

ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS CONVENCIONES INTERAMERICANAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN E INTOLERANCIA.

I. RESUMEN EJECUTIVO:

- Se trata de dos convenciones que introducen idénticas normas sustantivas en términos de derechos, definiciones y deberes del Estado. Los efectos que se destacan son comunes a ambas.
- En sí son tratados que no tuvieron amplio respaldo político en su negociación, aprobación y en la actual etapa de apertura a la ratificación, en atención a su contenido controversial y divisivo.
- Ambas son el resultado de un proceso de negociación política fuertemente influida por organizaciones de sociedad civil con un enfoque estrecho en la no discriminación,¹ cuyo resultado no considera de manera adecuada la existencia real de múltiples bienes jurídicos protegidos que deben ser armonizados frente posibles conflictos.
- **La definición de lo que se califica como “intolerancia”² –que constituye el corazón de ambas convenciones– es un concepto deficiente por su carácter sobre inclusivo, pues designa como ilícitas expresiones no sólo legítimas, sino que también necesarias en cualquier sistema democrático.**
- **La creación de un nuevo derecho humano a ser protegido de toda forma de intolerancia, bajo la definición de las convenciones, altera en forma sustantiva el diseño arquitectónico actual del ordenamiento jurídico de derechos humanos, afectando las libertades de expresión, información, religión, enseñanza y asociación, pues todas ahora quedan supeditadas ante el nuevo derecho, que se erige como su límite.**
- **El derecho a estar protegido de la intolerancia no está sujeto a una cláusula de limitación como sí lo están las libertades referidas.**
- **En el caso particular de la libertad de expresión, las convenciones transgreden la esfera de las expresiones actualmente protegidas, al crear una nueva categoría de discursos que son objeto de prohibición obligatoria, y que por su carácter omnicompreensivo es susceptible de suprimir el libre debate de ideas de todo tipo.**
- No se considera como solución confiable el introducir reservas pues, por más que ellas estén permitidas de acuerdo con el derecho de los tratados, ellas no pueden contravenir el objeto y fin de la Convención de que se trate, y en ambos casos parece ser evidente que el combate a lo que definen como “intolerancia” es un elemento medular. Además, y teniendo a la vista los precedentes del sistema

¹ José Manuel Díaz de Valdés, Análisis crítico de la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, Revista Actualidad Jurídica N. 30 – Julio 2014, Universidad del Desarrollo, p. 263. El proceso de negociación de estas convenciones fue notable en cuanto a ser el primero abierto a las intervenciones de la sociedad civil sobre los textos propuestos. Así, aquellas organizaciones que tenían el interés y recursos para intervenir tuvieron un impacto relevante en el texto final, lo que explica la observación del Dr. Díaz de Valdés.

² Artículo 1.6 de la Convenciones Interamericanas A-68 y A-69: “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”

interamericano, la validez y efectos de la reserva quedará entregada a la posición que adopte la Corte Interamericana al respecto, lo que a nuestro juicio un problema de falta de certeza jurídica.

II. ANTECEDENTES.

Las convenciones interamericanas contra la discriminación e intolerancia –tanto en su versión contra la discriminación racial, y la segunda más amplia que abarca más de veinticinco categorías sospechosas de discriminación— fueron finalizadas en 2013.

Salvo por un cambio en las menciones contenidas en su articulado –en una se hace referencia al “racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia”, mientras en la otra la referencia es a “toda forma de discriminación e intolerancia”–, **el contenido de ambos tratados es el mismo, tanto en sus definiciones como en los derechos y obligaciones que se generan.**

Originalmente se trataba de una sola convención dirigida al combate de la discriminación exclusivamente racial. Sin embargo, luego de varios años de negociación, los Estados caribeños exigieron la separación del proyecto en dos instrumentos, dedicando uno de ellos exclusivamente a asuntos raciales. Esto respondía a la molestia del bloque CARICOM por el cambio de foco en el proceso, que se apartaba de la intención original hacia asuntos vinculados a la orientación sexual e identidad de género.³

A la fecha, ambos tratados han sido sujetos a un número muy bajo de ratificaciones, explicado en parte por las objeciones sustantivas que se han hecho de los instrumentos desde incluso antes de su aprobación. Al tiempo de escribir estas líneas existen apenas 6 ratificaciones para la convención contra la discriminación racial⁴, y 2 ratificaciones de la convención contra toda forma de discriminación intolerancia (México y Argentina)⁵.

