

PRESENTACIÓN  
*José Thompson J.*

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

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DISCURSO DE ODIOS EN INTERNET  
*José Juan Anzures Gurría*

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

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

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

¿EL DERECHO A LA LACTANCIA MATERNA?  
*Miluska Orbegoso Silva*

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

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

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



REVISTA  
**IIDH**

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

Revista  
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos  
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)  
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-  
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

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

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

*Corrección de estilo: José Benjamín Cuéllar M.*

*Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom*

*Impresión litográfica: Litografía Versalles*

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

*Se solicita atender a las normas siguientes:*

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

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

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

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

***Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH***

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

## Índice

### **Presentación..... 7**

*José Thompson J.*

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

*Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE*

### **Libertad de expresión y discurso de odio en internet ..... 37**

*José Juan Anzures Gurría*

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

*Silvio Beltramelli Neto*

*Mônica Nogueira Rodrigues*

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

*Jorge Tomás Broun Isaac*

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

*Alan Gerardo García Salinas*

### **¿EL DERECHO A LA LACTANCIA MATERNA? .....161**

*Miluska Orbegoso Silva*

|  |            |
|--|------------|
| <b>La prevención de la tortura a través del diálogo.<br/>La experiencia de la Procuración Penitenciaria<br/>en Argentina</b> ..... | <b>185</b> |
| <b>Derecho a la seguridad social de<br/>los migrantes irregulares</b> .....  | <b>221</b> |
| <i>Nathaly Ramírez Díaz</i>  |            |
| <b>El discurso de odio en la CADH:<br/>¿igualdad y/o libertad de expresión?</b> .....  | <b>233</b> |
| <i>Ricardo F. Rosales Roa</i>  |            |

## Presentación

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

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

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

---

1 Traducción nuestra.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



# **El discurso de odio en la CADH: ¿igualdad y/o libertad de expresión?**

*Ricardo F. Rosales Roa\**

## **Introducción**

Los equilibrios entre discurso de odio y libertad de expresión no son comunes. Si en abstracto deslindar ambas conductas es un desafío teórico, en la práctica juzgar casos resulta doblemente problemático. Es síntoma de un Estado democrático de derecho que esta tensión aparezca, pues su ausencia pudiera indicar absolutismos y falsos dilemas entre igualdad y libertad de expresión.

La doctrina del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante “el SIDH” o “el sistema interamericano”) es la más robusta en materia de libertad de expresión, pero su marco de protección se ha construido alrededor del escenario clásico del individuo frente al Estado. La doctrina del SIDH no surgió al calor de discusiones complejas entre derechos de grupos subordinados, individuos y el rol del Estado en el contexto de los discursos de odio. De este modo, convergen incentivos para (re) discutir cuáles son los límites de la libertad de expresión cuando afecta a estos grupos y qué remedios ofrece contra la intolerancia.

---

\* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Caracas. Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Buenos Aires (UBA), mención especial. Asistente académico en la UBA y colaborador de la ONG Espacio Público, Caracas.

La intención de este artículo es doble: enfocar en términos normativos el tema de discurso de odio en el SIDH, conjugando la posición y las reflexiones de sus órganos principales con doctrina autorizada; y contribuir con la lectura liberal igualitaria de su regulación, lo que exige repensar y reinterpretar el discurso de odio desde los artículos 13, 24 y 1, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la CADH”, “el Pacto de San José” o “la Convención Americana”) y su sistema democrático. El propósito es favorecer la construcción de consensos a falta de jurisprudencia, en un cuadro de discrepancias teóricas y normativas que alimenta el debate.

El trabajo consta de cinco partes. La primera inicia con una breve aproximación comparada al discurso de odio, con el fin de resaltar las particularidades normativas en el Pacto de San José. La segunda muestra la tensión entre los tratados especiales de igualdad del sistema interamericano y la libertad de expresión de la CADH. La tercera profundiza en la distinción conceptual-normativa entre discurso de odio y discurso intolerante, y los regímenes separados de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (en lo sucesivo “RELE”) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la CIDH” o “la Comisión Interamericana”). La cuarta sugiere un análisis de los discursos intolerantes, a partir de una idea de democracia abierta. La última sección incorpora las conclusiones.

## I. Aproximación comparada al discurso de odio en la CADH

El artículo 13, numeral 5, de la CADH prohíbe “por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier

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

Un método para conocer las peculiaridades normativas de esta regulación, es el análisis comparado. En el ámbito universal el artículo 20, numeral 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “el PIDCP”) dispone lo siguiente: “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.

En defecto de una regulación expresa, en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante “el CEDH”) se desarrolla normativa en la materia, entre la cual figura la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el TEDH”). Según este órgano judicial, el discurso de odio se define así: “Todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia”.<sup>1</sup>

Al comparar estas regulaciones, surge una conclusión fundamental. Los sistemas universal y europeo prevén un reconocimiento más amplio del discurso de odio que el SIDH. En el ámbito del PIDCP se incluyen daños como la “discriminación, hostilidad o la violencia” que no contempla la CADH, mientras que en la esfera del CEDH se equiparan normativamente acciones como “propagar, incitar, justificar” a través de un supuesto genérico como el “odio basado en la intolerancia”, lo cual tampoco figura en la normativa interamericana.

Estas diferencias permiten entender las especificidades del SIDH. Al incorporar un concepto estrecho de *hate speech*, la

<sup>1</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Müslüm Gündüz v. Turquía*, Aplicación N° 2003/81, 4 diciembre del 2003.

Convención Americana pretende conceder un mayor margen de protección a la libertad de expresión, lo cual se convertiría en la motivación explícita de la doctrina constante del sistema interamericano.

