la libertad de desplazamiento y residencia de individuos o de instituciones. El Estado podría invocar la protección del derecho a vivir libre de intolerancia para adoptar decisiones de regulación urbanística que impidan a denominaciones religiosas establecer templos, capillas o santuarios en zonas determinadas, al concluir que esto es necesario para dar forma a una comunidad en que prime la tolerancia.

91 De la jerarquía en el Derecho Internacional: Jus cogens, obligaciones erga omnes, y el art. 103 de la Carta de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (2006). “Conclu-

excepción es la Carta de las Naciones Unidas que, en virtud de su art. 103, posee un “carácter constitucional”⁹² como la piedra angular del sistema legal internacional desarrollado a partir de la Segunda Guerra Mundial. Como tal, ella prevalece por sobre cualquier otra obligación que entre en conflicto con los deberes que surgen de la Carta⁹³. La segunda excepción son las normas de *jus cogens*⁹⁴. *Ninguna de las dos excepciones daría pie para que la Convención Americana prevalezca por sobre la CCDI en la eventualidad de que ella entre en vigencia. La Convención Americana carece, al menos formalmente, del carácter constitucional del que goza la Carta de las Naciones Unidas*⁹⁵, *y el derecho a la libertad de expresión no ha sido reconocido como una norma de jus cogens* (ni en su *nomen juris*, ni en su contenido específico)⁹⁶. Aún más, incluso si vemos el asunto a través del prisma de las teorías existentes sobre jerarquía de derechos⁹⁷, no sería posible encontrar un argumento para justificar la primacía de la libertad de expresión. Ambos tratados tienen por objeto la protección de Derechos Humanos (luego, no es posible distinguirlos ni dar primacía a uno sobre otro en este criterio); y el nuevo derecho a la protección contra la intolerancia se enmarca, verosímilmente, como un corolario del derecho a la igualdad y a la no discriminación, que es también derecho de primera generación como la libertad de expresión⁹⁸ (y por lo mismo, una vez más, resultan ser indistinguibles en este aspecto).

Así las cosas, no parece existir forma alguna de sostener la primacía de la Convención Americana por sobre la CCDI ante la eventualidad de que la última entre en efecto. Si esto llega a suceder, la incorporación de este “nuevo derecho” al sistema legal interamericano significará que la libertad de expresión subsistirá pero como un espectro de sí misma, continuando su existencia en el mismo *nomen juris*, pero restringida y limitada hasta el punto de ser irreconocible, y sometida a pretexto de asegurar el derecho de todas las personas a ser protegidas de la intolerancia.

Si el escenario que hemos descrito –la existencia de un derecho humano existente y reconocido que se ve alterado al punto de verse vaciado de su contenido cen-

sions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law”, 10, párr. 30 y sigs.

92 Ver Fassbender, B. (1998). “The United Nations Charter as a Constitution of the International Community”. En *Columbia Journal of Transnational Law* 36, 531-620.

93 Milanovic, “Norm Conflict in International Law...”, *supra* nota 8, p. 76-77.

94 *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, *supra* nota 74, art. 53: “[...] es una norma 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”.

95 Y decimos formalmente pues en general parece contra intuitivo pensar que un nuevo tratado podría alterar o invalidar de alguna forma la Convención Americana de Derechos Humanos, que sin duda ha sido tratada en la práctica como si tuviera dicho carácter constituyente. Ello se ha manifestado en la incorporación de doctrinas constitucionalistas a la adjudicación en sede jurisdiccional internacional por la Corte Interamericana, como su discutible doctrina del control de convencionalidad.

96 Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, “Conclusions of the Work of the Study Group on the Fragmentation of International Law,” *supra* nota 92, 11, párr. 33.

97 Ver, en general, Meron, T. (1986). “On a Hierarchy of International Human Rights”. en *American Journal of International Law* 80, 1-23.