Por supuesto, hay que ser enfáticos en señalar que el objetivo general de estos instrumentos –combatir el flagelo de la injusta discriminación racial y otras– es enteramente loable, y no es objeto de oposición u objeción de nuestra parte. Dicho eso, deben prevenirse dos asuntos.

Primero, que no es ni el primer ni el único instrumento internacional dedicado a este propósito, y así lo hicieron ver algunos Estados antes de iniciar formalmente el proceso de redacción. Las herramientas para combatirlo, por lo mismo, existen, y como expresara la delegación de Canadá en las negociaciones, lo que falta es la voluntad política de seguir implementándolos.

³ Ver, Awaz Roof, The Inter-American Anti-Discrimination Conventions and the Concealed Challenges Ahead, disponible en: <https://ohrh.law.ox.ac.uk/the-inter-american-anti-discrimination-conventions-and-the-concealed-challenges-ahead/>

⁴ Antigua y Barbuda, Brasil, Costa Rica, Ecuador, México y Uruguay. Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-68_racismo_firmas.asp

⁵ Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp

En segundo lugar, y en cuanto al fondo, que este tratado es deficiente y peligroso por el contenido de sus definiciones, y la radical transformación que ellos amenazan con introducir al entramado de derechos humanos como se conocen hasta hoy.

III. ADVERTENCIAS SOBRE SU DEFICIENCIA Y PELIGROS DURANTE EL PROCESO DE CREACIÓN DE LOS TRATADOS.

El proceso de redacción de estos tratados nunca contó con una amplia voluntad política para su creación. Sólo 11 de 35 Estados de la región manifestaron en un inicio que consideraban meritorio preparar una nueva convención regional.⁶

A fin de no extendernos en demasía, nos enfocamos particularmente en la cuestión de la definición de intolerancia durante el proceso de creación de los tratados. Ante la primera propuesta de definición,⁷ la delegación argentina de aquel entonces objetó afirmando 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.”⁸

En cuanto a la primera versión del proyecto, se dejó constancia por el secretariado de que existían preocupaciones de algunas delegaciones con la definición, y que se había hecho la sugerencia de que se sometiera a consulta con la Oficina de Derecho Internacional.⁹ Sin embargo, no existe registro en los documentos de que ella se haya realizado.

Canadá se opuso desde un inicio a la inclusión del concepto de “intolerancia” y que se mandatara la adopción de un enfoque prohibicionista, antes que de otros medios de combate a la discriminación e intolerancia. En atención a su preocupación de que las medidas a las que se obliga el Estado violaran otros derechos, se propuso la inclusión de una cláusula que salvara el problema exigiendo que las medidas adoptadas por el Estado fueran consistentes con los demás derechos humanos y libertades fundamentales;¹⁰ sugerencia que no prosperó.

⁶ Organización de Estados Americanos, 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, disponible en: <https://www.oas.org/consejo/sp/CAJP/docs/DDI%20doc6.esp.%20Cuestionario%20y%20otros.doc>

⁷ “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”. 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.

⁸ 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 No 12.

⁹ 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.