La idea de un derecho robusto en el continente la reconoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH”), con su primer pronunciamiento en materia de libertad de expresión: la Opinión Consultiva 05/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas. En esta, la Corte IDH determina que “[e]l análisis anterior del artículo 13 [CADH] evidencia el altísimo valor que la Convención da a la libertad de expresión. La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al *mínimum* las restricciones a la libre circulación de las ideas”.<sup>2</sup>

La Corte IDH precisa que en el ámbito de restricciones legítimas a los derechos previstos en la CADH aplica dicho tratado, no otro pacto internacional. Así, señala lo que sigue: “En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce”.<sup>3</sup>

2 Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-5/85*, 13 de noviembre de 1985, Serie A N° 05, párr. 50.

3 *Ibid.*, párr. 52.

Conforme con estos estándares, sería ilegítimo una interpretación de las limitaciones a la libertad de expresión en el SIDH a través de normativas contra la intolerancia pensadas en otros contextos que son más invasivos del derecho.

El debate, sin embargo, no se agota acá. La CADH contiene sus propias ideas igualitarias que pueden justificar una regulación de la libertad de expresión –discurso de odio– de manera de proteger a grupos en desigualdad estructural.

## II. Tratados antintolerancia del SIDH y compatibilidad con la CADH

### 1. El principio de igualdad y tensiones con la libertad de expresión

En el SIDH existen dos ideas complementarias y semejantemente relevantes sobre igualdad recogidas en los artículos 24 y 1, numeral 1, de la CADH. Por un lado, la de igualdad como no discriminación o prohibición de trato arbitrario. La Corte IDH señala, en relación con esta primera concepción, que “los tratos diferentes deberían perseguir un fin legítimo y los criterios adoptados debían sostener una razonable relación de proporcionalidad entre el medio utilizado y el fin buscado”.<sup>4</sup>

Por otro lado, figura una idea de igualdad como no sometimiento o prohibición de constitución y mantenimiento de grupos subordinados en la sociedad. En relación con esta segunda concepción de igualdad, la Corte IDH expresa que “los Estados

4 Saba, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2016, p. 68.

deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de iure o de facto* [...] Los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar las situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades en perjuicio de determinado grupo de personas”.<sup>5</sup>

Según Roberto Saba, el primer principio –el de igualdad como no discriminación– es de corte individualista y adopta clasificaciones generales consideradas *a priori* como irrazonables para basar distinciones de trato, por lo cual ejerce un alcance simétrico entre todas las personas independientemente de sus características; el segundo principio, el de igualdad como no subordinación o igualdad estructural, es de corte sociológico pues mira los contextos sociales en que se encuentran las personas y se basa en la categoría de “grupo” dentro de esas clasificaciones generales (sexo, raza y credo, entre otras) para determinar qué medidas y acciones estatales o particulares contribuyen a constituir, mantener o perpetuar la situación de sometimiento o exclusión de un grupo en determinada estructura social.<sup>6</sup>

La cuestión específica sobre los límites de la libertad de expresión y los discursos intolerantes, prevé una regulación general y otra especial. La primera, señalada, en la CADH; la segunda, en la Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia –no vigente– y en la Convención interamericana contra toda forma de

5 Cfr. Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-18/03*, 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, párr. 103; González, Marianne y Parra, Óscar. “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del caso de Aptiz”, *Revista IIDH*, Vol. 47, 2008, pp. 129 a 134.

6 Cfr. Saba, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2016, pp. 33 a 52.

discriminación e intolerancia, en vigor desde el 2017. Esta última establece en su artículo 4 el compromiso asumido por los Estados en cuanto “a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, de acuerdo “con sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta Convención, todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia”.

Entre los actos regulados contempla –en el mismo artículo– “[l]a publicación, circulación o diseminación, por cualquier forma y/o medio de comunicación, incluida la internet, de cualquier material que: a) defienda, promueva o incite al odio, a la discriminación y a la intolerancia; b) apruebe, justifique o defienda actos que constituyan o hayan constituido genocidio o crímenes de lesa humanidad, según se definen en el derecho internacional, promueva o incite a la realización de tales actos”.

El artículo 4 de la Convención interamericana contra el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia, aunque no está en vigor hace lo propio al reproducir las mismas restricciones contenidas en la CITFDI. Adicionalmente, la Convención interamericana contra la violencia hacia la mujer o “Convención de Belém do Pará”, en vigor desde 1995, si bien no contiene disposiciones específicas que afecten la libertad de expresión, estipula medidas antidiscriminatorias que podrían restringirla. Su primer artículo define así la violencia contra la mujer: “Cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

En principio, estos tratados especiales de igualdad y el amplio marco de protección a la libertad de expresión que se establece en el artículo 13 de la CADH, no van en la misma dirección. Desde la libertad de expresión se relativiza la prohibición de censura previa y se disponen restricciones incompatibles con el test

tripartito. También puede operar una restricción indirecta, dado el efecto de autocensura. Desde la igualdad, la expresión puede contribuir al sometimiento de grupos, a generar daños más allá de la violencia física y a afectar –o anular– la dignidad humana sobre la base de un enfoque más absolutista de la expresión.

La lectura de estas disposiciones antintolerantes que podrían iluminar el principio general de igualdad y no discriminación –artículos 24 y 1, numeral 1, de la CADH– y la manera en que se articularían y entenderían de conformidad con el derecho a la libertad de expresión –artículo 13 *eiusdem*– impulsan la propuesta de una reinterpretación armónica de estos principios jurídicos.

## 2. El informe sobre incitación al odio y la violencia contra la población LGBTI

En el 2015 surge una propuesta del sistema interamericano que responde con mayores desarrollos teóricos a esta problemática. La RELE y la Relatoría sobre los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex –también de la CIDH– presentan un informe conjunto que reconoce dicha tensión y articulan una visión integral para enfrentar el fenómeno de la intolerancia.