98 Ídem.

tral— se materializa, ello constituiría un desafío monumental, y tal vez insuperable, para la legitimidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La pregunta central es: ¿puede el Estado revocar y renunciar a estos Derechos Humanos ya reconocidos? Formalmente, la respuesta parece ser afirmativa. Pero si este es el caso, ¿qué queda de la “dignidad inherente”⁹⁹ y los “derechos inalienables”¹⁰⁰ del hombre? ¿No es cierto, acaso, que los Estados Americanos reconocieron y reconocen hasta hoy que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado”¹⁰¹, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”¹⁰² Y cuando el Comité de Derechos Humanos afirma en su Comentario General No. 26 que “los derechos consagrados [...] corresponden a quienes viven en el territorio del Estado Parte de que se trate [...] una vez que las personas tienen reconocida la protección de los derechos que les confiere el Pacto, esa protección pasa a ser subsumida por el territorio y siguen siendo beneficiarias de ella las personas, con independencia de los cambios que experimente la gobernación del Estado Parte, o [...] cualquiera otra medida posterior que adopte el Estado Parte con objeto de despojar a esas personas de los derechos que les garantiza el Pacto”¹⁰³. ¿Significa, acaso, que esto no era sino retórica vacía?

Es posible que una situación como esta jamás haya sido puesta a prueba desde el inicio del régimen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en 1945. Dicho proceso se ha caracterizado hasta ahora por el reconocimiento de derechos que no se contradecían los unos a los otros, al menos en el papel. Tal vez nos encontramos en posición de presenciar un genuino caso de “primera impresión” en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues ningún Estado había intentado hasta hoy derogar o alterar el contenido y alcance de aquellos derechos que actualmente se encuentran reconocidos y protegidos directamente por el Derecho Internacional. Y si esto ocurre finalmente, ¿qué fe y confianza debieran depositar los pueblos de América en un ordenamiento jurídico en el cual sus derechos inherentes e inalienables no son en realidad inalienables ni inherentes?

Conclusión

Como hemos visto, los nuevos estándares legales propuestos por las convenciones hermanas en contra de la discriminación racial y toda discriminación e into-

99 Como lo señalan los preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por ejemplo.

100 “[...] reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Naciones Unidas (1948). *Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos*.

101 Lo que concede que no es el Estado quien otorga ni crea los derechos.

102 Organización de Estados Americanos (1969). *Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos*.

103 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1997). “Comentario General No. 26. Comentarios Generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos. Continuidad de las obligaciones. U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7”, disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom26.html> (el destacado es nuestro).

lerancia se encuentran en un curso de colisión frontal con los estándares de protección, límites y restricciones de la libertad de expresión, como han sido consagrados en la Convención Americana, y desarrollados por el Sistema Interamericano a lo largo de los años. Desde su entrada en vigencia, la protección otorgada a este derecho por la Convención Americana ha coexistido pacíficamente con los derechos a la honra y la reputación, así como con el derecho a la igualdad y la no discriminación. Pero nunca ha sido el caso que el respeto por estos derechos en manos de terceros haya permitido restringir el núcleo fundamental de la libertad de expresión, como lo es la libertad de expresar la opinión propia libremente.

En caso de entrar en vigor, la CCDI golpeará directamente al corazón de la libertad de expresión, al imponer a los Estados miembros el deber de prohibir y castigar expresiones y opiniones que habían sido invariablemente protegidas hasta ahora, y que constituyen un baluarte fundamental para un debate libre y sin restricciones.

Los estándares exigidos por la CCDI carecen de la claridad y precisión suficientes como para constituir un aviso previo justo sobre aquello que se puede o no expresar, y el marco legal que se propone producirá resultados patentemente insensatos, por lo que cualquier expresión de rechazo a las convicciones u opiniones de otros puede ser sometida a persecuciones abusivas y castigo.

El resultado más perturbador que se seguiría de la entrada en vigencia de estas convenciones sería el golpe a la legitimidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A través de la alteración fundamental del derecho a la libertad de expresión que hemos conocido hasta hoy, la ejecución de estos nuevos tratados daría la señal inequívoca de que los Derechos Humanos no son en realidad inalienables e inherentes, y que esto no es sino una ilusión o ideal que puede fácilmente superarse por los Estados con el trazo de un lápiz, al son de sus cambiantes preferencias políticas a través del tiempo.