¹⁰ 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”,

La frustración y preocupación canadiense con el curso que tomó el proyecto de tratado derivó en su retiro formal de las negociaciones en noviembre de 2010 y la notificación de que no tenía intención de suscribir la convención resultante. El fundamento de su decisión es directamente relevante:

“...desde el principio de las negociaciones, Canadá manifestó su preocupación sobre el riesgo de que una nueva convención confundiría o debilitaría las normas internacionales ya existentes y representaría una carga excesiva para el sistema interamericano de derechos humanos. Por ello, Canadá ha preferido y sigue prefiriendo el concentrarse en la implementación regional de los acuerdos internacionales existentes en materia de discriminación. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de las Naciones Unidas, por ejemplo, ha sido ratificada ampliamente en todo el mundo, incluso en Latinoamérica y el Caribe. Esta convención dispone amplias medidas para combatir el racismo y otras formas de discriminación. Para Canadá nunca ha quedado en claro de qué manera una convención interamericana promovería las protecciones internacionales ya establecidas.

Asimismo, Canadá ha considerado que cualquier instrumento que emane de este proceso de negociación tendría que ser creíble, asequible y eficaz y que también debería ser congruente con las obligaciones que han contraído los Estados conforme al derecho internacional de los derechos humanos. Canadá no deja de estar preocupada por el hecho de que muchas de las disposiciones del proyecto de convención en su forma actual pueden socavar o ser incompatibles con la protección de tales derechos humanos como la libertad de pensamiento, culto y expresión en el ámbito internacional.”¹¹

En forma similar, el antiguo secretario ejecutivo adjunto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Ariel Dulitzky, fue invitado a dar sus impresiones sobre el proyecto de tratado. En cuanto al concepto de intolerancia y el derecho a ser protegido de ella, Dulitzky señaló:

“...si se decide mantener la definición de intolerancia, es necesario un mayor esfuerzo conceptual para dotarla de un contenido específico y no transformarla en un concepto omnicomprendivo que implique la prohibición por parte de esta convención de muchos comportamientos legítimos en las sociedades democráticas... Lo que esto significa es que, si expreso públicamente mi rechazo, repudio o aversión hacia las personas que promueven ideas liberales, conservadoras, socialistas, socialcristianas, bolivarianas o comunistas, o cualquier otra opinión política diferente a la mía, estaría incurriendo en actos de intolerancia prohibida y no simplemente en disidencia política dentro de una sociedad democrática. ...?”¹²

También el Comité Jurídico Interamericano de la OEA, que en general apoyaba la idea de aprobar una convención amplia contra la discriminación, manifestó su preocupación por la definición de intolerancia en los siguientes términos:

¹¹ 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

¹² 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.

“...Con respecto a la definición de intolerancia, que también se encuentra en el artículo 1, compartimos la observación hecha por algunas de las delegaciones de los Estados en el sentido de que la definición es demasiado amplia, dando lugar posiblemente a que la disidencia sea considerada como intolerancia, cuando ésta es una característica de cualquier sistema democrático...”¹³

Al tiempo de aprobarse el texto definitivo de las convenciones en 2013 (bajo la presidencia de Barack Obama), los Estados Unidos de América insertaron una declaración explicando su negativa a suscribir la propuesta, en los siguientes términos:

“...nos preocupa que algunas disposiciones de los proyectos de convención puedan socavar o sean incompatibles con las protecciones del derecho internacional de los derechos humanos, incluidas las relacionadas con las libertades de expresión y asociación. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de la que 175 países son Estados Partes, entre ellos 33 miembros de esta organización, prohíbe la discriminación por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, y obliga a los Estados Partes a “comprometerse a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas”. Dado que este sólido régimen de tratados mundiales ya proporciona una protección completa en este ámbito, no es necesario un instrumento regional y se corre el riesgo de crear incoherencias con este régimen mundial.”¹⁴

IV. LA “INTOLERANCIA” COMO CONDUCTA ANTIJURÍDICA: UNA NOVEDAD INCOMPATIBLE CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN PROTEGIDA ACTUALMENTE EN LA REGIÓN.