Ese informe sobre discurso de odio y la incitación a la violencia contra la población LGBTI en América, ofrece su postura conciliatoria sobre los derechos en juego y provee un marco analítico para pensar la intolerancia. Según su texto, “[l]os derechos a la igualdad y a la libertad de expresión se ‘refuerzan mutuamente’ y tienen una ‘relación afirmativa’, en tanto realizan una ‘contribución complementaria y esencial a la garantía y salvaguarda de la dignidad humana’ [...] La desigualdad resulta

en la exclusión de ciertas voces del proceso democrático, perjudicando los valores del pluralismo y la diversidad de la información [...] El efecto de este fenómeno de exclusión es similar al efecto que produce la censura: el silencio. Al ser excluidos del debate público, sus problemas, experiencias y preocupaciones se vuelven invisibles, situación que los hace más vulnerables a la intolerancia, los prejuicios y la marginalización”<sup>7</sup>

El informe hace la armonización con una diferenciación conceptual-normativa entre discurso de odio y discurso intolerante, en el ámbito de las disposiciones de los artículos 13, numerales 2 y 5, de la Convención Americana. Al separar ambas categorías, la CIDH reconoce un régimen jurídico particular para cada expresión, en el entendido de que no es válido mezclar todos los discursos bajo un mismo paraguas teórico y que una perspectiva conjunta a la intolerancia –desde la CADH– impone utilizar la libertad de expresión como un aliado de la igualdad.

## III. Los regímenes de discurso de odio y discurso intolerante

### 1. Discurso de odio

El discurso de odio se relaciona con la idea de “incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar” –artículo 13, numeral 5, del Pacto de San José– y se determina a través de estándares exigentes. Según el informe citado, solo podrán sancionarse penalmente expresiones que tengan “como presupuesto la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de

<sup>7</sup> RELE y Relatoría sobre los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex. *Informe anual de la relatoría especial para la libertad de expresión*, Capítulo IV: Discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América, párrs. 6 y 7.

que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión (por dura, injusta o perturbadora que esta sea), sino que tenía la clara *intención* de promover la violencia ilegal o cualquier otra acción similar contra las personas [...], así como la *capacidad* de lograr este objetivo y que ello signifique un *verdadero* riesgo de daños contra las personas que pertenecen a estos grupos”.<sup>8</sup>

El informe incorpora los requisitos complementarios del Plan de Acción de Rabat de la Organización de las Naciones Unidas,<sup>9</sup> a efecto de determinar discursos de odio tales como: i) el contexto social y político prevaleciente al momento de la alocución; ii) la posición o estatus social del disertante; iii) la intención del orador; iv) el contenido o forma del discurso, así como un enfoque en forma, estilo y naturaleza; v) ámbito del mismo como el alcance, la naturaleza pública, la magnitud y el tamaño de la audiencia, entre otros.

Este régimen normativo del artículo 13, numeral 5, de la CADH está estrechamente vinculado con la Enmienda I de la Constitución de Estados Unidos. En ese país, la protección de la libertad de expresión se asegura mediante la Doctrina del peligro claro y actual o inminente –*Clear and present danger test*– un estándar complejo de intención, capacidad y riesgo inminente que reconoce, tras años de lucha como doctrina minoritaria, el caso *Brandenburg contra Ohio* de 1969 en la Corte Suprema.<sup>10</sup>

De hecho, la Comisión Interamericana –desde su Informe sobre terrorismo y derechos humanos, del 2002– reconoce la

8 *Ibid.*, párr. 23. Las cursivas son del informe.

9 Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o violencia, 5 de octubre del 2012.

10 Corte Suprema de los Estados Unidos. *Caso Brandenburg v. Ohio*, 395 U. S. 444, 1969.

afinidad de la CADH con esta doctrina estadounidense en los siguientes términos: “A efectos de imponer responsabilidad ulterior por expresiones, el enfoque actual de Estados Unidos específicamente requiere la intención de incitar a una actividad ilegal y la probabilidad de éxito, lo cual concuerda más con los términos de la Convención Americana, en oposición a otros instrumentos internacionales de derechos humanos”.<sup>11</sup>

La extrapolación de la doctrina de un sistema a otro, plantea problemas desde muchos lugares. Una lectura plausible es que el SIDH se haya inspirado en la historia de persecución a minorías y disidentes en los Estados Unidos. La primera lección tiene que ver con la tendencia a criminalizar y censurar expresiones impopulares o minoritarias, en especial en contextos de tensiones o crisis políticas. En estos entornos, los ciudadanos y el Gobierno alimentan la incertidumbre, el pánico y la intolerancia, por lo cual satanizan y restringen toda expresión “subversiva”, “desleal”, “inmoral”, “peligrosa”.<sup>12</sup>

Una segunda lección es el reconocido *chilling effect* o “efecto de enfriamiento”. Este se materializa cuando una restricción, ya por su vaguedad o ya por sus sanciones desmedidas, ya por sus resultados o por su impacto, puede disuadir del ejercicio del derecho. Las personas pueden inhibirse o autocensurarse, particularmente en “contextos de crisis”, frente a la amenaza de ir detenidas o pagar demandas cuantiosas.

La última lección es el *slippery slope* o argumento de la “pendiente resbaladiza” de la restricción. El estándar de esta es una metáfora utilizada por la Corte Suprema de Estados

11 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, 22 de octubre del 2002, párr. 322.

12 Porto Macedo, Roberto. *Libertad de expresión: ¿Qué lecciones deberíamos aprender de la experiencia de los EE. UU.?* Universidad de Yale, p. 27 y ss.

Unidos, que actúa como una invitación a la prudencia en un caso determinado. El ejemplo clásico es permitir la pornografía –aun con su carácter antiigualitario– dado el peligro que en el futuro puedan censurarse películas con escenas eróticas o sexuales.<sup>13</sup>

En suma, estas lecciones convergen en una tradicional máxima del sistema estadounidense: la libertad de expresión requiere un “espacio para respirar”, *breathing space*, por lo que debe concederse un amplio margen para expresarse. Esta idea es similar a la recogida por el artículo 13, numeral 5, del Pacto de San José y su objetivo último apunta a salvaguardar la autonomía individual y el sistema democrático; esto es, como en los Estados Unidos, asegurar la participación en el ambiente de ideas para conectar las voluntades individual y colectiva.<sup>14</sup>

### a. ¿Quién puede ser víctima de discurso de odio?

Una discusión interesante es la relativa a quién(es) puede(n) ser víctima(s) de discurso de odio. En teoría, la CADH dice que “cualquier persona o grupo de personas” por algún motivo discriminatorio. En los hechos, la regulación se ha empleado solo para analizar la situación de grupos en desigualdad estructural.