El principal punto de preocupación –suficiente para fundamentar la decisión de no ratificar ninguna de las convenciones, a nuestro juicio–, dice relación con su elemento normativo más novedoso, que es la introducción de la **definición de intolerancia como una acción humana a ser prohibida**. Ambas convenciones tienen una definición excesivamente amplia del concepto de “intolerancia” que es susceptible de ser abusada y que posiblemente tendrá un efecto de censura contrario a la libertad de expresión.

Se le denomina intolerancia a todo **“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**”.

A. CONCEPTO INACEPTABLEMENTE VAGO POR DEFECTO DE SOBRE INCLUSIÓN, QUE IMPIDE CONOCER CON PRECISIÓN AQUELLO SUJETO A PROHIBICIÓN Y CASTIGO.

¹³Comité Jurídico Interamericano, Comentarios al proyecto de Convención Interamericana contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia (2010), OEA/Ser.QCJI/doc.339/09rev.2.

¹⁴ Declaración de los Estados Unidos de América adjunta como nota al pie de las resoluciones de la Asamblea General de la OEA que adoptó las convenciones – AG/RES.2804 (XLIII--O/13) y AG/RES.2805 (XLIII--O/13)–, el 05 de Junio de 2013.

¹⁵ En la versión oficial en inglés, el término utilizado es “*expressions*”, lo que no deja lugar a duda de que la conducta prohibida abarca la mera emisión de palabras, sea por escrito o de manera oral.

Por su tenor literal, la definición incluye todas y cada una de las diferencias de opinión en cualquier debate, sea político, moral, científico o de otro tipo. La aplicación de la convención en el ordenamiento jurídico nacional volverá ilegítima cualquier acción o expresión en oposición o desacuerdo, falta de apreciación o deferencia hacia las convicciones u opiniones sostenidas por otro por el hecho de ser diferentes o contrarias a las de quienes se expresan a sí mismos, sin que exista un umbral discernible de gravedad o malicia establecido en las convenciones que permita limitar sus efectos. **Es necesario destacar que la convención concibe la intolerancia como un actuar antijurídico de mera actividad, no siendo necesaria la producción de un resultado o perjuicio para que ella deba ser sancionada.**

El concepto de “intolerancia” que los Estados se obligan a aceptar, prohibir, prevenir y penalizar no es capaz de soportar el escrutinio que actualmente se aplica a las leyes nacionales que restringen o prohíben la libertad de expresión. Como se ha señalado tanto en el sistema interamericano de derechos humanos, como por parte del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, uno de los requisitos *sine qua non* para la validez de las restricciones es que la conducta o contenidos restringidos deben estar descritos con suficiente precisión para que aquellos a quienes va dirigida la norma tengan certeza sobre lo que se encuentra cubierto por la prohibición, a fin de ajustar su conducta.¹⁶

En el caso de la definición de intolerancia, la falta de certeza es producto de la sobre inclusión o cobertura desmedida de conductas prohibidas. Esto es, dado que los términos descritos abarcan todo acto o manifestación de rechazo por las convicciones, características¹⁷ u opiniones de otros, las únicas conclusiones posibles son que, literalmente se encuentra prohibido manifestar desacuerdos en todo orden de cosas –un resultado manifiestamente absurdo, indeseable, y contrario a la realidad de la vida humana–, o bien que aquello que está prohibido será, en realidad, lo que aquellos llamados a hacer cumplir la ley decidan que debe ser castigado. En ese sentido, las convenciones conllevan un serio riesgo de regresión hacia un **“gobierno de hombres y no de las leyes”**. Esto es, que aquellos que esgriman el poder punitivo son verdaderamente quienes determinan el derecho, pues son las disposiciones del tratado las que justifican un poder omnímodo para castigar, el que luego será utilizado a discreción y con arbitrariedad;¹⁸ lo anterior con el consiguiente efecto intimidatorio y supresor de la libertad de expresión de las personas. Esto es aberrante y repugna a toda noción de estado democrático de derecho.

B. ESTABLECIMIENTO DE UNA NUEVA CATEGORÍA DE DISCURSOS PROHIBIDOS QUE HASTA HOY SON PROTEGIDOS.

¹⁶ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General N. 34, Artículo 19: libertades de opinión y expresión, §25. En la región americana, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión” (2010), §107, las normas que limitan la libertad de expresión **“deben estar redactadas con tal claridad que resulte innecesario cualquier esfuerzo de interpretación.”**

¹⁷ Se hace notar que el texto nada dice sobre si aquellas son positivas o negativa, virtuosas o viciosas, buenas o malas, etc. La cobertura es objetiva.

¹⁸ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General N. 34, Artículo 19: libertades de opinión y expresión, §25. Una ley restrictiva de la libertad de expresión **“no puede conferir a los encargados de su aplicación una discrecionalidad sin trabas para restringir la libertad de expresión. Las leyes deben proporcionar suficientes orientaciones a los encargados de su ejecución para que puedan distinguir cuáles expresiones pueden restringirse correctamente y cuáles no.”**

Por otra parte, el efecto inmediato y directo de la ratificación de estas verdaderas “convenciones mordaza” sería alterar de manera radical el marco jurídico de la libertad de expresión en los Estados que la ratifiquen.

Bajo la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las únicas **expresiones que deben estar prohibidas** por el Estado actualmente son aquellas que constituyen “*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.*” (art. 13.5). Toda otra expresión se encuentra protegida por el derecho, y el Estado solo **puede** restringirlas de manera excepcional cumpliendo requisitos estrictos (es decir, la CADH permite restricciones, pero no las exige como obligación jurídica).

Las convenciones mordaza alteran aquella estructura, creando una nueva categoría de expresiones que deben estar prohibidas. El artículo 4 establece la obligación de todo Estado que ratifica la convención de “**prohibir y sancionar... todas las manifestaciones de...intolerancia.**” Así, todas las expresiones de rechazo en torno a las convicciones u opiniones de otros ahora quedan cubiertas bajo la prohibición categórica del nuevo tratado.

En términos simples y directos: con la entrada en vigor de las convenciones analizadas, el efecto neto sobre la libertad de expresión en la región es que a partir de entonces existen más discursos prohibidos que los que lo estaban hasta antes de su vigencia. Los nuevos discursos prohibidos son los mismos que hasta hoy gozan de protección bajo la Convención Americana de Derechos Humanos, la que en cambio se precia de resguardar no sólo los discursos inofensivos o indiferentes, sino también aquellos que “*ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población.*”¹⁹ Bajo las nuevas convenciones, la Convención Americana ya no puede garantizar lo anterior.

C. MODIFICACIÓN RADICAL EN EL DISEÑO ARQUITECTÓNICO DEL ORDENAMIENTO PROTECTOR DE DERECHOS HUMANOS CON LA INCORPORACIÓN DE UN NUEVO DERECHO HUMANO.

Las convenciones **crean un derecho humano enteramente nuevo a ser protegido de la intolerancia** en todas las esferas de la vida, sean ellas públicas o privadas (artículo 2). Este derecho bien puede caracterizarse como un derecho individual a “no sentirse ofendido”, siendo exigible al Estado adoptar todas las medidas necesarias para que nadie sea víctima de tal ofensa (“intolerancia”).

Este nuevo derecho pasa a ser un límite previamente inexistente para las libertades fundamentales reconocidas en los tratados de derechos humanos. Al tiempo de crearse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos existía un consenso –manifestado en el texto– sobre el contenido de los derechos y los límites a los que ellos estaban sujetos. Así, las libertades fundamentales están sujetas a la limitación consistente en los derechos de otros, y esos derechos son los que están recogidos en los mismos tratados internacionales. A esto podemos llamar el diseño arquitectónico original del derecho internacional de los derechos humanos.

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión” (2010), §31.