Sin ánimos de hacer más extenso el asunto, se tiene que Owen Fiss reconoce una teoría de grupo como fundamento de su concepción de igualdad como no subordinación. El autor describe cinco rasgos para identificar a un grupo. El primero es

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 29 y ss.

<sup>14</sup> Post, Robert. “Racist Speech, Democracy, and the First Amendment”, *Faculty Scholarship Series*, 208, 1991, disponible en [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.co.ve/&httpsredir=1&article=1207&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.co.ve/&httpsredir=1&article=1207&context=fss_papers); véase también Post, Robert. “Equality and autonomy in first amendment jurisprudence”, *Law Review* 95, Michigan, 1997.

la existencia autónoma del grupo como entidad con identidad propia e independiente; Fiss diferencia al grupo de la mera suma de individuos. El segundo es la autorreferencia y referencia de terceros al grupo; los sujetos se ven y sienten como “miembros de un grupo” y terceros los tratan como tal.

Les sigue la interdependencia entre la identidad y el bienestar de los miembros con la identidad y el bienestar del grupo; según el autor, la suerte individual de cada persona está afectada por la suerte del grupo. El cuarto es la posición socioeconómica subordinada, como grupo con menos recursos, capacidades y oportunidades para ejercer su autonomía. Por último está el carácter intergeneracional, con vocación perpetua, de la situación de marginación del grupo. Se trata de “la perpetuación intergeneracional”.<sup>15</sup>

Al aplicar esta teoría de grupo al artículo 13, numeral 5, de la CADH sería impropio reconocer la idea de discurso de odio contra personas o grupos que carecen de un contexto social de sometimiento o exclusión como, por ejemplo, los heterosexuales o nacionales. La fórmula de Fiss –que respaldo en su totalidad– podría sostenerse sin perjuicio de discursos intolerantes contra esos individuos (discursos discriminatorios, hostiles) que suponen otra caracterización jurídica, pero que difícilmente alcancen al test estricto del artículo 13, numeral 5, de la CADH.

## 2. Discurso intolerante

El discurso intolerante es una categoría amplia que abarca expresiones ofensivas, discriminatorias u hostigadoras. Así

<sup>15</sup> Fiss, Owen. “Grupos y la cláusula de igual protección”, en Gargarella, Roberto (compilador). *Derecho y grupos desventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 138 y 139.

como el discurso de odio se identifica con la incitación a la violencia física, el discurso intolerante se identifica con formas de violencia verbal, mediática, simbólica y otras que pueden comprender una gama de daños a la dignidad, reputación o igualdad.

La formulación y aplicación de estos conceptos está reservada a los Estados. Aun así, el informe conjunto de las relatorías propone un marco normativo formado por un sistema de reglas y principios para proteger la libre expresión el considera: i) Excluir el derecho penal; ii) prohibir la censura previa; iii) proteger discursos de interés público; iv) respetar el test tripartito; v) aplicar el debido proceso; vi) evitar, por objeto o resultado, la discriminación contra grupos sometidos o vulnerables.

#### a. Exclusión del derecho penal

El informe invoca los estándares del derecho penal en el SIDH que reservan su ámbito de aplicación a los delitos más graves, de acuerdo con los principios de mínima intervención y *ultima ratio*. Expresa que debería rechazarse el *ius puniendi* para un supuesto diferente al discurso del artículo 13, numeral 5, de la CADH.

La Corte IDH utiliza el test de proporcionalidad para evaluar la legitimidad de la pena. Algunos autores le han dirigido críticas. Alejandra Gonza afirma que “la Corte ha usado siempre el método de balance de derechos, el cual dota de igual protección convencional a todos los derechos, en vez de –en ciertas ocasiones– dar lugar preferencial a la libertad de expresión.”<sup>16</sup>

16 Alejandra Gonza. “Reflexiones sobre libertad de expresión, jurisprudencia de la Corte Interamericana y el desafío de Internet”, en *Hacia una internet libre de censura III: estándares, contexto y aprendizajes en el sistema interamericano*, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE)

Y plantea la siguiente contradicción: “De esta manera, la Corte Interamericana valora cierto tipo de discurso como especialmente protegido, pero no lo dota de inmunidad frente al actuar estatal, lo que permite que se judicialicen por años casos que no deberían, a mi entender, ocupar el tiempo de los juzgados nacionales”.<sup>17</sup>

Más allá del debate sobre las fórmulas para resolver conflictos jurídicos, existen argumentos para restringir el derecho penal al caso del discurso de odio del artículo 13, numeral 5, de la Convención Americana. El primer grupo de argumentos es de derechos humanos. Cuestiona que el poder punitivo no solo no es idóneo ni efectivo para solventar los perjuicios de la expresión, sino que –esencialmente– no es conveniente pues es fuente de injusticias para perseguir a la disidencia, a minorías o para censurar los discursos de relevancia pública. Un caso revelador fue el de *Mémoli contra Argentina*, que la Corte IDH convalidó contra su doctrina del derecho.

Un segundo grupo de argumentos es de orden sociológico y de política pública. Se parte del diagnóstico según el cual la intolerancia constituye un problema complejo de estructura social, antes que de mera expresión intolerante, por lo que el Estado debe focalizar su actividad no tanto en su reproche del intolerante y el posterior debate accesorio de cuál es la mejor salida legal al problema –la consecuencia– sino en el abordaje riguroso acerca de las condiciones subyacentes que lo hacen posible; es decir, las causas. El tema de la intolerancia debe enfocarse más desde un lente social y no legalista.<sup>18</sup>

y Universidad de Palermo, mayo de 2019, p. 42.

17 *Ibíd.*, p. 44.

18 Gagliardone, Iginio y otros. *Countering online hate speech*, Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, disponible en [http://egalitecontreracisme.fr/sites/default/files/atoms/files/countering\\_online\\_hate\\_speech\\_3.pdf](http://egalitecontreracisme.fr/sites/default/files/atoms/files/countering_online_hate_speech_3.pdf)

Un tercer grupo de argumentos es de teoría democrática. Se vincula con el tipo de sociedad democrática a que aspira la normativa de la Convención Americana; una sociedad con más y mejor discurso, no con menos y peor. Como expresa la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC 5/85, con ocasión de la “veracidad” de la información, “[e]l bien común reclama la máxima posibilidad de información y es el pleno ejercicio del derecho a la expresión lo que la favorece. Resulta en principio contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como un medio para garantizarla”.<sup>19</sup>

En definitiva, ante el preocupante aumento de tendencias punitivistas en la región, se considera que una reacción necesaria de la Corte IDH es sentar un precedente que declare la incompatibilidad del derecho penal con el Pacto de San José para sancionar el ejercicio abusivo de la libertad de expresión, salvo el caso de discurso de odio. La misma Corte IDH en el caso Kimel contra Argentina, dejó abierta esta posibilidad en una cita al pie. El tribunal invocó un caso del TEDH –Cumpana y Mazare contra Rumania– donde puso de relieve que “[l]a imposición de una pena de prisión por una ofensa difundida en la prensa será compatible con la libertad de expresión de los periodistas tal como está garantizada en el artículo 10 de la Convención sólo en circunstancias excepcionales, **especialmente cuando otros derechos fundamentales han sido seriamente afectados, como, por ejemplo, en los casos de discurso del odio o de incitación a la violencia**”.<sup>20</sup>

19 Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-5/85...*, párr. 77.

20 TEDH. *Cumpana and Mazare v. Romania*, Aplicación N° 33348/96, 17 de diciembre del 2004. Las negritas son del autor.

## b. Prohibición de la censura previa

El informe conjunto de las relatorías reitera la regla contenida en el artículo 13, numeral 2, de la CADH que prohíbe la censura previa; su única excepción es el numeral 4 del mismo artículo. Esta interpretación sobre la censura previa fue desarrollada antes por la RELE en el informe del 2014 denominado *Las expresiones de odio y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*; para ello se basó originalmente en el criterio interpretativo de la Corte IDH, en el caso *La última tentación de Cristo contra Chile*. En este se reconoce la importancia de “mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. **En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión**”.<sup>21</sup>

Una discusión vigente tiene que ver con la posibilidad de filtrar o bloquear contenidos en el mundo digital y su compatibilidad con el artículo 13, numeral 2, de la CADH. Eduardo Bertoni encuentra que la RELE, a través de sus interpretaciones recientes, hace un esfuerzo destacable por compatibilizar la práctica real con la teoría del derecho; pero añade importantes críticas. Cuando esta establece que en casos excepcionales –al estar frente a contenidos abiertamente ilícitos– resultaría admisible la adopción de medidas de bloqueo y filtrado de contenidos específicos, Bertoni hace el siguiente cuestionamiento: “Del análisis del informe RELE-OEA [se refiere al informe de libertad de expresión e internet del 2013] surge que estas afirmaciones se sostienen en gran medida en las propuestas provenientes del

21 Corte IDH. *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y Otros) vs. Chile*, sentencia del 5 de febrero del 2001, Serie C No. 73. párr. 70. Las negritas son del autor.

sistema universal. Las notas a pie de página que acompañan esos párrafos lo demuestran. Pero como bien lo explicó la Corte IDH en la OC-5/85, el Sistema Universal no contiene la prohibición de censura previa que contiene el Art. 13.2 de la CADH”.<sup>22</sup>

El autor respalda la posición de la profesora Dawn Nunziato, quien defiende la tutela del discurso *online* a través del debido proceso. Las restricciones deben implementarse “de manera abierta y transparente, de modo que los usuarios de Internet y proveedores de contenidos afectados sean informados sobre el bloqueo y las razones correspondientes y que el sistema de filtrado conceda a usuarios de Internet y proveedores de contenidos la posibilidad de apelar tales decisiones sobre bloqueo, ante un órgano judicial, de manera expeditiva”.<sup>23</sup>

En mi opinión, la CADH prohíbe cualquier forma de censura; ello incluye los contenidos en internet. Una narrativa de internet como amenaza, incluso con base empírica, no debe traducirse en conceder un poder a intermediarios ni a Estados de restringir *a priori* expresiones que estimen ilícitas en defecto de garantías procesales, pues aumentaría el peligro de censurar contenidos en función de ciertos intereses. Las políticas y las buenas prácticas que asumen como eje estratégico el contradiscurso y un debate público amplio e inclusivo, deberían ser líneas prioritarias y vinculantes del Estado frente a la intolerancia.

22 Bertoni, Eduardo. “OC-5/85: su vigencia en la era digital”, en Corte IDH y otros. *Libertad de expresión: A 30 años de la Opinión Consultiva sobre la colegiación obligatoria de periodistas*, Bogotá, D.C., Colombia, noviembre 2017, p. 40.

23 Nunziato, Dawn Carla. “Preservar la libertad en Internet en las Américas”, en Bertoni, Eduardo (compilador). *Hacia una internet libre de censura: Propuestas para América Latina*, Universidad de Palermo, Buenos Aires, Buenos Aires, 2012, disponible en [https://www.palermo.edu/cele/pdf/internet\\_libre\\_de\\_censura\\_libro.pdf](https://www.palermo.edu/cele/pdf/internet_libre_de_censura_libro.pdf)

Según Roberto Saba, los contextos no deben cambiar la concepción de nuestros derechos; así, este afirma lo siguiente: “En otras palabras, el surgimiento de internet ¿modificó nuestra concepción acerca de lo que la libertad de expresión es o simplemente, sobre la base de la misma idea de libertad de expresión, nos colocó delante de nuevos problemas a resolver? Me inclino por la segunda de estas dos alternativas, pues el principio de libertad no varía con el tiempo o con el surgimiento de nuevos contextos”.<sup>24</sup>

### c. Protección de discursos de interés público

Los discursos de interés público están especialmente protegidos. La jurisprudencia de la Corte IDH,

ha establecido que es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático [...] así como respecto de asuntos de interés público en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, afecta intereses o derechos generales, o le acarrea consecuencias importantes.<sup>25</sup>

24 Saba, Roberto. “Libertad de Expresión, Internet y principios fundamentales”, en Agustina Del Campo y otros. *Hacia una Internet libre de censura III: estándares, contextos y aprendizajes en el sistema interamericano*, Universidad de Palermo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, primera edición, 2019, p. 110.