Las convenciones bajo análisis irrumpen en este esquema rompiendo el equilibrio diseñado originalmente. Las libertades de expresión, religión, reunión, asociación, movimiento y residencia están todas sujetas a una cláusula de restricción o limitación de derechos autorizada con el objeto de asegurar los derechos de otros. El derecho a ser protegido de la intolerancia restringirá por tanto el ámbito de protección de todas estas libertades, más allá de su extensión original. Las libertades señaladas subsistirán en nombre, pero en cuanto a su contenido y protección ellas empiezan a ser desdibujadas, al punto de hacerse eventualmente irreconocibles.

Cabe hacer notar que, en contraste, los derechos que las convenciones pretenden crear no están sujetos a una cláusula de limitación semejante a las de las libertades. Se abre la puerta a derechos absolutos frente los cuales la libertad de expresión y de opinión son derrotadas por otros de una categoría superior.

V. CONSIDERACIONES FINALES.

A. OTROS ASUNTOS QUE MERECE UN ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DETALLADA –QUE DEJAMOS PARA UNA DISCUSIÓN POSTERIOR A FIN DE NO SOBRE EXTENDERNOS– INCLUYEN:

- i. La omisión de abordaje del efecto jurídico de la presencia de las categorías sospechosas (artículo 1.1);²⁰
- ii. El inconveniente concepto de la discriminación múltiple (artículo 1.3),²¹
- iii. La cesión de soberanía encubierta bajo la obligación de proteger derechos “*consagrados... en la jurisprudencia de las cortes internacionales y regionales de derechos humanos*” (artículo 4.viii; aceptando la validez de derechos de creación pretoriana);
- iv. El deber de establecimiento de cuotas garantizadas en los poderes del estado (artículo 9; dando paso de manera plausible a la obligación de crear tantas cuotas como categorías sospechosas recoge la convención);
- v. La prohibición y penalización de elaboración y uso de contenidos, métodos o herramientas pedagógicos que “reproduzcan estereotipos o preconceptos” en relación con cualquiera de las categorías sospechosas, sin abordar con precisión qué ha de entenderse por tal, en circunstancias de que existen amplios desacuerdos políticos sobre esta materia. La Convención deposita en el Estado la legitimación para –literalmente– censurar materiales que consideren contrarios a este mandato (artículo 4.x).

B. INEXISTENCIA DE PRONUNCIAMIENTOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO QUE CONDUZCAN A CONCLUSIONES DISTINTAS A LAS DELINEADAS EN ESTE INFORME.

Es también importante hacer notar que desde los tiempos en que se negociaron las convenciones y hasta el presente, no han existido pronunciamientos ni de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos ni de la Corte, que den luces sobre una lectura distinta de las normas a la que acá hemos señalado.

²⁰ Díaz de Valdés, op. cit., p. 258.

²¹ Id., p. 262.

Es más, durante el proceso de negociación de ambos tratados se le solicitó su impresión a la CIDH precisamente porque –como ya se vio más arriba– distintos Estados manifestaron una inquietud sobre los alcances de la libertad de expresión y si existía conflicto con la prohibición de la intolerancia.²² Pero la Comisión nunca respondió a las solicitudes de información (o ella no se encuentra públicamente disponible).

Con posterioridad a la aprobación del tratado, la CIDH se ha abstenido de pronunciarse sobre la manera en que ambos cuerpos legales habrían de coexistir, excusándose en que el tratado no se encontraba vigente, y que sólo una vez que lo estuviera es que ella estaría llamada a **“interpretar la relación que existe entre dicha convención y la Convención Americana.”**²³

C. POSIBLE INEFICACIA DE INTENTOS DE RESERVAR A LA DEFINICIÓN DE INTOLERANCIA CONTENIDA EN EL TRATADO.

En otras oportunidades se nos ha consultado sobre la posibilidad de realizar reservas a estos tratados, en miras a propiciar su ratificación a la vez que se impide la concreción de los riesgos acá señalados.