25 Corte IDH. *Caso Ricardo Canese vs Paraguay*, sentencia del 31 de agosto del 2004, Serie C No. 111, párr. 98.

El criterio del interés público requiere más estudios teóricos. Un trabajo interesante es el de Jordi Bonet sobre el CEDH. El autor interrelaciona tres cuestiones relevantes: el origen de la apreciación del interés del público, sus parámetros de valoración y la precisión de su fundamento jurídico.

En cuanto al origen, Bonet encuentra que –en los casos *Geillustreerde Pers N. V. contra los Países Bajos* y *Handyside contra el Reino Unido*– aparece el “criterio del interés del público” de parte de la Comisión Europea en el primero y del TEDH en el segundo, mediante la función social de la libertad de expresión en una democracia. Esta “responde a dos aspectos esenciales: satisfacer el derecho a *saber* de los ciudadanos que integran la sociedad democrática y colaborar en la *educación* de los miembros de esa sociedad”.<sup>26</sup>

Sobre los parámetros de valoración, el autor señala que los órganos jurisdiccionales del CEDH destacan la responsabilidad social tanto de los medios de comunicación como de las personas vinculadas a los mismos. En el caso *Sunday Times* contra el Reino Unido se había discutido si la prohibición judicial de un artículo sobre la “talidominda” y sus consecuencias, que podían interferir en un asunto litigioso pendiente, se ajustaban al criterio de necesidad social imperiosa en una sociedad democrática en consonancia con el artículo 10 del CEDH. En el análisis del caso, la Comisión Europea acoge como criterio “el interés de la opinión pública a estar informada sobre cuestiones de interés general”. Luego, el TEDH profundiza esta línea y determina que el público efectivamente tenía un derecho a recibir esa información.<sup>27</sup>

26 Bonet, Jordi. “El criterio del interés público en la práctica jurisdiccional relativa al art. 10 del Convenio Europeo para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, *Derechos y libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año 1, N° 2, 1993-1994, p. 560. Las cursivas son del autor.

27 *Ibid.*, p. 562. Las cursivas son del autor.

Jordi Bonet suma el caso *Lingens* contra Austria. Tanto la Comisión Europea como el TEDH decidieron que “al evaluar el interés del público, debían considerarse no solo los hechos –las noticias o informaciones en sentido estricto– sino también los juicios de valor pertinentes y que se crean necesarios”.<sup>28</sup>

Por último, el autor concluye que el fundamento del criterio del interés del público descansa en la premisa de la información como un bien para el conjunto de la opinión, lo que reconoce la necesidad de un público informado.

En el SIDH es razonable deducir una concepción amplia del interés público, pero el criterio se ha formado en el contexto de cuestiones atinentes al Estado –candidatos, funcionarios, instituciones– y no a la sociedad. De ahí emergen dudas legítimas sobre el contenido y el alcance de este criterio. ¿Podría considerarse que, en algunos casos, discursos intolerantes constituyan o refieran a asuntos de interés público? ¿Estarían, de ser así, protegidos?

#### **d. Respeto del test tripartito y el principio de igualdad**

En cuanto al test de proporcionalidad, el SIDH lo aplica de forma más homogénea y regular que el sistema europeo dado el uso explícito de la doctrina del margen de apreciación. Los Estados europeos tienen una legislación y contextos diferentes que les permite mayor discrecionalidad para ponderar los límites a la libre expresión, principalmente en función del consenso, y otras consideraciones como tradiciones o contexto de la materia.<sup>29</sup>

28 *Ibid.*, p.565.

29 Nash Rojas, Claudio. “La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte IDH”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Vol. 11, 2018, Universidad del Rosario, disponible en <https://>

El caso *Handyside* contra el Reino Unido es reconocido como uno de los precursores de la doctrina del margen de apreciación. El Tribunal de Estrasburgo decide legitimar la confiscación y el embargo de ejemplares del pequeño libro rojo del colegio –*The Little Red Schoolbook*, un texto con contenidos obscenos dirigido a la niñez– así como el inicio de procedimientos penales que terminaron en multas contra el autor. A estos fines, invoca el margen de apreciación del Reino Unido para determinar qué es la moral y cómo protegerla en el caso.<sup>30</sup>

Esta doctrina se extiende al entorno digital. El caso *Nix* contra Alemania, del 2018, trata de una condena por publicar una foto de un líder nazi y una esvástica en un blog; en su fallo, el TEDH declara inadmisibles las peticiones por manifiestamente infundadas. Según el TEDH, “las autoridades nacionales habían proporcionado razones relevantes y suficientes para interferir con el derecho a la libertad de expresión de la demandante y no fueron más allá de su margen de maniobra”.<sup>31</sup> Se refería al significado del nazismo en Alemania.

En el SIDH, en un contexto de desigualdad estructural en términos políticos y económicos que debilita la separación de poderes –en especial la independencia judicial– no hay razones para la deferencia estatal. Menos para la libertad de expresión, dotada de una idea normativa-democrática robusta.