Ambas convenciones admiten la inclusión de reservas en línea con las reglas generales que rigen en la materia, conforme a la convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Pero las reservas sólo son válidas en cuanto ellas no son “incompatibles con el objeto y fin del tratado” y en la medida de que “versen sobre una o más de sus disposiciones específicas” (artículo 19, el destacado es nuestro). Consideramos difícil e incierto sostener la validez de una reserva a la definición de intolerancia.

Como es claro, las definiciones del artículo 1 constituyen el corazón del proyecto, pues ellas son precisamente lo que el Estado se compromete a prohibir, prevenir y castigar. En efecto, el objeto de los tratados es evidente en su mismísimo título, ya que ellas no se adoptan sólo para combatir la discriminación, sino que también la intolerancia. Luego, sería difícil sostener que no contraría el objeto y fin de los tratados el hacer reserva de la obligación de combatir uno de los dos elementos centrales, en los términos que la Convención lo define.

En ese sentido, es previsible que se argumente que reservar a uno de los conceptos operativos centrales es incompatible con el objeto y fin, y por ello inválido. En tales circunstancias, la evaluación de los efectos y validez de dichas reservas quedará sujeta a lo que argumenten la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el punto.²⁴

²² 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, disponible en: http://scm.oas.org/doc_public/ENGLISH/HIST_12/CP28337E07.doc

²³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe: Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América (2015), §241.

²⁴ Haciendo uso de la herramienta doctrinal conocida como “*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*”, para determinar por sí la extensión de sus poderes y competencia, la Corte Interamericana ha considerado que se encuentra dentro de sus atribuciones examinar y realizar juicio sobre las reservas o limitaciones adoptadas por el Estado, aún si ningún Estado parte ha manifestado una objeción, siguiendo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ver, Corte IDH, caso Hermanas Serrano Vs. El

D. INEXISTENCIA DE CONSECUENCIAS JURÍDICAS ADVERSAS POR LA NEGATIVA A RATIFICAR LAS CONVENCIONES BAJO ANÁLISIS.

Finalmente, no sobra recordar que no existe una obligación de los Estados de ratificar estos tratados. El hacerlo o no es una manifestación de su indiscutible soberanía. Por lo mismo, y contra lo que algunos han sugerido sin razón, no existen consecuencias jurídicas adversas por no aprobar y ratificar las convenciones propuestas y sobre las cuáles se nos ha solicitado emitir concepto jurídico.

Es relevante tener a la vista como antecedente que no es la primera vez que se realizan llamados a la ratificación de las convenciones (en realidad, es una ocurrencia común dentro de la OEA) y que países anfitriones de la Asamblea General de la OEA han rechazado explícitamente el sumarse a tales llamados o a la ratificación de las convenciones, atendiendo a su entendimiento de la incompatibilidad de sus disposiciones con los estándares de derechos humanos vigentes a la fecha. Este fue el caso documentado de Guatemala (2014)²⁵ y Paraguay (2015)²⁶ en el pasado reciente.

Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118., desde párrafo 57. Ver también Corte IDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, y Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3.

²⁵ El presidente Otto Perez Molina presidió la Asamblea General de la OEA en Antigua, Guatemala. En aquella oportunidad fue enfático en señalar que su país no aprobaría de estas Convenciones. Ver, <https://www.americaeconomia.com/politica-sociedad/oea-aprueba-con-la-reserva-de-guatemala-y-chile-dos-convenciones-humanitarias>

²⁶ El canciller paraguayo anunció públicamente el rechazo de su país a las convenciones, en el marco de la Asamblea General llevada a cabo en Paraguay, respaldado por el Senado paraguayo, que emitió una resolución en que llamaba al gobierno a rechazar estos tratados: <https://www.elmundo.es/america/2014/05/31/538a1fdeca4741593e8b4573.html>