En torno al principio de igualdad, se vinculan otras preocupaciones con las legislaciones contra la intolerancia. En primer lugar, son regulaciones fundadas en el contenido de una expresión; ello, de entrada, comprometería el principio de

---

revistas.urosario.edu.co/xml/4295/42955530003/html/index.html

30 TEDH. *Caso Handyside v. Reino Unido*, Aplicación N° 5493/72, 7 de diciembre de 1976.

31 TEDH. *Caso Nix v. Germany*, Aplicación N° 35285/16, 13 de marzo del 2018.

neutralidad estatal frente a las ideas. Por esta razón, hace falta la comprobación de un daño real y concreto –más allá de la expresión *per se*– como precondition de una restricción legítima del derecho. De lo contrario, la “justificación” para limitar podría encubrir una represalia por el contenido.

En segundo lugar debe evaluarse la aplicación de las regulaciones antintolerantes, ya que pueden ser instrumentalizadas para perseguir y silenciar voces disidentes o minoritarias. La idea originalmente se pensó para proteger la crítica al poder, pero nada obsta a que la crítica se extienda a grupos subordinados con el mismo objetivo de cuestionar al poder, si bien hay que reconocer que esto no justifica cualquier cosa y que lo ideal sería poder trazar una línea entre la crítica y la intolerancia. Es relevante, aun así, escuchar a quien piensa distinto y concederle algunas garantías. La intolerancia, en algunos contextos, podría ser síntoma de una desprotección de derechos o bienes por parte del Estado por cuya situación debería ser más inclusivo y mediador considerando que tendría múltiples víctimas, tanto oradores como grupos.

#### **IV. Discurso intolerante y democracia abierta en la CADH**

El constitucionalismo liberal de la posguerra trajo consigo dos modelos democráticos principales que, a continuación, se identifican a grandes rasgos. Estos modelos son la democracia abierta y la democracia militante. La diferencia principal entre ambos respecto de la expresión, es el valor moral *ab initio* que le conceden a la difusión de ideas en la sociedad. En la democracia abierta, se otorga igual valor moral y legitimidad política a este ejercicio, salvo excepciones justificadas. En la democracia

militante se apuesta *a priori* por una moralidad concreta en la que caben más restricciones al derecho, también limitadas.<sup>32</sup>

Esta dicotomía se explica desde un sustrato filosófico: lo que parece motivar uno u otro modelo es el nivel de confianza que otorga a la razón en el debate público, cuestión –a su vez– íntimamente enlazada con condicionamientos históricos. La primera cree más en el libre mercado de ideas, en tanto que la segunda cree más en el correcto poder estatal. Para el liberalismo igualitario, la autonomía y el activismo estatal son ideas compatibles –y necesarias–.<sup>33</sup>

Los desarrollos teóricos del SIDH en materia de libertad de expresión si bien no adhieren a un tipo de democracia, abrazan rasgos de la democracia abierta. En el SIDH, se reconoce una cobertura a favor de todas las expresiones con las garantías más generosas de los sistemas de derechos humanos. Y ello se fundamenta de una teoría de la democracia donde la expresión es clave y procura ser “al máximo posible”. Como postula la Corte IDH, la libertad de expresión es un vehículo –no un obstáculo– de una mejor sociedad.

Germán Teruel Lozano nos recuerda que democracia abierta no significa democracia neutra o indiferente axiológicamente. Esta “reconoce las libertades públicas en su mayor extensión, incluso las de los propios enemigos de la democracia, pero no neutral; es decir, que cuente con un orden de valores propio y que en ese compromiso esté dispuesta a actuar en promoción

32 Véase Alcácer Guirao, Rafael. “Victimas y disidentes. El ‘discurso del odio’ en EE. UU. y Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 103, enero-abril 2015, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5028541.pdf>

33 Véase, por ejemplo, Nino, Carlos. “Liberalismo conservador: ¿liberal o conservador?”, en Roberto Gargarella y Marcelo Alegre (coordinadores). *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

de éstos, no desde la prohibición y la limitación sino desde el estímulo de políticas que realicen los valores democráticos”.<sup>34</sup> Esta democracia, según Lozano, puede ser complemento de un Estado liberal igualitario, alentado por la generación de las condiciones para garantizar la universalidad del derecho.

Así, un primer paso podría ser que el Estado asuma una posición normativa, *ab initio*, en relación con los contenidos intolerantes. En una democracia abierta, la intolerancia podría ser un contenido legítimo de la libertad de expresión, salvo excepciones justificadas. Esto conduciría hacia una delimitación normativa entre discursos intolerantes protegidos y discursos intolerantes no protegidos.

Este argumento va de la mano con otro. Se mandaría un misil directo a la libertad de expresión, si todo discurso “basado en la intolerancia” podría estar restringido. En sus últimas consecuencias podría confinarse la expresión en los parámetros de una moralidad particular, lo que suele emparentarse con idearios conservadores. Esto no solo contradeciría los principios de apertura, pluralismo y tolerancia de la libre expresión, sino que de hecho no se condeciría con las formas complejas de comunicación que desarrollan las sociedades.

Un segundo paso podría contestar cuáles serían las excepciones normativas, los discursos no protegidos. Una, como ya se observó, son los discursos de odio que incitan a la violencia (artículo 13, numeral 5, de la CADH). La otra, a mi juicio, podría construirse a partir de una combinación de los elementos de intención, gravedad y efectividad, bajo un

34 Teruel Lozano, German. “Libertad de expresión y discursos de odio en países democráticos”, en *Dfensor*, Revista mensual de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, N° 2, Año XV, febrero 2017, México, [https://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/05/dfensor\\_02\\_2017.pdf](https://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2014/05/dfensor_02_2017.pdf)

test menos exigente que el anterior pero que sí exija –cuando menos– la comprobación particular y suficiente de un daño real y concreto, intencional y grave. Entre todos los discursos intolerantes, en principio amparados, solo aquellos que alcancen superarlo podrían sancionarse.

Algunos estándares permiten valorar el test de esta segunda excepción, a la luz del Plan de Acción de Rabat de la Organización de las Naciones Unidas. Así, la intencionalidad puede derivar de la preponderancia de dañar según el tipo de lenguaje en el contexto de la audiencia destinataria, la forma y estilo del discurso, el contexto social y político. Además, la gravedad que puede guardar relación con el análisis de la situación de la víctima y el grupo al que pertenece, junto al impacto que le genera el discurso, para lo cual serviría apreciar un contexto previo ofensivo, discriminatorio u hostil contra el grupo en particular; la condición de la víctima (en especial, estatus socio-económico y posibilidades reales de ejercer sus derechos); extensión y alcance del discurso; y la efectividad que precisa probar un daño cierto, particular, no especulativo ni abstracto.

Habrán contextos donde el Estado no solo goce de una potestad, sino también de un mandato democrático para intervenir. En contextos de ideas intolerantes como práctica sistemática contra ciertos grupos o en casos donde se pueda demostrar el efecto silenciamiento de algunas voces como alega Owen Fiss,<sup>35</sup> el Estado podría actuar razonablemente y restringir los discursos. Pero incluso en estos casos se puede argüir que el Estado ha fallado en la universalización de la libre expresión y en otras

---

35 Fiss, Owen. *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 1, 2 y 31; cfr. Fiss, Owen. *Libertad de expresión y estructura social*, traducción de Jorge F. Malem Seña, primera edición, México D. F., Distribuciones Fontamara S. A., 1997, pp. 17 a 28.

obligaciones. De modo que, ante la restricción, debería ser limitado; ante la prevención y facilitación, debería ampliar su actuación.

En cuanto a si pueden existir discursos intolerantes de interés público, la respuesta es: depende. En la propuesta del presente texto se reconocen discursos intolerantes protegidos y otros no. Podrá haber discursos de interés público en la medida en que, aunque sean intolerantes, estén vinculados principalmente a una cuestión general a la que la sociedad tenga derecho a informarse. En esos casos, el interés público debe operar como criterio relevante de ponderación.

Se podría dar un tercer paso con esta propuesta. En determinados contextos es dable esperar una mayor necesidad de información y debate público de la sociedad. ¿Qué pasaría si en medio de un debate público sobre una ley de cuota a favor de un grupo, aparecen discursos intolerantes? ¿O si en el contexto de una reunión pacífica de grupos radicales, se profieren discursos intolerantes? Otra línea de estudio tiene que ver con la relación entre protesta, democracia y grupos, lo que puede plantearse en el espacio físico o digital.

Estos contextos exigen al Estado el deber de contextualizar la discusión de la regulación en su real complejidad y mantener una racionalidad normativa, pues así como debe tutelar a grupos subordinados también debe proteger que las expresiones intolerantes en estos contextos puedan valorarse como parte del derecho a la participación democrática, que es lo que argumenta Robert Post<sup>36</sup>.

---

36 Robert Post, “Racist Speech, Democracy...”

## V. Conclusiones

El marco de libertad de expresión del SIDH, nutrido de una idea robusta del derecho, está dirigido a que los Estados prioricen un enfoque social del problema de la intolerancia y reserven medidas legales limitadas a los casos más extremos. Incluso en internet, donde la apuesta es hacia la autorregulación y la alfabetización digital para proteger los derechos humanos.

En nuestro continente, los Estados no deben adherirse a esquemas más restrictivos como en Europa y deben –en su lugar– desarrollar una regulación autóctona que conjugue algún tipo de libre mercado de ideas y activismo estatal en la garantía universal de la libertad de expresión. En este sentido las interpretaciones deben hacerse a la luz de las propias ideas de la CADH.

El método sugerido para equilibrar la tensión libertad de expresión-discriminación para discursos no violentos – físicamente– es mediante la delimitación entre categorías de intolerancia protegidas y no protegidas. El test del daño real, intencional y grave intenta componerse de elementos equitativos a ambos lados de la ecuación: el orador y el oyente-grupo. Su objetivo es racionalizar la actividad jurisdiccional del Estado, ya que el discurso intolerante puede significar cualquier cosa y restringir todo, o incluso excesivamente.

En definitiva, el quid del asunto es generar una teoría de la libertad de expresión, anclada en una lectura armónica de los artículos 13, 24 y 1, numeral 1, de la CADH para atacar el fenómeno de la intolerancia, incluyendo una expresión concreta que son los discursos. Hace falta esfuerzos concretos en ese camino.

**Instituto Interamericano de Derechos Humanos**  
**Asamblea General**  
(Composición 2019)

*Presidencia Honoraria*  
Thomas Buergenthal  
Sonia Picado  
Pedro Nikken

Claudio Grossman  
*Presidente*

Mónica Pinto  
*Vicepresidenta*

Wendy Singh  
*Vicepresidenta*

Carlos M. Ayala Corao  
Lloyd G. Barnett  
Eduardo Bertoní  
Allan Brewer-Carías  
Antonio A. Cançado Trindade  
Santiago A. Cantón  
Douglass Cassel  
Margaret Crahan  
Héctor Fix-Zamudio  
Robert K. Goldman  
María Elena Martínez Salgueiro  
Juan E. Méndez  
Elizabeth Odio Benito  
Nina Pacari  
Carlos Portales  
Víctor Manuel Rodríguez Rescia  
Hernán Salgado Pesantes  
Fabián Salvioli  
Mark Ungar  
José Antonio Viera Gallo  
Renato Zerbini Ribeiro Leao

José Thompson J.  
*Director Ejecutivo*

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

**Comisión Interamericana  
de Derechos Humanos**

Esmeralda Arosemena de Troitiño  
Joel Hernández García  
Antonia Urrejola Noguera  
Margarette May Macaulay  
Francisco José Eguiguren Praeli  
Luis Ernesto Vargas Silva  
Flávia Piovesan

**Corte Interamericana  
de Derechos Humanos**

Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Presidente;  
Eduardo Vio Grossi, Vicepresidente;  
Ricardo Pérez Manrique  
Humberto Antonio Sierra Porto;  
Elizabeth Odio Benito;  
Eugenio Raúl Zaffaroni  
Leoncio Patricio Pazmiño Freire.

REVISTA **IIDH**

La Revista IIDH es una publicación semestral  
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos