

# 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

# 75



Enero - Junio 2022



Embajada de Noruega  
*Ciudad de México*

REVISTA  
IIDH

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

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

I. 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: Jacinta Escudos*

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

*Impresión litográfica: Litografía Imprenta Versailles*

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](mailto: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](mailto:s.especiales2@iidh.ed.cr)  
[www.iidh.ed.cr](http://www.iidh.ed.cr)

## Índice

<b>Presentación</b> .....	7
<i>José Thompson J.</i>	
<b>Gestación por sustitución: las minorías o mayorías frente a la última palabra de jueces y juezas</b> .....	13
<i>Camila Denise Beguiristain</i>	
<b>El impacto en la privacidad por las medidas de salud pública en torno a la pandemia de COVID-19</b> .....	61
<i>Eduardo Bertoni</i>	
<b>Nuevas posibilidades de comunicación, nuevos peligros, nuevos desafíos: La libertad de expresión y el discurso de odio en internet</b> .....	101
<i>Martina Brun Pereira</i>	
<i>Brahian Furtado Duarte</i>	
<i>Belén Hernández Rimoldi</i>	
<i>Federico Pereyra Burghi</i>	
<b>Acceso a la Información Pública: aplicación de la primera ley en Argentina y desafíos para la región</b> .....	133
<i>Marcelo Krikorian</i>	
<b>Defender derechos humanos: un derecho sin reconocer, una crisis latente</b> .....	169
<i>Adriana Carolina Lozano Olarte</i>	
<i>Yleana Montserrat Balboa Rivera</i>	



---

<b>La reunificación familiar de personas refugiadas y migrantes de Venezuela en la Región:</b>	
<b>Proceso de Quito .....</b>	<b>201</b>
<i>Juan Sebastián Medina Canales</i>	
<b>Tratamiento actual de datos personales de salud e intimidad humana .....</b>	<b>229</b>
<i>Diego Mendy</i>	
<b>El control de convencionalidad: Es posible la aplicación y la interpretación por parte de la autoridad pública....</b>	<b>253</b>
<i>Carlos Ordaya López</i>	
<b>Afrodescendientes en las Américas y el derecho a la educación: El caso de Uruguay .....</b>	<b>291</b>
<i>Oscar Zumbi Rorra Rodríguez</i>	

## Presentación

Para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos es motivo de gran satisfacción la salida a la luz pública de su Revista IIDH número 75, la más reciente de una tradición que comenzó en 1985, y que durante 37 años continúa difundiendo doctrina y debates especializados en materia de derechos humanos. En esta edición el IIDH hace un homenaje a uno de sus cursos de formación más emblemáticos, el Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. El Curso Interdisciplinario se lleva a cabo anualmente desde 1983, por lo que en el presente año 2022 sumará 40 ediciones.

El Curso es un espacio intersectorial y multidisciplinario permanente para la capacitación en derechos humanos y el Sistema Interamericano de protección, así como para el intercambio de visiones y experiencias de personas provenientes de las entidades de la sociedad civil, las instituciones públicas y los organismos internacionales, que trabajan en favor de la vigencia efectiva de los derechos humanos y la creación y fortalecimiento de la institucionalidad y convivencia democráticas. A la fecha es reconocido como el punto de convergencia académico más importante para el movimiento de derechos humanos en las Américas, entre sus miles de exalumnos/as se cuenta buena parte de los líderes y activistas de derechos humanos en el continente.

Por lo tanto, para este número de la Revista se han elegido contribuciones académicas de personas que han formado parte del Curso, ya sea como exalumnos y exalumnas, como parte de su cuerpo docente, o que son cercanas colaboradoras de

este Instituto en sus acciones de promoción y protección. Los artículos abordan situaciones contemporáneas en materia de derechos humanos, con las que se busca contribuir a ahondar en el debate en este campo y a propiciar el desarrollo de nuevos conocimientos.

Brevemente, a continuación se reseñan los artículos que contiene esta edición, comenzando con la contribución de Camila Denise Beguiristain. Su artículo *Gestación por sustitución: las minorías o mayorías frente a la última palabra de jueces y juezas* busca demostrar cómo el poder judicial, a través de una actitud dialógica, podría activar la labor legislativa para garantizar los derechos (no) reproductivos -en particular, la gestación por sustitución- del colectivo LGBTI. Para ello, desarrolla el criterio de (no) discriminación por sexo y orientación sexual en torno al colectivo LGBTI; explica la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida y su vinculación con los DESCA; evidencia los inconvenientes del control robusto de constitucionalidad-convencionalidad; manifiesta las particularidades que adquiere dicho mecanismo en la justiciabilidad de los DESCA; y expone alternativas de discusión para sortear la -inevitable- "última palabra" de los jueces y juezas frente a conflictos de discriminación estructural y omisión política.

Por su parte, Eduardo Bertoni en *El Impacto por las Medidas de Salud Pública en torno a la Pandemia de Covid-19*, explora la discusión sobre los beneficios de Internet y otras tecnologías para la sociedad, pero también sus efectos al permitir o coadyuvar con posibles violaciones de derechos humanos durante la pandemia. El artículo resume las conclusiones de estudio más amplio (disponible en la página web del IIDH) sobre el impacto en ciertos derechos humanos por parte de normas específicas promulgadas durante o para combatir la enfermedad. El estudio

busca completar un vacío en los esfuerzos para avanzar de mejor manera en la protección de los derechos humanos en un momento en que, por un lado, el uso de la tecnología se vuelve cada vez más crítico, y, por el otro, ante una emergencia sanitaria de proporciones no afrontadas anteriormente.

En *Nuevas posibilidades de comunicación, nuevos peligros, nuevos desafíos: La libertad de expresión y el discurso de odio en internet*, Martina Brun Pereira, Brahian Furtado Duarte, Belén Hernández Rimoldi y Federico Pereyra Burghi observan que el devenir de la modernidad y la globalización han generado un cambio significativo en la estructura de la sociedad donde expresiones vinculadas al discurso del odio, hacen necesaria su regulación. Sin embargo, desde su perspectiva, la ausencia de normativa favorece su proliferación ante la dificultad de determinar cuándo estas manifestaciones se convierten en un ejercicio abusivo de la libertad. Por lo tanto, su artículo analiza si tal discurso goza de protección jurídica en cuanto ejercicio de la libertad de expresión, o si suponen un ejercicio abusivo, quedando fuera de toda protección del ordenamiento jurídico. Asimismo, se consideran posibles herramientas para abordar esta problemática de manera eficiente.

En el artículo *Acceso a la Información Pública: aplicación de la primera ley en Argentina y desafíos para la región*, Marcelo Krikorian hace un análisis de las experiencias de aplicación de la primera ley de Acceso a la Información en Argentina que se encuentra vigente desde el año 2017. El artículo reseña los principales aspectos de la ley y algunas resoluciones emblemáticas de su órgano garante, evidenciando que el trabajo de la Agencia de Acceso a la Información Pública ha significado el desarrollo de notables aportes para la protección de derechos relacionados con el acceso a la información. En particular, se abordan algunos casos que tuvieron lugar en el contexto de

la pandemia COVID-19, tales como información relacionada con los contratos para la adquisición de las vacunas, la política “Ingreso Familiar de Emergencia” e, incluso, la negociaciones con farmacéuticas realizadas vía correo electrónico. A partir de una serie de reflexiones finales, el artículo concluye reconociendo la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública y generando algunas recomendaciones para fortalecer esta agenda común en la región.

El artículo *Defender Derechos Humanos un derecho sin reconocer, una crisis latente*, Adriana Carolina Lozano Olarte e Yleana Montserrat Balboa Rivera analizan el derecho a defender los derechos humanos considerando que tiene un corto desarrollo tanto en el derecho internacional de los derechos humanos, como en los marcos nacionales y en la academia, por lo que su reconocimiento legal y teórico que desemboca en la protección jurídica de los derechos en los cuerpos normativos de cada país apenas está en proceso. Desde su perspectiva, esto abre una ventana de oportunidad para fundamentarlo desde los derechos humanos en medio de la coyuntura actual, en la que se hace necesaria su exigibilidad en medio de las realidades sociales y jurídicas que han desembocado específicamente en América Latina en una crisis, las cuales han permitido que se avive la vulneración de los derechos de aquellas personas que se dedican a la defensa de los derechos humanos.

En su artículo *La reunificación familiar de personas refugiadas y migrantes de Venezuela en la Región: Proceso de Quito*, Juan Sebastián Medina Canales observa el movimiento masivo de personas que atraviesan la carretera Panamericana a partir de la crisis política, social, económica e institucional que tiene lugar en Venezuela, con la esperanza de que otros Estados puedan acogerlos y permitirles empezar nuevamente. Su contribución busca describir los avances sobre la institución de

la familia versus la protección de esta frente a los escenarios de personas refugiadas y migrantes provenientes de Venezuela, sus cambios, normativas y procedimientos para su implementación como parte de las iniciativas presentadas dentro del Proceso de Quito.

Diego Mendy en su artículo denominado *Tratamiento actual de datos personales de salud e intimidad humana* repasa de manera breve las principales problemáticas que surgen en torno al tratamiento que se da de los datos personales de salud sobre el derecho a la privacidad. Al mismo tiempo, realiza una exposición concisa sobre las soluciones jurídicas actuales en ese rubro. El artículo observa que la aplicación de nuevas tecnologías a la atención médica significa una transformación de los servicios de salud pero a su vez conlleva importantes riesgos para la humanidad, especie que se enfrenta a un cúmulo de información sobre sí misma nunca alcanzado que tal vez permita su determinación algorítmica.

En el artículo *El control de Convencionalidad: Es posible la Aplicación y la interpretación por parte de la autoridad pública*, Carlos Ordaya López analiza de qué manera se aplicaría y se realizaría la labor interpretativa del control de convencionalidad por parte de la autoridad pública fuera del Poder Judicial, y como sería el procedimiento a seguir para una correcta aplicación e interpretación de la Convención, ante una norma interna que restringe o limita derechos humanos establecidos en la Convención Americana. Además, pretende establecer el mecanismo correcto para la aplicación e interpretación de este control, sin conllevar a inaplicar una norma interna o interpretar indebidamente la norma con el tratado internacional, ya que de acuerdo con la legislación nacional y jurisprudencial de determinados Estados, la autoridad pública no tiene las facultades para realizar el control difuso de carácter “administrativo”.

Oscar Zumbi Rorra Rodríguez, en *Afrodescendientes en las Américas y el Derecho a la Educación: El caso de Uruguay*, analiza los avances en términos de equidad étnica-racial que hoy existen en Uruguay, particularmente sobre la conquista del derecho a la educación de la población afrouruguaya. Su análisis parte de un desafío, debido al escaso desarrollo de investigaciones sobre la educación desde una perspectiva étnico-racial en dicho país. Por lo tanto, su artículo hace una aproximación teórico-conceptual sobre raza, educación, desigualdad y derecho a la educación a partir de la consulta a material disponible a nivel nacional e internacional, incluyendo estudios sociodemográficos nacionales sobre los indicadores de educación y exclusión afrodescendiente. El estudio evidencia los avances pero también los desafíos para contrarrestar la brecha de desigualdad en el ámbito educativo que evidencia el racismo que aún permanece estructuralmente en la realidad del Estado uruguayo.

Concluyo esta presentación con el agradecimiento de siempre a la cooperación noruega, sin cuyo apoyo no sería posible la producción y difusión de nuestra Revista IIDH, al Consejo Consultivo Editorial por sus valiosos aportes, y a las autoras y autores por sus relevantes contribuciones.

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

# Gestación por sustitución: las minorías o mayorías frente a la última palabra de jueces y juezas

*Camila Denise Beguiristain\**

## 1. Planteamiento

En sistemas como el argentino, el control de constitucionalidad (hoy también de convencionalidad) que ejercen los jueces y las juezas, tensiona los principios democráticos de no exclusión, discusión colectiva y participación efectiva. En otros términos, lo discutible de este mecanismo no solo es qué se decide, sino quién y cómo.

A estas inquietudes se añaden dos más: i) qué sucede cuando los derechos que se discuten son los denominados económicos, sociales, culturales y ambientales –en adelante DESCAs<sup>1</sup>; y, ii) qué acontece cuando las personas involucradas pertenecen a un colectivo que sufre discriminación estructural.

---

\* Abogada, egresada con diploma de honor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Asesora Legal en la Subsecretaría Legal y Técnica de la Secretaría General del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. Maestranda en Derechos Humanos en la Universidad Nacional de La Plata y Maestranda en Género y Políticas Públicas en FLACSO PRIGEPP. Ayudante alumna en Derecho de Familia en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Email: camibegui@gmail.com

1 Toda vez que trastocan cuestiones presupuestarias y de política pública.



Este asunto no es menor ya que, por un lado, se ha discutido la justiciabilidad de los DESCA<sup>2</sup> y, por otro, se ha discrepado acerca de cómo se ha de garantizar la participación de grupos que han sufrido –y aun sufren– vulneración de derechos como efecto de la invisibilización y expulsión del debate.

Lo dicho anteriormente adquiere una relevancia destacable cuando lo que se discute alcanza el carácter de conflicto policéntrico –también llamado “litigio de derecho público”<sup>3</sup>–, tal como sucede con la técnica de reproducción humana asistida de gestación por sustitución.

Desde esta perspectiva, el objetivo de este trabajo consiste en demostrar cómo el poder judicial, a través de una actitud dialógica, podría activar la labor legislativa para garantizar los derechos (no) reproductivos –en particular, la gestación por sustitución– del colectivo LGBTI.

Para esto, propongo: 1) desarrollar el criterio de (no) discriminación por sexo y orientación sexual en torno al colectivo LGBTI; 2) explicar la gestación por sustitución como técnica de reproducción humana asistida y su vinculación con los DESCA; 3) evidenciar los inconvenientes del control robusto de constitucionalidad-convencionalidad; 4) manifestar las particularidades que adquiere dicho mecanismo en la justiciabilidad de los DESCA; y, 5) exponer alternativas de discusión para sortear la –inevitable– “última palabra” de los

---

2 Así como las resoluciones adoptadas cuando estos han sido atendidos por los tribunales de justicia.

3 Aquellos en los que “(...) las demandas no se generan a partir de disputas entre partes privadas acerca de derechos privados. En su lugar, el objeto es la reivindicación de políticas constitucionales o legales”. Chayes, A. “The role of the Judge in Public Law Litigation”. *Harvard Law Review*, No. 89, 1281. Año 2009.

jueces y juezas frente a conflictos de discriminación estructural y omisión política.

## 2. Material y metodología

Comenzaré el trabajo puntualizando en la discriminación estructural del colectivo LGBTI ante la ausencia de la mención explícita como motivo de exclusión social y su repercusión en la vulneración de derechos. Posteriormente analizaré los derechos sexuales y (no) reproductivos en el campo internacional (como integrantes de los DESCAs) para adentrarme específicamente en la técnica de gestación por sustitución y la omisión de su regulación en la República Argentina. Finalmente, señalaré los inconvenientes de un control de constitucionalidad –y convencionalidad– robusto de casos con alta repercusión social y política. Así, concluiré proponiendo posibles soluciones de participación ciudadana efectiva y su repercusión democrática.

Para eso, realizaré un análisis cualitativo de la problemática, mediante un abordaje exclusivamente teórico-documental de los trabajos realizados por distintos/as académicos/as que han estudiado y aportado a la discusión.

## 3. Colectivo LGBTI: ¿inclusión o exclusión?

Sabido es que, a partir del año 1994, nuestra Constitución Nacional incorpora –por medio de su artículo 75, inc. 22– una serie de Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, cuyos contenidos serán complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. De esta manera

–y tal como se explicará en el capítulo V–, los jueces y juezas están compelidos a fundar sus sentencias en consonancia con lo dispuesto por la Ley Fundamental y los mencionados Tratados (lo que se conoce como control de constitucionalidad y convencionalidad respectivamente)<sup>4</sup>.

Ahora bien, ¿qué sucede con el colectivo LGTBI<sup>5</sup> y la letra de esta normativa? Al examinar su contenido nos encontramos que se hallan invisibilizados por omisión<sup>6</sup>, ya que en ninguno de estos instrumentos existe mención alguna de este grupo<sup>7</sup>. Por consiguiente –y atento a que el derecho es un discurso performativo–, la exclusión, discriminación y vulneración de derechos resulta más sencilla y frecuente.

De esta manera, frente al fracaso de la protección directa, debemos recurrir a ciertos artículos que deben ser entendidos en

---

4 Tal como lo sostuvo la CIDH en los casos *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* y *Gelman vs. Uruguay*.

5 Denominación utilizada para hacer referencia al colectivo de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales.

6 Por supuesto que, el hecho de que una situación sea regulada por el derecho, no nos asegura su pleno reconocimiento; pero sí constituye un paso significativo. La invisibilización es la base para las múltiples violaciones de derechos sobre aquello que constituye algo extraño, sobre aquello a lo que el derecho, por no nombrar y reconocer, le niega subjetividad.

7 En el año 2013, se adoptó la Convención Interamericana Contra Toda forma de Discriminación e Intolerancia previendo, en su artículo 1, inc. 1, párrafo dos, a la orientación sexual, identidad y expresión de género como motivos de discriminación. Sin embargo, al día de hoy, sólo dos Estados la han ratificado (México y Uruguay). Por su parte, la República Argentina sólo la ha firmado.

clave (enfoque) de derechos humanos<sup>8</sup> y perspectiva pro persona<sup>9</sup> para lograr su protección. Por un lado, nuestra Constitución Nacional consagra –en su artículo 16– que todos/las los/las habitantes son iguales ante la ley. Por el otro, en el terreno internacional, se avanza un poco más.

En un primer momento –al finalizar la Segunda Guerra Mundial y al crearse la ONU en el año 1945– se reconoce en la Carta de las Naciones Unidas, la igualdad de derechos entre hombres y mujeres y el respeto universal a los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos/as, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo<sup>10</sup>, idioma o religión. Posteriormente la Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1948 y los Tratados Internacionales generales de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales –ambos del año 1966– adicionan como motivos de discriminación al color, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la

---

8 El Estado peruano lo define como “una aproximación conceptual y metodológica basada en los estándares y principios de derechos humanos que sostienen que el desarrollo debe orientarse a promover y proteger los derechos humanos para que sean ejercidos plenamente por todas las personas”. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Formulación de políticas públicas y proyectos de desarrollo. Guía para aplicar el enfoque basado en derechos humanos (EBDH)*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima, 2013. Pág. 15.

9 “Constituye una herramienta útil para el examen hermenéutico de situaciones de derechos humanos desde una mirada integral, lo cual permite a quienes analizan y aplican los instrumentos internacionales a interpretar las normas y resolver los asuntos en concordancia con los fines que poseen las disposiciones jurídicas de tutela de los derechos fundamentales (...); “(...) debe constituir el método de trabajo por excelencia de las instituciones internacionales (...)” así como también el de todos los poderes de un Estado, atravesando de manera transversal a las políticas públicas. Salvioli, Fabián. “La perspective pro personne: un mécanisme d’interprétation contemporaine des instruments internationaux des droits humains” en: *Reciprocité et universalité, Mélanges en l’honneur du professeur Emmanuel Decaux*, Ed. Pedone, Paris, Francia, 2018. Págs. 897-911.

10 Alude al binario mujer-hombre, sin reconocer otras sexualidades.

posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social.

Como se observa, estas cláusulas hacen visibles nuevos motivos y dejan abierta la oportunidad de incluir otros mediante las frases “tales como” y “cualquier otra condición social”. Tratados más modernos (como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias), continuaron adicionando motivos tales como: la edad, la discapacidad, la nacionalidad, el estatus marital. “Sin embargo y nuevamente, pese al trabajo, acciones y peticiones de la comunidad LGBT, la orientación sexual como motivo de discriminación todavía no ha sido expresamente mencionada en los tratados de derechos humanos. ¿Por qué? ¿No existe tal discriminación/violencia o no es generalizada?”<sup>11</sup>.

A nivel regional, la protección de Derechos Humanos en el sistema interamericano por el Pacto de San José de Costa Rica –del año 1969– y el Protocolo Facultativo de San Salvador, tampoco prevé la orientación sexual como motivo de discriminación.

Sin embargo, sentencias judiciales, informes y otros instrumentos internacionales, muestran la existencia de casos de discriminación, violencia y violación de derechos en razón de la orientación sexual y la necesidad de reconocimiento, prevención, reparación y sanción frente a los mismos. Por ejemplo, en el

---

11 Tapias, Nancy. “Exclusión/inclusión de la orientación sexual en el Derecho Internacional: El concepto de género en el estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Otros cuerpos, otras sexualidades*. José Fernando Serrano, coordinador académico Ciclo Rosa, compilación e introducción. 1a. Ed. Instituto Pensar. Bogotá, 2006. Pág. 105.

caso *Karen Atala Riffo, y las niñas M., V. y R. vs. Chile*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante CIDH– estableció que la orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención y, “en consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”<sup>12</sup>. Y continúa: “un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual, la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención”<sup>13</sup>.

A su vez, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –CDESC– también ha expresado su preocupación en torno a la discriminación y violencia en razón de la orientación sexual. Así, en las Observaciones Generales 14 y 15, prohibió cualquier discriminación en el acceso a la salud y/o al agua en razón de la orientación sexual y recomendó a los Estados incluir la perspectiva de género en sus políticas. Posteriormente, en la Observación General No. 22 –referida al derecho a la salud sexual y reproductiva– dispone que determinadas personas, como las lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales sufren formas múltiples y concurrentes de discriminación que agravan la exclusión en la legislación y en la práctica, y continúa

---

12 Véase Fallo CIDH *Karen Atala Riffo, y las niñas M., V. y R. vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de fecha 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239. Considerando 91.

13 *Ibid.*, Considerando 93.

afirmando que “la no discriminación, en el contexto del derecho a la salud sexual y reproductiva, abarca también el derecho de todas las personas, incluidas las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales, a ser plenamente respetadas por su orientación sexual, identidad de género o condición de intersexualidad”<sup>14</sup>.

Podemos advertir, que en este último comentario –del año 2016– el CDESC va más allá y menciona a las personas intersexuales –es decir, aquellas que al momento del nacimiento presentan una ambigüedad sexual<sup>15</sup>– lo cual resulta sumamente lógico si tenemos en cuenta que la categoría “sexo” a la que refieren los Tratados Internacionales alude al binarismo femenino/masculino, excluyendo otras sexualidades.

---

14 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2006). Observación General No. 22, Relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Base de datos de los órganos de tratados de las Naciones Unidas. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. Recuperado de: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=9&DoctypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=9&DoctypeID=11)

15 Respecto de estas personas, “Se entendía –y entiende– que era necesario reasignarles un sexo por medio de estándares protocolizados que acarrearán –y siguen al día de hoy– tratamientos quirúrgicos y hormonales. Pero, ‘el problema no es que el cuerpo no tiene sexo o no es sexuado, lo es; el problema no es que el proceso fisiológico de sexuación no funcionó, funcionó; el problema, para los médicos, es que funcionó mal: no dio lugar a una identidad sexual identificable como «macho» o «hembra». Por eso la intervención consiste en intervenir sobre esos cuerpos inter sexos para asignarles, no un sexo (ya tienen uno), sino el buen sexo”. Para mayor ahondamiento véase Beguiristain, Camila D. *De la ficción del sexo y género femenino: una propuesta para su deconstrucción*. MicroJuris Argentina. Buenos Aires, 2020. Págs. 2 y 3.

En consecuencia, al momento del nacimiento, a estas personas le son violados muchos de sus derechos –con o sin el consentimiento de sus progenitores–.

Por su parte, el Consejo de Derecho Humanos –por medio de un experto independiente– publicó un informe sobre las “Terapias de conversión”<sup>16</sup> –de mayo del corriente año– analizando los efectos de las mismas sobre las personas sometidas a ellas, sus implicancias para sus derechos humanos y su relación con la violencia y discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Desde otro enfoque, y con la mirada puesta en el goce y ejercicio de los derechos humanos en las cuestiones de orientación sexual e identidad de género, los Principios de Yogyakarta<sup>17</sup> del año 2006, fueron expuestos como una carta para los derechos del colectivo LGBTI, afirmando la obligación que les cabe a los Estados la implementación de los derechos fundamentales en base a los mismos.

Estos –y muchos más– ejemplos en el campo del derecho internacional, demuestran la indudable importancia de reconocer, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos de las

---

16 Oficina del Alto Comisionado. “Experto de la ONU pide la prohibición global de las prácticas conocidas como ‘terapias de conversión’”. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. 2020. Recuperado de: <https://acnudh.org/experto-de-la-onu-pide-la-prohibicion-global-de-las-practicas-conocidas-como-terapias-de-conversion/>.

17 Documento elaborado a petición de Louise Arbour –ex Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004-2008)–, por 16 expertos en derecho internacional de los derechos humanos de diversos países, incluyendo miembros de la Comisión Internacional de Juristas, del Servicio Internacional para los Derechos Humanos, académicos y activistas, reunidos en la ciudad de Yogyakarta, Indonesia, en la Universidad de Gadjah Mada, entre el 6 y 9 de noviembre de 2006. Contiene 29 principios –aprobados por unanimidad– e incluye recomendaciones a los gobiernos, las instituciones intergubernamentales regionales, la sociedad civil y a la propia organización de las Naciones Unidas. Pero, dado que no fueron aprobados en el marco de un Tratado, no resulta un instrumento jurídicamente vinculante para los Estados.



personas LGBTI, aunque, como se ha resaltado, queda mucho camino por andar atento a que su protección resulta ser indirecta/ implícita o a través de casos individuales e instrumentos internacionales de “derecho suave” (*softlaw*). Esto refleja –una vez más– la construcción de identidades que realiza el derecho, fijando, fortaleciendo y reafirmando un sistema de poder heterosexual, patriarcal, androcéntrico y binario.

Como resultado del silencio y la falta de regulación expresa que prohíba la discriminación al colectivo LGBTI, la violencia y discriminación tienen una alta probabilidad de volverse tolerada, no sancionada y, muchas veces, animada por el propio Estado o sus gobernantes. Incluso, las mismas personas que pertenecen a esta colectividad terminan “naturalizando” la violencia que se les ejerce, porque:

La violación de los derechos reconocidos genera, en principio, una reacción legal, el movimiento del aparato judicial para investigar y sancionar a quienes cometen la infracción –así esto no se logre– y proteger, en lo posible, a las víctimas. Mientras tanto, la violación de los derechos que no son reconocidos por normas (...) genera un completo desinterés por parte de las instituciones del Estado. No se investiga, ni se juzga, ni se castiga a quien viola estos derechos, e incluso se aprueba tácitamente la conducta violatoria y, en todo caso, se la exime de cualquier reproche social<sup>18</sup>.

En razón de lo expuesto, resulta claro que dicho grupo ha padecido –y aun hoy enfrenta– discriminación estructural. En la causa *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, del año 2016, la CIDH aporta elementos para delimitar y reconocer cuando estamos frente a dicha situación. Sin dar una definición explícita ni mencionar qué grupos están sometidos a dicha

---

18 Fajardo Arturo, Luis Andrés. “Derechos Humanos y LGBT. Marco Legal en Colombia”, en: *Otros cuerpos, otras sexualidades...* Pág. 140.

discriminación, el voto de Eduardo Ferrer Mac-Gregor menciona –a modo enunciativo– los siguientes componentes:

- i) la presencia de un grupo –sean mayoría o minoría– de personas o grupos de personas –es decir, la existencia de una situación colectiva–, cuyas particularidades son inmodificables por su propia voluntad o se relacionan con factores históricos de discriminación;
- ii) que dicho grupo se ha encontrado en una situación sistemática y generalizada de exclusión;
- iii) pudiendo ser –o no– histórica<sup>19</sup>;
- iv) que puede centrarse en una zona geográfica del Estado o manifestarse en todo su territorio; y,
- v) que se ejerce de hecho<sup>20</sup>.

Con respecto a las minorías sexuales, se utilizó el término de discriminación estructural en el caso –ya mencionado– *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. En su considerando 92, la Corte resalta que:

La reproducción de estereotipos (...) están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales (...),

---

19 Si bien la noción de discriminación estructural permite canalizar situaciones de grupos históricamente excluidos, no se agota en ellos. Por lo tanto, no resulta ser este un requisito esencial.

20 Sagüés, María Sofía. “Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico”, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela y Flores Pantoja, Rogelio (coordinadores). *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia Interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro. 1ª. Ed. Querétaro, 2018.

particularmente relacionadas con el acceso a la justicia y la aplicación del derecho interno. Por ello, algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo sustitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGBTI<sup>21</sup>.

De ahí que, volviendo al artículo 16 de nuestra Constitución Nacional, éste requiere un análisis diferenciado de su clásica concepción. Es decir, ya no puede aplicarse un derecho a ciegas de las particularidades que presentan y sufren determinados grupos. Dicha concepción –que es propia de la noción de la igualdad como la no discriminación o también llamada igualdad formal– falla en no considerar que la desigualdad no solo se manifiesta por la injusta distribución de los bienes, sino también por la falta de reconocimiento. Esta última –denominada igualdad como no sometimiento–, es planteada en términos de identidades dominantes, que someten y excluyen e identidades dominadas, que son sometidas y excluidas; incluso, comprende que la desigualdad no es producto de un orden natural, sino más bien producto de una estructuración social dada.

Además, esta discriminación como sujeción, pone especial atención en las denominadas categorías sospechosas como motivos de distinción, que son “(...) aquellas que: (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de los cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas, y (iii) no constituyen per se criterios que permitan efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales”<sup>22</sup>.

---

21 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de fecha 24 de febrero de 2012, Serie C, No. 239, párrafo 267.

22 Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín. “Hacia la reconstrucción de

Resulta claro pues, que la orientación sexual constituye una de estas.

Es por ello que, Fiss y MacKinnon rechazan la noción de igualdad como no discriminación porque, si bien no se opone a la idea de discriminación como no sometimiento, esta última incluye el dato sociológico de la situación del grupo desplazado por el grupo dominante, lo que vuelve a la primera incompleta<sup>23</sup>.

Este nuevo fundamento presupone una Constitución como límite positivo y negativo, implicando que el Estado, no sólo se encarga de evitar tratos desiguales irrazonables, sino que también está obligado a hacer todo lo necesario para evitar la perpetuación de situaciones en las que personas que integran determinados colectivos han sido sistemática e históricamente excluidas por su pertenencia a los mismos<sup>24</sup>.

Ahora bien –y para finalizar este capítulo– es importante remarcar que “esta clase de discriminación, practicada históricamente sobre mujeres, afrodescendientes, pueblos originarios, miembros del colectivo de lesbianas, gays, bisexuales y trans (LGBT), entre otros, requiere de medidas de acción positiva (...) y que (...) a diferencia del resto de las fórmulas de igualdad, esta no puede ser resuelta sin introducir la voz de los afectados y afectadas”<sup>25</sup>.

---

las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento”. En: *Inclusión, ius commune y justiciabilidad...* Pág. 30.

23 Saba, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desventajados?* 1ª. Ed. Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires, 2006.

24 Alegre, Marcelo. “El principio de igualdad”, en: Gargarella, Roberto (coordinador). *La constitución en 2020. 48 propuestas para una sociedad igualitaria*. 1ª. Ed. Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires, 2011.

25 Clérico, Laura; Ronconi, Liliana y Aldao, Martín. “Hacia la reconstrucción de

#### 4. Gestación por sustitución: del acceso a los derechos sexuales y (no) reproductivos

La gestación por sustitución es una de las practicas existentes dentro de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA)<sup>26</sup> que “(...) tiene la particularidad de comprometer el cuerpo y la salud de una tercera persona<sup>27</sup> (gestante), que está de acuerdo con otra o con una pareja (requerentes), para que esta/s alcance/n la maternidad y/o paternidad. Es decir, que involucra a una tercera persona – gestante– con quien el/la nacido/a no tendrá vínculo jurídico filial alguno, más allá del derecho ulterior a conocer su origen genético-gestacional”<sup>28</sup>.

Pese al –correcto– intento de regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación –en adelante CCYCN– en el artículo

---

las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, l no dominación y la redistribución y el reconocimiento”, en: *Inclusión, ius commune y justiciabilidad...* Pág. 33.

26 Reconocida como tercera fuente filial (por la voluntad procreacional) en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

27 Tercera para hacer referencia a que es ajena al proyecto familiar.

28 Vítola, Leonardo R. “Conflictos de competencia en casos de gestación por sustitución”. *La Ley*. Buenos Aires, Argentina. 2019. Recuperado de: <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/>

562<sup>29</sup> 30, se fracasó en su aprobación al ser quitada del texto definitivo en la Cámara de Senadores<sup>31</sup>. De esta forma, el derecho argentino adopta una posición abstencionista como resultado de los amplios debates (bio)éticos, morales y jurídicos que giran en torno a las particularidades de dicha técnica.

¿Qué sucede con el silencio y los derechos del colectivo LGBTI? Nuevamente, una gran tensión por omisión. Me explicaré.

---

document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc50000017578d042785143ef13&docguid=iA6ECD5C3EE83DC27B4993D57D364F59D&hitguid=iA6ECD5C3EE83DC27B4993D57D364F59D&tocguid=&spos=5&epos=5&td=18&ao=i0ADFA8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=10&crumb-action=append&

29 Este decía: “Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial (...) La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial (...) El juez debe homologar solo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos [2] veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, a un [1] hijo propio (...) Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial (...). Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

30 “Fundamentos del anteproyecto de código civil y comercial de la nación”. *Revista del notariado*. Buenos Aires, Argentina. 2017. Recuperado de: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>. Consultado el 25/09/20.

31 Lamm, Eleonora. “Una vez más sobre gestación por sustitución. Porque la realidad sigue exigiendo legalidad”. *La Ley*. Buenos Aires, Argentina. 2015. Recuperado de: <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/>

Conforme la Observación General No. 14 del CDESC<sup>32</sup>, el derecho a la salud sexual y reproductiva integra el derecho a la salud del art. 12 del PIDESC. En este sentido, la Organización Mundial de la Salud (OMS) define a la salud sexual como “(...) un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad”<sup>33</sup>. El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo define a la salud reproductiva como “(...) la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables (...) incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo”<sup>34</sup>.

Pese al contenido de la mencionada observación, el CDESC se vio en la necesidad de establecer una nueva, especificando lo relativo a estos derechos. Señala entonces, en la Observación No. 22, que: “4. En su observación general núm. 14 (2000), relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo

---

document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc50000017578e0e54086420bd7&docguid=iE2F4C06C898CCD1CFC385C50B0496A66&hitguid=iE2F4C06C898CCD1CFC385C50B0496A66&tocguid=&spos=47&epos=47&td=64&ao=i0ADFA B8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&cont ext=24&crumb-action=append&

32 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Base de datos de los órganos de tratados de las Naciones Unidas. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. 2000. Recuperado de [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=9&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=9&DocTypeID=11).

33 Véase OMS, *Sexual Health, Human Rights and the Law*. 2015. Definición de trabajo de salud sexual, secc. 1.1.

34 Véase el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, cap. 7.

12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), el Comité ya abordó en parte la cuestión de la salud sexual y reproductiva. No obstante, habida cuenta de que continuaban las graves violaciones de ese derecho, el Comité considera que la cuestión requiere una observación general separada”<sup>35</sup>.

El Comité señala que la salud sexual y reproductiva es un conjunto de libertades y derechos que implican: i) la libertad de adoptar elecciones sin ningún tipo de coacción, violencia y/o discriminación; ii) que las elecciones sean producto de la previa información; y, iii) el acceso irrestricto a establecimientos, bienes, servicios y técnicas (vinculado también al derecho a gozar de los avances científicos)<sup>36</sup>. Sin embargo, se ven seriamente restringidos y “(...) sigue siendo un objetivo lejano para millones de personas, especialmente para las mujeres y las niñas, en todo el mundo. Determinadas personas y grupos de población que sufren formas múltiples y concomitantes de discriminación que exacerbaban la exclusión en la legislación y en la práctica, como las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales y las personas con discapacidad, tienen aún más restringido el pleno ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva”<sup>37</sup>. Asimismo, remarca la indivisibilidad e interdependencia con los derechos humanos civiles y políticos, tales como la libertad, la autonomía, el respeto a la vida familiar, la igualdad y la no discriminación.

---

35 Véase la Observación General No. 22 (2016) del CDESC en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&Lang=es). Consultado el 25/09/20.

36 El Artículo 15 b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: [...] b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”.

37 Ibidem.



Es interesante, el profundo acento que los expertos y expertas ponen en la no discriminación –formal y sustantiva– para garantizar el goce de estos derechos, haciendo especial mención al colectivo LGBTI (por lo que insta a los Estados a combatir la homofobia y transfobia)<sup>38</sup>.

A nivel regional, solamente mencionaré (para no exceder el límite de este trabajo) que en la opinión consultiva OC-24/17<sup>39</sup>, la CIDH elabora la misma con fundamentos en la O.G 22 ya mencionada<sup>40</sup>, por lo que deja sentada la inclusión de los derechos sexuales y reproductivos dentro del derecho a la salud. Asimismo, se señala en la misma que para la Organización Panamericana de la Salud (OPS), la salud sexual y reproductiva implica que “las personas puedan disfrutar de una vida sexual satisfactoria, segura y responsable, así como la capacidad para reproducirse y la libertad de decidir si se reproducen, cuándo y con qué frecuencia”<sup>41</sup>.

A nivel nacional, tal como sostiene Paola Bergallo<sup>42</sup>, aunque los derechos sexuales y reproductivos no fueron considerados de manera expresa en el debate de la reforma constitucional del año 1994, su protección se expandió como consecuencia

---

38 Ibid. Punto 23.

39 Solicitada por la República de Costa Rica y referida a la identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, del 24 de noviembre de 2017.

40 En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la utilización de los fundamentos de un órgano de tratado de Derechos Humanos por otro, se conoce –desde la perspectiva pro persona– como “fertilización cruzada”.

41 Organización Panamericana de la Salud, *Salud en las Américas 2007*, Volumen I-Regional, Washington D.C., 2007, Pág. 151, citado en la declaración ante fedatario público del perito Paul Hunt.

42 Véase Bergallo, Paola. “Derechos, Familia y reproducción”, en: *La constitución en 2020*.

de la ampliación del bloque de constitucionalidad mediante la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que trajeron consigo las nociones de interdependencia e integralidad. De esta forma, la constitución reformada sentó las bases para un cambio que –si bien comenzaba a visibilizarse–, encontró en el Poder Legislativo un espacio de discusión para expandir el contenido del mandato constitucional/convencional a los derechos sexuales y reproductivos. Pero, este tratamiento resultó ser parcializado, por “(...) el carácter poco inclusivo de las iniciativas (...) y (...) la falta de consideración cabal de niñas y niños, personas adultas mayores, discapacitadas, LGBT (lesbianas, gays, bisexuales transexuales y transgéneros), o pertenecientes a culturas no hegemónicas, y a la subregulación de cuestiones clave como la objeción de conciencia de quienes intermedian el acceso de los DR”<sup>43</sup>.

Recapitulando, el trabajo de los órganos internacionales y de defensoras y defensores, en tanto guardianes de los derechos contenidos en los diferentes tratados, resultó de suma relevancia para entender que las temáticas sexuales y reproductivas son cuestiones de derechos humanos (y por ende, obligaciones jurídicas exigibles), tornando imposible la adopción de políticas públicas y prácticas médicas y sanitarias fuera del marco de: i) los derechos fundamentales, ii) participación ciudadana; y, iii) políticas sociales adaptadas, fundamentalmente, a las demandas de las mujeres y del colectivo LGBTI. Por ello, este proceso, hizo posible otorgar lugar a la justicia reproductiva como parte de la justicia social, en tanto se reconoce a la igualdad como cimiento para el reconocimiento y la reasignación de recursos en materia de salud<sup>44</sup>.

---

43 Ibidem, pág. 68.

44 Véase Bergallo, Paola (compiladora). *Justicia, género y reproducción*. 1ª. Ed. Librería. Buenos Aires, 2010.

Aclarado entonces que los derechos sexuales y reproductivos son constitutivos del derecho a la salud (e indirectamente del derecho a formar una familia), deviene necesario destacar que este último, para el colectivo LGBTI, ha pasado del campo de la patologización (como enfermedad mental) al paradigma de los Derechos Humanos. Dicha variación, ha sido imprescindible para la inclusión y el reconocimiento.

Lo enfermo y anómalo era sostenido por un modelo médico hegemónico caracterizado por el individualismo, biologicismo, ahistoricidad, asociabilidad, autoritarismo, participación subordinada y pasiva del paciente y la asimetría<sup>45</sup> cuya “finalización” –en la República Argentina– la podemos ubicar en el año 2010 con la Ley de Matrimonio Igualitario (Ley 26.618).

Este inicio de un nuevo paradigma basado en los Derechos Humanos no implica que haya derechos nuevos; por el contrario, son los mismos derechos, pero aplicados desde la perspectiva y necesidades propias del colectivo LGBTI. Empero,

(...) cuando se habla de estos derechos en general, toda la sociedad se reúne para exigir su respeto, pero, cuando se habla de los mismos derechos para personas LGBT, la sociedad los desconoce y algunos,

---

45 Bajo el modelo médico hegemónico este colectivo ha atravesado miradas burlescas, falta de atención, la responsabilización de las enfermedades por su identidad de género, violencia, horarios determinados de atención, así como salas específicas y la internación de mujeres trans en salas de varones y viceversa. Véase la página 100 % Diversidad y Derechos. “LGBTI. La salud, un derecho de todxs. Derechos LGBTI en los ámbitos de salud”. 2017. Recuperado de <https://100porciento.files.wordpress.com/2017/10/cuadernillo-salud-lgbti-final.pdf> Consultado el 26 de septiembre de 2020.

incluso, opinan que es aberrante su reconocimiento. Es el caso de varios derechos como, el de la familia, tan protegido por la Iglesia Católica en cuanto a las parejas heterosexuales, pero tan discutido y envilecido cuando se quiere aplicar a las personas homosexuales. Igual sucede con el derecho a la salud y a la integridad de las personas transexuales o el derecho a la expresión, entre otros<sup>46</sup>.

En este marco, la gestación por sustitución (en tanto técnica de reproducción humana asistida) es una de las formas por las que se garantizan dichos derechos (salud sexual y reproductiva, el derecho a formar una familia<sup>47</sup>, entre otros). Pero, por la omisión legislativa, en Argentina, estos derechos aparecen insatisfechos

---

46 Fajardo Arturo, Luis Andrés. “Derechos Humanos y LGBT. Marco Legal en Colombia”, en: *Otros cuerpos, otras sexualidades...* Pág. 141.

47 Deviene necesario recordar que, el CCYCN, en su artículo 1 estipula como fuente a los tratados de derechos humanos, por lo que “ (...) el Código Civil y Comercial es el resultado de una lógica y necesaria tensión motorizada por la obligada perspectiva constitucional-convencional que se sintetiza en la puesta en jaque de la familia en singular, tradicional, excluyente, y su reemplazo por la idea de familias en plural, más contemporánea e inclusiva”. Herrera, Marisa. (2016) “La enseñanza del derecho de las familias: del singular al plural, algo más que una letra de diferencia”. *La Ley*. Buenos Aires, Argentina. Pág. 5. Recuperado de: <https://informacionlegal.com.ar/maf/app/>

y violados<sup>48</sup>. En particular, para las personas que pertenecen al mencionado grupo.

Y esto es así porque, si bien esta realidad también perjudica a las parejas heterosexuales –con algún tipo de dificultad– o personas que deciden llevar a cabo un proyecto familiar homoparental, las personas parte del mencionado colectivo deben, además, soportar las consecuencias ya aludidas de la discriminación estructural. Así, por ejemplo, para las parejas de dos hombres homosexuales no quedaría otra alternativa que lograr su proyecto familiar recurriendo al instituto de la adopción. O, lo que es otra realidad, las personas que integran el citado grupo, encuentran muchos obstáculos económicos producto de las barreras para acceder a un empleo<sup>49</sup> <sup>50</sup>, lo que conlleva la dificultad de poder costear dicha técnica en los países en lo que está permitida para luego establecer el vínculo filial,

---

document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc50000017578efd2d7cb0598e8&docgu  
id=i9CD963BD1E5318192194D0B48A2C9FE6&hitguid=i9CD963BD1E531819  
2194D0B48A2C9FE6&tocguid=&spos=31&epos=31&td=134&ao=i0ADFA8A  
C74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=4  
0&crumb-action=append&

48 Esto no implica dejar de desconocer los avances legislativos para este colectivo en la Ley de Matrimonio Igualitario (Ley 26.618), Ley de Identidad de Género (Ley 26.743) y la Ley de Acceso y Cobertura de TRHA (Ley 26.862).

49 “Asimismo, como consecuencia de un sistema que se compromete sobre todo con la capacidad económica y con normas de género excluyentes, los servicios públicos básicos suelen resultar insensibles a las especificidades de diversos sectores sociales, lo cual se traduce en políticas condicionadas de acceso. El desconocimiento, prejuicio u hostilidad de los sistemas de salud y educativo, o del ámbito del trabajo y las políticas sociales –entre otros– impactan con intensidad en personas LGBTI, empujándolas al silencio, la marginación y/o la clandestinidad”. Fernández Valle, Mariano. “Breves apuntes a propósito de diversidades, sexualidades y derechos”, en: *La constitución en 2020...* Pág. 76.

50 Es para celebrar a nivel nacional el Decreto 721/2020 de Cupo Laboral para el Sector Público Nacional y a nivel provincial la Ley 14.783 de la Provincia de Buenos Aires.

conforme las reglas del derecho internacional privado (de acuerdo al art. 2634 del CCYCN).

Ahora bien, con todo lo dicho, es necesario aclarar dos grandes problemáticas que se presentan al momento de discutir la aplicación –o no– de dicha técnica: i) los debates en torno a su naturaleza y conveniencia; y, ii) su justiciabilidad (en tanto pertenece a la tan objetable –y ya superada– segunda categoría de derechos humanos).

Respecto de la primera, simplemente mencionaré las cuestiones que me parecen más debatibles:

- a) afectación a la dignidad del/la nacido/a por entenderse como un contrato de compra-venta;
- b) cosificación de la persona gestante;
- c) la determinación de la filiación;
- d) el arrepentimiento de las personas comitentes durante el periodo de gestación;
- e) la gestación social<sup>51</sup>;
- f) la necesidad –o no– del material genético de las personas comitentes;
- g) el derecho a conocer los orígenes;

---

51 Aquella que tiene lugar cuando las personas comitentes no tienen problemas de fertilidad pero que, por la razón que sea, deciden que otra persona lleve a cabo la gestación.

- h) roles y estereotipos sobre la maternidad;
- i) si debe ser altruista –o no–;
- j) su denominación<sup>52</sup>;
- k) su régimen jurídico (¿es o no un contrato?);
- l) el derecho a formar una familia;
- m) la igualdad y la no discriminación;
- n) el derecho a la salud sexual y (no) reproductiva;
- ñ) utilización de los avances de la ciencia;
- o) interés superior del/la niño/a;
- p) la voluntad procreacional;
- q) autonomía de la voluntad;
- r) el rol de las obras sociales;
- s) el rol del estado en la satisfacción de la misma; y,
- t) las licencias laborales.

---

52 Algunas personas refieren a maternidad subrogada, lo cual es cuestionable porque, por un lado, al referirse a maternidad ya alude a un vínculo o rol que no se tendrá y, por otro, el término subrogada implica poner a alguien en lugar de otra persona.

Respecto de la segunda, me interesaría resaltar lo siguiente: frente al silencio de la ley argentina –que no permite ni rechazarlos/las interesados/as se han visto obligados/as a adoptar distintas estrategias para dar lugar a la filiación pretendida por la utilización de esta TRHA, de lo que resulta que, la más apropiada, es la declaración de inconstitucionalidad. Ello es así porque, el actual artículo 562 del CCYCN dispone que, el/la nacido/a es hijo/a de quien da a luz, resultando inaplicable a la técnica descrita (toda vez que la filiación estaría determinada con la persona gestante y no con las personas comitentes).

Si bien algunos/as autores/as sostienen que por los arts. 1 y 2 del CCYCN se llegaría a la misma solución afirmativa (sin necesidad de aplicar el remedio de “última ratio”), la declaración de inconstitucionalidad permite evidenciar la necesidad de un derecho adecuado a las demandas en materia de salud sexual y (no) reproductiva, máxime cuando los grupos demandantes han sido históricamente invisibilizados. En este sentido, necesitamos un derecho que abandone el reconocimiento por medio de enmiendas y responda y visible integralmente.

Sin embargo, ¿están los jueces y juezas preparados/as para este tipo de debate? ¿Puede el poder judicial resolver sobre derechos que tienen impacto en el presupuesto político? ¿Pueden las juezas y jueces decidir qué es lo “correcto”? ¿Pueden disponer la aplicación positiva para un caso y fallar lo contrario en otro? ¿Pueden los magistrados y magistradas suplir la voluntad legislativa?

Para dar –posibles– respuestas a las interrogantes planteadas, expondré el rol de los jueces y juezas, su problemática y distintas herramientas con las que cuentan para hacer del debate un espacio de inclusión, participación efectiva y construcción colectiva. El



cuestionamiento por su utilización, modos y oportunidades no serán abordados, dado que exceden el objeto del presente trabajo.

## 5. Control robusto de constitucionalidad: la conspiración (anti) democrática

Como señala Leticia Morales en *Derechos sociales constitucionales y democracia*<sup>53</sup>, el constitucionalismo (como diseño institucional) se origina con las revoluciones liberales burguesas –principalmente la norteamericana, francesa e inglesa– hacia fines del siglo XVIII. Así, con los aportes liberales de Montesquieu, las ideas de igualdad de Tocqueville y las concepciones democráticas de Rousseau, surgieron las Constituciones de los Estados con derechos y libertades fundamentales. De dichos textos se extraen dos principios: el principio democrático por el que la ciudadanía es titular del poder constituyente y, el principio de supremacía constitucional que implica la sujeción de los poderes y las normas a la Constitución.

Ahora bien, para garantizar la mencionada supremacía de una Constitución, Juan Carlos Bayón sostiene que deben reunirse tres elementos esenciales<sup>54</sup>: i) que los derechos que contenga (“catálogo de derechos básicos”) sean el límite al poder político; ii) cláusula de modificación agravada –o también conocida como el mecanismo de la rigidez–; y, iii) el control de constitucionalidad/convencionalidad de la legislación ordinaria.

---

53 Véase Morales, Leticia. *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid, 2015.

54 Véase Bayón, Juan Carlos en “Derechos y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”. Betegón, J.; Laporta, F.; De Páramo, J. R.; y Pietro, L. (Eds.): *Constitución y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. Pp. 67-138.

Me ocuparé de este último y, en particular, del denominado “robusto”.

El control de constitucionalidad/convencionalidad<sup>55</sup> de la legislación ordinaria “ (...) consiste en la revisión de la adecuación de las normas dictadas por las autoridades constituidas de un Estado con los requisitos establecidos en su Carta Magna”<sup>56</sup>, el que será realizado por uno o más órganos del Poder Judicial (jurisdiccional) o por un órgano político. El primero de ellos –en lo que aquí nos interesa– puede ser, a su vez, débil o robusto (también llamado estricto o fuerte). El débil, es definido por Leticia Morales como aquel en el que “(...) se incorporan mecanismos jurídicos para que los legisladores puedan insistir en la defensa de una ley a pesar de que el órgano de control se haya pronunciado en contra de su constitucionalidad”<sup>57</sup>. En otras palabras, el órgano competente realiza el control, pero sus pronunciamientos –no obstante tener ciertos efectos– (...) no son finales en tanto carecen de la autoridad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes o para imponer sobre el resto

---

55 Como se mencionó en el capítulo anterior, a partir del art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional –dispuesto por la reforma del año 1994–, se incorporan Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. Esto da lugar al llamado “control de convencionalidad”, entendido como el control de compatibilidad –tanto en el Poder Judicial como Legislativo y Ejecutivo– entre el texto de una norma nacional, provincial o local, su interpretación o un acto u omisión de autoridad pública o de particulares, por un lado, con relación al texto de un tratado internacional y/o la interpretación judicial o consultiva de este texto realizado por una autoridad internacional competente para hacerlo, por el otro. Lo mismo surge del –correcto– entendimiento de que las disposiciones contenidas en dichos Pactos son derechos positivo vigente.

56 Thea, Federico G y Kodelia Gonzalo S. “Control de Constitucionalidad”, en: Fernández, Alberto. *La justicia acusada*. Compilado por Fernández, Alberto; Benente, Mauro y Thea, Federico G. 1ª. ed. Sudamericana. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020. Pág. 320.

57 Morales, Leticia. *Derechos sociales constitucionales y democracia...* Pág. 143.

de poderes públicos su interpretación acerca del contenido de los derechos (...)<sup>58</sup>.

Por otro lado, encontramos el control robusto. El mismo se caracteriza por dotar al órgano competente de la potestad para pronunciarse con carácter final sobre la validez de las normas. Así, además de revisar que las leyes promulgadas por el poder legislativo o los actos administrativos del poder ejecutivo no violen la Constitución, los jueces realizan interpretaciones con fuerza de última palabra y “(...) sus decisiones determinan el significado para todos”<sup>59</sup>.

De lo hasta aquí dicho, podemos afirmar que, en Argentina, el control de constitucionalidad/convencionalidad<sup>60</sup> es:

- a) robusto;
- b) a posteriori, porque se realiza después de la promulgación de la norma con el objeto de neutralizar los efectos de su promulgación;
- c) se analiza dentro de un caso o controversia judicial en donde haya dos partes con intereses jurídicos contrapuestos;
- d) con efecto entre partes, porque “en principio”<sup>61</sup> se restringen

---

58 Ibid. Pág. 144.

59 Gargarella, Roberto en Besson, S., y Marti, J. “Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?”. (Eds.): *Deliberate Democracy and its Discontents*. Ashgate. Hampshire. Pág. 240.

60 Modelo importado de E.E.U.U., cuyo nacimiento tiene más de 200 años.

61 El entrecomillado para resaltar que hay casos (como los procesos colectivos) en donde los efectos abarcan a un número indeterminado de personas adquiriendo

al caso en particular, es decir, tiene efecto entre las partes involucradas en el caso donde se la declara;

- e) la declaración no genera la derogación de la norma, sino que no se aplica al caso concreto en donde se planteó;
- f) es considerado el remedio de última ratio; y,
- g) jurisdiccional difuso por estar atribuido (o auto atribuido) a los todos los jueces y todas las juezas –sean federales o locales, y de cualquier instancia–, aunque el Tribunal Supremo sea la autoridad máxima de interpretación de la Constitución.

Lo problemático es que, tal como lo exponen Federico G. Thea y Gonzalo S. Kodelia, “(...) la posibilidad del control de constitucionalidad suele fundarse en el artículo 31 CN, que consagra el principio de supremacía constitucional, y en el artículo 116 CN, que determina la competencia de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la nación para entender en todas las causas sobre puntos regidos por la Constitución”<sup>62</sup>. Afirman los autores que el “suele fundarse” es determinante atento a que es la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación – en adelante CSJN– quien ha interpretado, desarrollado, sostenido y reafirmado –a partir de un caso jurisprudencial<sup>63</sup>– que dicha facultad les pertenece. Por ello, suele decirse que es una auto adjudicación.

---

efecto *erga omnes*. Por ejemplo, el caso “Halabi”. Fallo CSJN 332-111.

62 *Control de Constitucionalidad...* Pág. 329.

63 El primer precedente relativo al control de constitucionalidad en nuestro país lo constituye el caso “Sojo”, Fallo CSJN 32:120.

De lo expuesto surge que, para cualquier ciudadano/a comprometido/a con la democracia y la participación igualitaria, el control judicial de constitucionalidad/convencionalidad vendría a ser un error o una conspiración institucional de difícil justificación.

En primer lugar, porque las juezas y los jueces no son elegidas/os para ocupar sus cargos, ni son responsables –no rinden cuentas– de sus acciones<sup>64</sup>. Así, resulta “ofensivo” e “insultante”<sup>65</sup> para la ciudadanía que un –pequeño– número de magistrados/as decida –sin participación colectiva– invalidar sin más el resultado de un proceso de discusión social (objeción contra mayoritaria).

En segundo lugar, se trata –mayormente– de juezas y jueces elitistas cuyo ejercicio de la función es despersonalizado.

En tercer lugar, se adiciona que esos/as mismos/as jueces/zas ocupan un cargo que es vitalicio (ya que permanecen mientras dure su buena conducta).

En cuarto lugar, la Constitución está redactada –en su mayor parte– de manera amplia y con lenguaje vago/indeterminado, por lo que, frente a los casos que llegan a los tribunales, los jueces y juezas tienen un amplio margen de discreción para interpretar las normas constitucionales, lo que lleva –indefectiblemente– a rehacerlas a su gusto. En definitiva, tal como afirmó Hughes (gobernador de Nueva York que más tarde se convirtió en el

---

64 En un sistema de frenos y contrapesos, se resalta que, a diferencia de lo que sucede con el Poder Ejecutivo (cuya actividad está regulada estrictamente en la CN y normativa nacional más el posterior control judicial al que puede ser sometido) y Legislativo (por la facultad del ejecutivo en el art. 78 CN), el Judicial no está sujeto a controles.

65 Véase Waldron, Jeremy. *Contra el gobierno de los jueces*. Editorial Siglo XXI, Editores Argentina. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.

presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos) nos rige una Constitución, pero la misma es lo que los jueces dicen que es (ya que se le hace decir lo que dicen quienes la controlan y dominan). Cabría preguntarnos entonces, cómo es posible –si lo es– que un reducido número de jueces y juezas crean resolver mejor que la ciudadanía los profundos desacuerdos sociales existentes en la sociedad<sup>66</sup> y llenar de contenido los términos –tan polémicos– como: “vida”, “salud”, “libertad de expresión”, “autonomía”, “igualdad”, entre otros.

En quinto lugar, producto del dinamismo social, lo que hasta ayer era constitucional puede que hoy ya no lo sea. Esto permite a las juezas y jueces cambiar de criterio con la mera manifestación de los motivos de tal proceder, lo que puede generar un progreso (por ejemplo, cuando producto de la inconstitucionalidad se reconocen derechos<sup>67</sup>) o retroceso<sup>68 69</sup>. A esta inseguridad jurídica en los criterios, se le adiciona la multiplicidad de intérpretes, ya que no solo la CSJN tiene la posibilidad de hacerlo, sino cualquier juez –de cualquier instancia– bajo una argumentación más o menos expositiva de las razones de apartamiento.

---

66 Ibid. Pág. 10.

67 Como lo acontecido en el la causa *D., J. E. y otro/a s/AUTORIZACION JUDICIAL* del Juzgado de Primera Instancia de Familia No. 8 de La Plata, donde se autoriza a realizar la técnica de reproducción humana asistida de gestación por sustitución.

68 Tal sería el *Caso “Comunidad Homosexual Argentina c. Resolución Inspección General de Justicia”* donde la CSJN –confirmando la sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil– denegó el otorgamiento de personalidad jurídica a dicha Comunidad Homosexual, por entender que no tenía como objeto principal el bien común.

69 Waldron, citando a Black Jr., sostiene que la oposición a dicho control tiende a ser “una cosa esporádica” ya que la ciudadanía apoya los reducidos casos que valora y se les opone frente a soluciones deplorables. *Contra el gobierno de los jueces*. Pág. 59.

En sexto lugar, ya no es posible pensar en jueces apolíticos aplicando un –supuesto– derecho neutral cuando este ha sido –y es– creado desde y para una estructura de poder que, frente a reclamos sociales, adiciona parches con respuestas débiles y poco estructurales (convirtiéndolo en un campo de lucha –más que en una herramienta para luchar)<sup>70</sup>.

Recapitulando, las –duras– observaciones realizadas sobre la potestad autoasignada de los jueces y las juezas, dejan entrever que el control de constitucionalidad/convencionalidad existente en la República Argentina –por el que se privilegia la voz de los/as magistrados/as– atenta contra los principios de igualdad y libre participación ciudadana, ya que se decide libremente sobre el contenido, dirección y aplicación de sus derechos.

De tal modo, cabe preguntarse cómo articular las mencionadas particularidades con las demandas de personas discriminadas y desterradas del debate, sobre todo cuando sus reclamos refieren a derechos tan discutidos.

## **6. La tutela judicial efectiva de los DESCAs frente a los mitos de su frustración**

Actualmente, podríamos hablar de un Estado de Derechos Humanos, como versión superadora de aquel término “Estado de Derechos”, para aludir a aquellos países que respetan, protegen y realizan los derechos fundamentales de las personas. Pero esto

---

70 Véase Beguiristain, Camila D. *De la ficción del sexo y género femenino: una propuesta para su deconstrucción*. Microjuris, doctrina. Buenos Aires, Argentina. 2020. Recuperado de <https://ar.microjuris.com/docDetail2?Idx=MJ-DOC-15491-AR>.

no siempre es así –sobre todo con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales–.

La Declaración Universal de Derechos Humanos del año 1945 refiere en su preámbulo al advenimiento de un mundo en el que los seres humanos estén liberados del “temor” y de la “miseria”, para hacer referencia a los derechos civiles y políticos y, a los económicos, sociales y culturales, respectivamente. Pese a ello, estos últimos derechos –los DESCAs– han sido objeto de duras críticas que han llevado a la confusión de su sustancia.

Se ha aludido a estos derechos como de “segunda categoría” cuyos contenidos son indeterminados o vagos, no justiciables, programáticos, de hacer y de grandes inversiones. Sin embargo, esta –falsa– separación no resistió mayor análisis y, aunque hoy no están libres de recelos, se los entiende –correctamente– de manera jerárquica, iguales a los de “primera categoría”<sup>71</sup>. En consecuencia, no es posible que los Estados justifiquen el incumplimiento de sus obligaciones en materia de DESCAs, sobre todo cuando las obligaciones alegadas resultan de carácter inmediato –independientemente de los recursos de los que dispongan–, como lo es su responsabilidad por eliminar la discriminación<sup>72</sup>.

---

71 No es menor que, a nivel regional, tuvieron que pasar más de 37 años de funcionamiento de la Corte Interamericana para que, en el caso “Lagos del Campo” –del año 2017–, se declare la justiciabilidad directa del artículo 26 de la Convención Americana, no solo en lo relativo a la progresividad, sino en las obligaciones de respeto y garantía de los DESCAs. Es por ello, que lo especial de este fallo radica en la esperanza de un análisis de los derechos sociales con fuerza obligacional hacia las autoridades nacionales, para que estos derechos sean tomados en serio y se fortalezca con ello el sistema democrático.

72 “En particular, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las



No obstante, los mayores límites los encontramos en el poder judicial: la actitud adoptada por los tribunales de justicia ha sido la de abstenerse a resolver los casos que involucran a los DESCA, en el entendimiento de que son cuestiones políticas no justiciables por entrometer el presupuesto y el diseño de políticas públicas. De esta manera, la situación de los postergados se vuelve realmente preocupante, porque por un lado los poderes políticos no encienden los compromisos sociales de la constitución y los Tratados Internacionales y, por otro, los tribunales no se consideran (opinión también compartida por académicos/as y parte de la ciudadanía) autorizados para hacerlo.

Pero, lo que los jueces y juezas aún no logran vislumbrar es que su intervención lograría mitigar o contrarrestar las falencias legislativas –denominadas puntos ciegos y cargas de inercia (tal como ocurre en el caso de la gestación por sustitución)–.

---

obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas, que se analiza en una observación general aparte, que será examinada por el Comité en su sexto período de sesiones, consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (Párrafo 1 del artículo 2 del Pacto). Base de datos de los órganos de tratados de las Naciones Unidas. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. Recuperado de: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=9&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=es&TreatyID=9&DocTypeID=11).

De acuerdo a Rosalind Dixon<sup>73</sup>, en el proceso deliberativo pueden ocurrir los siguientes puntos ciegos: a) de aplicación, lo que lleva a que por presiones de tiempo o condicionamientos de racionalidad las legislaturas estipulen leyes que no sean conformes a derecho; b) de perspectiva, cuando no logran prever el impacto de sus leyes sobre el ejercicio de los derechos de la ciudadanía; y c) de acomodamiento, cuando en su afán de alcanzar ciertos objetivos, se desplazan otros.

Asimismo, las cargas de inercia pueden ser: a) de prioridad, cuando la legislatura pasa por alto ciertas demandas de derechos debido a la existencia de otras prioridades de mayor relevancia electoral; b) de coalición, cuando el asunto divide al partido que detenta el control de la legislatura, por lo que la demanda impone altos costos internos en la integridad del partido como precio para alcanzar cierto resultado; y, c) de burocracia, cuando frente a una demanda compleja se presenta la demora administrativa y la falta de una adecuada supervisión.

Dados los puntos ciegos, y las cargas de inercia que atentan contra la satisfacción de derechos socioeconómicos (...), el potencial de los tribunales (...) para ayudar a contrarrestar este tipo de falencia legislativa (...) “resulta crucial” (...) cuando los tribunales deciden tomar partido por la revisión judicial en cierto sentido pasan a tener la responsabilidad directa de usar sus facultades (...) comunicativas y fácticas en todo su alcance con el propósito de contrarrestar puntos ciegos y cargas de inercia, aunque, desde luego, dentro de las limitaciones

---

73 Véase Dixon, Rosalind. “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos. Una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles”, en: Gargarella, Roberto (compilador). *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. 1ª. Ed. Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires, 2014.

que impone el compromiso del sistema democrático en su conjunto.<sup>74</sup>

De esta manera, y en consonancia con el aumento de sentencias activistas de protección de los DESCAs en América Latina, surge que el control judicial frente a la omisión del poder político es clave, ya que le brinda a la ciudadanía la oportunidad concreta y efectiva de ser oída y participe en las decisiones que versan sobre sus derechos<sup>75</sup>. Así, a través de un proceso de deliberación en donde son escuchadas las razones de las personas y se toman decisiones justificadas en derecho, se permitiría descubrir y combatir patologías del sistema político, sobre todo cuando las mayorías parlamentarias son afines a un Poder Ejecutivo que niega las obligaciones constitucionales/convencionales en materia de derechos socioeconómicos y, más aún, cuando estos derechos involucran colectivos fuertemente discriminados y excluidos.

Entonces, si bien: “(...) las objeciones a la ‘judicialización de la política’ y los problemas que identifica la teoría constitucional son claros (...) el problema que subsiste es hacer frente a un contexto en el cual quienes nos gobiernan ignoran los mandatos constitucionales en forma sistemática y persistente. Frente a este problema, es necesario repensar cómo proceder ante prácticas ilegales tendientes a neutralizar mecanismos de control del poder que diseñan nuestros constituyentes y legisladores”<sup>76</sup>.

---

74 Ibid. Págs. 75 y 76.

75 Véase Elías, José Sebastián. “El control judicial de constitucionalidad”, en: Gargarella, Roberto (coordinador). *La constitución en 2020...*

76 Sigal, Martín. “El control judicial del cumplimiento de la constitución y la ley”, en: Gargarella, Roberto *La constitución en 2020...* Pág. 304.

En ese marco, y dado que:

(...) en un régimen democrático no solo importa qué se decide a través del procedimiento de decisiones, sino quién decide, y cómo se decide (...) y dado que no es posible ponerse de acuerdo entre todos y todas sobre lo que exige la justicia respecto del contenido de las decisiones políticas colectivas (extremo que es asumido por la existencia de desacuerdos persistentes sobre cuestiones fundamentales de la vida en sociedad), se torna relevante para la legitimidad del procedimiento que todos tengamos la posibilidad de participar y, de ese modo, justificar la autoridad del órgano que adopta las decisiones<sup>77</sup>.

Cabría preguntarnos entonces, como sortear los inconvenientes de un control de constitucionalidad con las características que presenta en la República Argentina (mencionadas en el capítulo anterior) para: a) mover los obstáculos que impiden el accionar de la legislatura (inconstitucionalidad por omisión); b) garantizar la participación cuando corresponden a colectivos discriminados estructuralmente; c) oír a las personas afectadas; y, d) garantizar el cumplimiento de los DESCA.

## **7. La otra alternativa: lo colectivo y lo dialógico para la resolución de conflictos público-político omisivos**

Como explica Sofía Sagüés, frente a un conflicto cuya causa es una lesión estructural, necesariamente debemos llevar a

---

77 Morales, Leticia. *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Pág. 276.

cabo un proceso estructural<sup>78</sup> cuya resolución logre sanear y transformar<sup>79</sup>.

En este sentido, en nuestro país, los juzgados de familia de primera instancia han dictado numerosas sentencias declarando la inconstitucionalidad del artículo 562 del CCYCN<sup>80</sup>, permitiendo con ello la realización de la TRHA de gestación por sustitución y determinando la filiación del/la nacido/a con las personas comitentes.

Sin embargo, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación –en adelante CSJN–, en tanto máximo tribunal de justicia, aún no se ha expedido y se encuentra frente al desafío de resolver dos causas que, a esta fecha, se encuentran en su despacho y corresponden al pedido realizado por dos parejas de hombres homosexuales<sup>81</sup>. Su resolución será de alta repercusión, ya que si bien nuestro sistema se caracteriza por ser difuso y no – estrictamente– obligatorio para los órganos inferiores, la decisión que se emita marcará el camino.

---

78 César Rodríguez Garavito entiende que los casos estructurales son lo que: a) afectan a un gran número de personas, que denuncian por sí o por medio de organizaciones, b) involucran varios organismos o departamentos del Estado que son responsables de las fallas de las políticas públicas y, c) se resuelven mediante medidas estructurales. Y afirma: “En América Latina, el activismo judicial con relación a los DESC ha adquirido una mayor relevancia pública en las dos últimas décadas y ha recibido diferentes nombres: ‘litigio estratégico’ (...) ‘casos colectivos’”. Rodríguez Garavito, César. “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, en: Gargarella, Roberto. *Por una justicia dialógica...* Pág. 214.

79 Véase Sagüés, Sofía. “Discriminación estructural. Inclusión y litigio estratégico”, en Ferrer Mac–Gregor (et al). *Inclusión, ius commune y justiciabilidad...* Págs. 129 a 178.

80 Por ejemplo, el Juzgado de Familia No. 8 de La Plata en la *Causa “D., J. E. y otro/a s/AUTORIZACION JUDICIAL”*.

81 La aclaración hace al fin del trabajo, que es trabajar sobre el colectivo LGBTI.

¿Cómo lograr una respuesta que haga eco de las demandas sociales y exhorte al diseño de una política pública en términos de igualdad y no discriminación cuando nos encontramos frente a una estructura que fue pensada para conflictos individuales, patrimoniales y para hombres heterosexuales, blancos y propietarios? Recurriendo pues, a instrumentos de discusión democrática.

De esta manera, con las dos causas mencionadas, el máximo tribunal de justicia podría resolver la cuestión con una sentencia que declare la inconstitucionalidad en línea con lo decidido por los juzgados de familia y que constituya un “precedente” para la resolución de futuros casos, ya que aun mediante un litigio individual se puede resolver un asunto estructural.

En caso que la CSJN sostenga la constitucionalidad en clave individual, partiendo del dato cuantitativo (las personas afectadas que pertenecen al grupo LGBTI) y cualitativo (omisión legislativa que afecta a los derechos de un grupo que sufre discriminación estructural), resulta claro y conveniente que la acción y discusión que se lleve adelante sea del tipo colectiva (regulada a partir de la reforma constitucional del año 1994 en el artículo 43 C.N.), en donde se discuta la inconstitucionalidad del mencionado artículo 562 CCYCN y la omisión legislativa como violatoria de los derechos del conjunto de las personas históricamente excluidas. De este modo, los procesos colectivos, además de tener alto impacto político “(...) operan como instrumento de acceso a la justicia venciendo, además, barreras socioculturales y no solo económicas”<sup>82</sup>.

---

82 Verbic, Francisco. *Más allá del papel. Lecturas críticas sobre procesos colectivos*. 1ª. Ed. Editores del Sur. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020. Pág. 37.

En las opciones mencionadas (los casos individuales existentes o futuros colectivos), lo que no debería faltar –para otorgar legitimidad a una estructura que no fue pensada para discutir conflictos de este tipo (en donde el objeto de la pretensión involucra a la política pública)–, son mecanismos que permitan oír a las personas afectadas y personas expertas con conocimiento en la materia.

De esta manera, y dada la multiplicidad de puntos a debatir –mencionados en el punto 4– deberían –de mínima– celebrarse audiencias públicas con la efectiva participación, no sólo de las personas involucradas, sino también de distintos/as profesionales con conocimientos específicos en el tema (tales como sociólogos/as, psicólogos/as, médicas/os, entre otros/as), para robustecerlo –y nutrir a quienes decidan– desde la interdisciplinariedad. Sobre todo, en los procesos colectivos, dado que, como ya se mencionó, estos conflictos “(...) llevan a soluciones de un enorme impacto político, económico, cultural y social” por lo que “el trámite para procesarlos debería ser mucho más transparente, mucho más abierto, mucho más participativo”<sup>83</sup>. Esto es lo que el Estado les debe, cuando menos, a las personas desventajadas.

Cabe pensar entonces cómo lograr una adecuada y efectiva resolución –que no quede solamente plasmada en un papel– frente al control de constitucionalidad con las características planteadas, porque “(...) tal vez nuestros problemas en esta materia no tengan tanto que ver con el modelo, sino más bien con cuestiones de prácticas institucionales”<sup>84</sup>.

Propongo entonces, lo que autores y autoras –tales como Roberto Gargarella, César Rodríguez Garavito, Rosalind Dixon,

---

83 Ibid. Pág. 68.

84 Ibid. Pág. 67.

Paola Bergallo, entre otros/as– ya han venido planteando en el derecho constitucional: la justicia dialógica.

En este sentido, y dado que los magistrados y las magistradas no rinden cuentas, la única forma con la que contamos para verificar su accionar es su actitud en el desarrollo de los procesos de relevancia institucional y la justificación que utilizan en sus sentencias. De este modo, y para poder arribar a una solución legítima –la que dependerá del grado de participación que han tenido los/as afectados/as en el proceso de toma de decisión y su influencia en el resultado<sup>85</sup>– que justifique la intervención judicial en cuestiones de derecho social, es necesario que las juezas y los jueces no se arroguen la decisión final por la gravedad del problema y las dudas y dificultades existentes sobre el mismo, lo que les impide dictar un fallo con independencia de las demás ramas del poder (es decir, se les veta la imposición de decisiones “desde arriba”).

Por lo dicho, resulta importante abandonar aquella idea tajante y cerrada de la división estricta de los poderes, para abordar en el terreno de la cooperación, del diálogo, de la ayuda y del aprendizaje. Así, el Poder Judicial, en contraste con el sistema de frenos y contrapesos, arribará a soluciones que sean producto de procesos de toma de decisiones bajo un diálogo inclusivo de intercambio de razones, porque “(...) mientras ese sistema (...) se orienta a evitar y canalizar la guerra social, el diálogo requiere orientarse hacia otros fines, de modo tal de organizar y facilitar una conversación extendida entre iguales”<sup>86</sup>.

---

85 Salmón, Elizabeth. “Inclusión y gestión de la diversidad: hacia la afirmación de un modelo de inclusión desde el DIDH”, en: Ferrer Mac–Gregor (et al), *Inclusión, ius commune y justiciabilidad...* Pág. 119.

86 Gargarella, Roberto. “El nuevo constitucionalismo dialógico...” en Gargarella, Roberto (compilador). *Por una justicia dialógica...* Pág. 125.



Por ello, los frenos y contrapesos reclaman –más que impedir–, un crece recíproco entre los poderes donde se discuta y escuche con el fin de obtener información, corregir errores, plantear posiciones argumentadas y aceptar la postura que resulte ser más adecuada desde la razón pública. Por consiguiente, en periodos marcados por antagonismos políticos, “(...) los acuerdos ‘conversacionales’ ahuyentan los temores y las críticas (...)”<sup>87</sup>; y, en este sentido la pregunta “(...) no es si la justicia puede interferir, sino cuándo y hasta dónde”<sup>88</sup>.

Este tipo de metodología de trabajo y actitud judicial, adquiere especial importancia cuando el caso a resolver, además de involucrar sujetos desventajados estructuralmente, pone en entredicho derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Esto se debe a la supuesta afectación de la –ya mencionada– división de poderes y a la falta de capacidad institucional de los tribunales para ocuparse de problemas socioeconómicos. Por ello, es imprescindible –y obligatorio– que cuando el caso involucre este tipo de cuestiones, en donde se requiere de conocimientos técnicos y sociológicos, los jueces y juezas procedan con una conducta dialógica para reforzar la legitimidad democrática y evitar la imposición de políticas particulares y reformas institucionales.

Para cumplir con los fines esperados, tal como señala César Rodríguez Garavito, en materia de derechos sociales y activismo dialógico, resultan importantes las decisiones tomadas por los tribunales en cuanto a: a) el contenido sustantivo, b) medidas judiciales; y, c) mecanismos de seguimiento.

---

87 Ibid. Pág. 122.

88 Gargarella, Roberto. “Una reforma judicial escrita a espaldas del pueblo”. 2020. Pressreader. Recuperado de: <https://www.pressreader.com/argentina/lanacion/20200907/281878710776982?fbclid=IwAR0msryErzqrXUWXHeN9tE1Ddiv7TyfpuSRxRFugeZ5ep333LSW-tFtQS7I>.

Así, en cuanto al punto “a” se debe confirmar la exigibilidad de los DESC y determinar su alcance (pudiendo ser débil o fuerte<sup>89</sup>); en el “b”, a diferencia de las sentencias monológicas, se debe dejar a los organismos públicos electos diseñar y poner en práctica las políticas públicas –con un marco claro para medir el progreso–<sup>90</sup>; y, “c” supervisar activamente la ejecución por mecanismos participativos (como audiencias públicas, informes de avances, entre otros)<sup>91</sup>.

Este último punto, merece particular atención dado que, pese al avance en el alcance conceptual y aplicabilidad de los DESC, se ha generado un punto ciego en la fase de cumplimiento de las sentencias, toda vez que no se exhorta con la debida coacción al poder político y se cae, nuevamente, en el desplazamiento de la cuestión.

Para ello, y atento al caso particular de gestación por sustitución, es fundamental que los tribunales de justicia apliquen medidas coercitivas temporales, dado que sin ellas se socava la capacidad de contrarrestar los puntos ciegos y cargas de inercia de la legislatura, que –ocupada en otras cuestiones políticas– tendría pocos incentivos para otorgarle prioridad al asunto. Por esta razón, de no utilizarse las medias disciplinarias, los tribunales adoptarán una actitud pasiva que hará aún más arduo

---

89 Para Rosalind Dixon (que toma a Sadurski) dependerá de las circunstancias constitucionales particulares del caso y para César Rodríguez Garavito, la justiciabilidad activista implicará siempre reconocer derechos fuertes.

90 Rosalind Dixon sostiene que en caso de que la causa involucre la dimensión positiva de derechos socioeconómicos, la perspectiva dialógica debería tomar una posición más cauta al momento de definir su alcance, el que dependerá del grado de conocimiento que se obtenga sobre la materia (como el peso presupuestario que acarrearía) y, porque tomar una posición más amplia podría revertirse, lo que no resulta fácil cuando se establecen planes fijos de ejecución.

91 Rodríguez Garavito, César. “El activismo dialógico...”, en: Gargarella, Roberto (compilador). *Por una justicia dialógica...* Págs. 211 a 244.

el reclamo de los afectados, afectadas y movimientos sociales. Es por ello, que la teoría del diálogo compele a que los jueces y las juezas intervengan, al mismo tiempo, de manera coercitiva y comunicativa para superar la resistencia política.

Queda pues, en manos de los magistrados y las magistradas de la CSJN, resolver los –actuales o futuros– conflictos bajo esta óptica conversacional.

## **8. Corolario**

Existen, al día de hoy, grupos que han estado históricamente invisibilizados, desventajados y excluidos del debate y del disfrute de los derechos humanos.

Sin embargo –y como consecuencia de la falta de reconocimiento–, la movilización social llevada a cabo por la ciudadanía comprometida (sobre todo el movimiento feminista) con la igualdad –formal y sustancial– y los derechos fundamentales, ha sido trascendental. De esta manera, se ha logrado decodificar la dualidad pública-privada, en el entendimiento de que ésta ha sido el comodín que volvió imperceptibles las injusticias sociales. Así, la opresión de aquello que no tiene nombre en la normativa, ya no resulta un camino posible.

Por el contrario, resulta aún más imperioso romper el silencio en los casos de violencia estructural-cultural que el derecho ha generado y va generando con los vacíos legales de reconocimiento y protección. Por consiguiente, la complejidad del sistema de dominación requiere que los arreglos se compongan de medidas transformadoras y permanentes que se traduzcan en políticas públicas de alto impacto y sostenibilidad, que garanticen el respeto y goce de los derechos sin discriminación.

Para ello necesitamos discusiones abiertas y transparentes que incluyan a quienes han estado –y están– fuera de la discusión a la espera de ser visibilizados/as y escuchados/as para lograr, no solamente su incorporación como sujetos y sujetas de derechos, sino también, el diseño de leyes y –las mencionadas– políticas públicas que respondan a sus necesidades.

En este sentido, la gestación por sustitución es una realidad actual; ocurre y seguirá ocurriendo sin un marco legal claro, ampliando las posibilidades de perjuicios (tales como la indeterminación de la filiación para la persona recién nacida, largos y costosos procesos de impugnación de la maternidad, entre otros). Pero, y, sobre todo, atenta –una vez más– contra los/las más desventajados/as, al vulnerar sus derechos humanos sexuales y (no) reproductivos y otro conjunto de derechos vinculados e interrelacionados (tales como el derecho a formar una familia).

En consecuencia, la ausencia de una política que active los derechos constitucionales y convencionales, y que haga eco de una justicia reproductiva –como integrante de la justicia social–, requiere de un poder judicial comprometido. Este impulso, además de apartar los obstáculos presentes, evita que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de sus obligaciones frente a las personas –como verdaderas titulares de derechos–.

Empero, contra las numerosas objeciones del control de constitucionalidad que ejerce este poder del Estado (en este caso al artículo 562 CCYCN), resulta necesario la adopción de una actitud dialógica comprensible por la ciudadanía y coactiva que, ante la omisión, movilice a la legislatura a cumplir con sus obligaciones en materia de derechos sociales constitucionales y convencionales, abandonando para ello la estricta concepción de

la división de poderes y el entendimiento del derecho como un marco neutral y apolítico. Ahora bien, afirmar la aptitud del poder judicial para sortear dichas dificultades, no implica, de ningún modo, desconocer las fallas existentes. La regulación, utilización y eficacia de las herramientas que contribuyen al diálogo, así como la esencia misma del poder judicial<sup>92</sup>, requieren también de un cambio estructural.

Con todo, ante una cuestión de relevancia institucional como la gestación por sustitución, el resultado del debate colaborativo, público e interdisciplinario (que haya contado con la presencia de las partes afectadas, de la sociedad civil, de los distintos organismos del Estado, de profesionales, de *amicus curiae*) debe reflejar un desenlace ajustado a las necesidades demandadas y los argumentos esgrimidos por las distintas partes intervinientes, sobre la base de la mayor consideración de los otorgados por el grupo afectado y obligaciones internacionales asumidas. Para lograrlo, es preciso reemplazar la última palabra impositiva por una exhortación de acción bajo límites temporales, que logre correr los puntos ciegos y las cargas de inercia del poder político. Este gran desafío, queda entonces, en cabeza de la CSJN. Su actitud ante el mismo, demostrará su compromiso con las exigencias público sociales.

Finalmente, debemos recordar la necesidad de *reformular para transformar*<sup>93</sup> en miras de obtener una mayor protección para personas tan e igual de humanas como de las que se ha ocupado el derecho durante tanto tiempo. De este modo, de esta

---

92 El Poder Judicial, también debe ser reformado para adaptarse al mencionado enforque de derechos humanos. En este sentido, admitir el procedimiento de inconstitucionalidad existente que cumpla con los fines propuestos, requiere de la revisión y modificación de todos y cada uno de los puntos problemáticos mencionados. Esta será la verdadera reforma judicial.

93 Herrera, Marisa. *La enseñanza del derecho de las familias...* Pág. 9.

manera, por procesos colectivos de democratización, arribaremos a la igualdad en planificación, participación, goce y ejercicio de derechos.

# El impacto en la privacidad por las medidas de salud pública en torno a la pandemia de COVID-19\*

*Eduardo Bertoni\*\**

## 1. El impacto de las medidas de salud pública implementadas durante la pandemia

La pandemia de COVID-19 tuvo y tiene un gran impacto en la salud, pero también en áreas como la educación, el trabajo, el entretenimiento y el comercio internacional. Por primera vez ocurre una emergencia sanitaria mundial al mismo tiempo que presenciamos un extraordinario avance de la tecnología. Sin

---

\* En este artículo se exponen algunos hallazgos que surgieron de una investigación más extensa y que puede ser consultada en el sitio web del IIDH en [www.iidh.ed.cr](http://www.iidh.ed.cr). La investigación fue realizada desde la Oficina Regional para América del Sur del IIDH y dirigida por su representante, Dr. Eduardo Bertoni. Por razones de espacio aquí se han incluido especialmente las conclusiones y las recomendaciones que se propusieron. El IIDH agradece el apoyo de la Fundación Ford sin la cual esta investigación no hubiera sido posible.

\*\* Representante y Coordinador de la Oficina Regional para América del Sur del Instituto Interamericano de Derechos Humanos -IIDH-, Ex Director de la Agencia de Acceso a la Información Pública y de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, Jefatura de Gabinete de Ministros, Argentina (2016-2020). Fundador del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Facultad de Derecho e la Universidad de Palermo (2009-2016). Ex-Director Ejecutivo de Due Process of Law Foundation (DPLF) con sede en Washington D.C. hasta mayo de 2009. Entre 2002 y 2005, Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la Organización de Estados Americanos (OEA).

embargo, hay relativo consenso en que las leyes y regulaciones que gobiernan internet y otras tecnologías, carecen de las protecciones sólidas necesarias para garantizar un adecuado ejercicio de los derechos fundamentales.

Es importante destacar y no soslayar la discusión sobre los beneficios de internet y otras tecnologías para la sociedad, pero también sus efectos al permitir o coadyuvar con posibles violaciones de derechos humanos durante la pandemia.

Para ello, el IIDH estudió el impacto en Argentina, Chile y Uruguay sobre ciertos derechos humanos de normas específicas promulgadas durante o para combatir la enfermedad. Cabe destacar que ese estudio incluye no solo a normas relacionadas con internet y otras tecnologías sino también a otras normas no vinculadas directamente con el entorno digital.

Este artículo pretende complementar un vacío en los esfuerzos para avanzar de mejor manera en la protección de los derechos humanos en un momento en que, por un lado, el uso de la tecnología se vuelve cada vez más crítico, y, por el otro, ante una emergencia sanitaria de proporciones no afrontadas por la humanidad en tiempos recientes, se adoptaron medidas extremas para intentar paliar los efectos en la salud de las personas.

## **2. Las regulaciones en Argentina, Chile y Uruguay que tuvieron impacto en la privacidad**

### **2.1 Pandemia y utilización de tecnologías de vigilancia**

Durante la pandemia, la tecnología jugó un rol fundamental, tanto positivo como negativo. En lo primero, y como ejemplo más



claro, la utilización de distintas tecnologías fue lo que permitió la obtención de vacunas en tiempos que hubieran sido impensables en otros momentos de los estudios científicos en la lucha contra enfermedades.

Sin embargo, también se utilizaron tecnologías que pueden afectar los derechos que estamos abordando en esta investigación, especialmente el derecho a la privacidad y a la protección de datos personales. La habilitación para el uso de esas tecnologías se llevó a cabo a partir de regulaciones aprobadas por los Estados de los que se ocupa este estudio.

Es preciso destacar que asumimos la buena fe por parte de los gobiernos cuando se habilitó el uso de las tecnologías, toda vez que el fin que se buscó y que expresamente se dijo en las regulaciones estaba vinculado con la emergencia sanitaria y el objetivo de hacer frente a la pandemia que generó el COVID-19.

Sin embargo, por las razones que veremos, la habilitación del uso de esas tecnologías no tuvo las suficientes garantías para que no se produjeran injerencias “abusivas o arbitrarias” al derecho a la privacidad, cuestión que es central para la protección del derecho de acuerdo a los estándares internacionales. En otros casos, la habilitación de las tecnologías pudo no haber cumplido con el “test tripartito” exigido por los estándares internacionales (limitaciones a un derecho previstas en la ley, necesarias y proporcionadas), toda vez que, por ejemplo, las injerencias a la privacidad no estuvieran ordenadas por leyes, sino por decretos o autoridades administrativas.

Dos temas que resultan claves a tener en cuenta a la hora del análisis de estas cuestiones están vinculados con el consentimiento del titular para la utilización de sus datos personales y la proporcionalidad de las medidas.

Analizado cómo evolucionó la cuestión en el derecho comparado, se señala que:

Durante los meses de marzo y abril de 2020, las diferentes agencias de protección de datos personales europeas y de otras jurisdicciones abordaron inmediatamente el tema de la pandemia del coronavirus y sus diversos aspectos de distintas maneras y con enfoques diferentes. En general todas lo hicieron espontáneamente publicando en sus canales informativos comunicados donde explicaban si era posible usar o ceder los datos sobre la enfermedad.

[...]

En las opiniones de las distintas agencias, podemos diferenciar tres tipos de posturas:

Enfoque restrictivo: se basa en aplicar en forma directa las leyes de protección de datos personales a las diversas situaciones relacionadas con la pandemia, como ser tratamiento en el ámbito laboral o por parte del Estado, exigiendo siempre el consentimiento del titular del dato personal.

Enfoque neutral: se trata de una postura intermedia que tiene en cuenta los principios de datos personales, pero que permite recopilar datos con la finalidad de evitar contagio o amparar el lugar de trabajo del empleado, incluyendo límites como destrucción de los datos personales una vez finalizada la pandemia.

Enfoque permisivo: este enfoque da prioridad al derecho a la salud y a la emergencia sanitaria por sobre las normas de protección de datos. Entre otras cosas permite compartir datos e incluso publicarlos cuando ello ayude a frenar el contagio<sup>1</sup>.

---

1 Véase “Pandemia (COVID-19) y protección de datos personales. Primeras

De acuerdo con ese estudio de derecho comparado surge que no hubo un consenso claro sobre la necesidad del otorgamiento del consentimiento para el tratamiento de los datos personales vinculados con la prevención de la expansión de la pandemia.

Sin embargo, no puede perderse de vista que, de los tres países analizados, dos (Argentina y Uruguay) son considerados países de legislación con protección adecuada para las regulaciones de la Unión Europea<sup>2</sup>.

Ello reviste importancia porque a partir de la entrada en vigencia del “Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos, RGPD)”<sup>3</sup>, las directrices emanadas del Comité Europeo de Protección de Datos” (CEPD constituyen una fuente interpretativa importante a tener en cuenta. Ello así, porque ambos países se encuentran sometidos a un proceso de revisión de su legislación y sus prácticas en vistas a la nueva normativa.

Expresado más precisamente, las características y contenido que surgen del RGPD al “consentimiento” como base legal para el tratamiento de datos personales adquiere relevancia para esos países a la hora del diseño de las aplicaciones como las que hemos visto.

---

aproximaciones”, Palazzi, Pablo A.; Elaskar, Mercedes, en revista *La ley*, del 13/05/2020, Argentina.

2 Véase en: [https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions\\_es](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_es). Último chequeo: 30 de agosto de 2021.

3 Véase en: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. Último chequeo: 30 de agosto de 2021.

Así las cosas, en mayo de 2020, el CEPD emitió las “Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679”<sup>4</sup>.

En ese documento, luego de establecer claramente que el consentimiento es toda manifestación del titular de los datos personales que sea libre, informada, específica e inequívoca, se dan algunas pautas que son relevantes para esta investigación.

Por ejemplo, el documento destaca el desequilibrio de poder que existe cuando es el Estado el que reclama consentimiento, como es el caso de las aplicaciones que surgieron durante la pandemia. El CEPD determina que:

No es probable que las autoridades públicas puedan basarse en el consentimiento para realizar el tratamiento de datos ya que cuando el responsable del tratamiento es una autoridad pública, siempre hay un claro desequilibrio de poder en la relación entre el responsable del tratamiento y el interesado. Queda también claro en la mayoría de los casos que el interesado no dispondrá de alternativas realistas para aceptar el tratamiento (las condiciones de tratamiento) de dicho responsable. El CEPD considera que hay otras bases jurídicas que son, en principio, más adecuadas para el tratamiento de datos por las autoridades públicas.

Un ejemplo que propone el documento como un caso de consentimiento válido es el siguiente:

Un municipio está planificando obras de mantenimiento de carreteras. Dado que dichas obras pueden perturbar el tráfico durante un periodo largo de tiempo, el municipio ofrece a sus ciudadanos la oportunidad de suscribirse a una lista de correo

---

4 Véase en: [https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_202005\\_consent\\_es.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_es.pdf). Último chequeo: 30 de agosto de 2021.

electrónico con el fin de recibir información actualizada sobre el avance de las obras y sobre los retrasos previstos. El municipio deja claro que no existe la obligación de participar y pide el consentimiento para utilizar las direcciones de correo electrónico para este (único) fin. Los ciudadanos que no dan su consentimiento no se ven privados de ningún servicio básico del municipio o del ejercicio de ningún derecho, por ello tienen la capacidad de dar o negar libremente el consentimiento a este uso de los datos. La información sobre las obras estará también disponible en el sitio web del municipio.

Y un ejemplo, aunque no vinculado con una aplicación estatal que no validaría el consentimiento es el siguiente:

Una aplicación móvil para edición de fotografías pide a sus usuarios que tengan activada su localización GPS para el uso de sus servicios. La aplicación indica también a sus usuarios que utilizará los datos recogidos para fines de publicidad comportamental. Ni la geolocalización ni la publicidad comportamental son necesarias para la prestación del servicio de edición de fotografías y van más allá de lo necesario para prestar el servicio básico ofrecido. Dado que los usuarios no pueden utilizar la aplicación sin dar su consentimiento a estos fines, no puede considerarse que el consentimiento se haya dado libremente.

Por otro lado, el CEPD más adelante aclara que

Un responsable del tratamiento debe tener también en cuenta que el consentimiento no puede obtenerse mediante la misma acción por la que el usuario acuerda un contrato o acepta los términos y condiciones generales de un servicio. La aceptación global de los términos y condiciones generales no puede considerarse una clara acción afirmativa destinada a dar el consentimiento al uso de datos personales. El RGPD no

permite que los responsables del tratamiento ofrezcan casillas marcadas previamente o mecanismos de exclusión voluntaria que requieran la intervención del interesado para evitar el acuerdo (por ejemplo, «casillas de exclusión voluntaria»).

Además de la relevancia del RGPD, también debe observarse que dos de los países objeto de esta investigación (Argentina y Uruguay) han ratificado el Convenio 108<sup>5</sup> y uno (Uruguay) el conocido como Convenio 108+ y otro, a lo menos, es país signatario (Argentina)<sup>6</sup>.

En consecuencia, también resultan relevantes las obligaciones que surgen de estos instrumentos en relación con el consentimiento de los titulares de los datos y la proporcionalidad de los datos recolectados teniendo en cuenta su finalidad.

---

5 Véase en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108?module=signatures-by-treaty&treatynum=181>. Último chequeo: 30 de agosto de 2021. El Convenio 108 es el único instrumento multilateral de carácter vinculante en materia de protección de datos personales, que tiene por objeto proteger la privacidad de los individuos contra posibles abusos en el tratamiento de sus datos. Dado que se encuentra abierta la adhesión a cualquier Estado –no miembro del Consejo de Europa–, es el único estándar vinculante que tiene el potencial de ser aplicado en todo el mundo, proporcionando seguridad jurídica y previsibilidad en las relaciones internacionales. Suscripto en 1981, el Convenio 108 se ha convertido en la columna vertebral de la legislación de protección de datos personales en Europa y en el resto del mundo. En virtud de este Convenio, los Estados Parte deben tomar las medidas necesarias en su legislación nacional para aplicar en su territorio los principios que el Convenio dispone, con el fin de garantizar un tratamiento adecuado de los datos personales y que los titulares de los datos puedan ejercer sus derechos.

6 Véase en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108?module=signatures-by-treaty&treatynum=223>. Último chequeo: 30 de agosto de 2021. El 10 de octubre de 2018, el Consejo de Europa, como consecuencia del avance de la tecnología, adoptó un Protocolo Adicional que modificó el Convenio 108, a los efectos de incrementar la protección de los datos personales, considerando la globalización de las actividades de procesamiento de datos y la circulación de la información.

Ello así, resulta importante tener en cuenta lo establecido en el documento “*Digital Solutions to Fight COVID-19*” publicado por el Consejo de Europa en octubre del 2020<sup>7</sup>.

Allí puede leerse que:

El artículo 5 del Convenio 108+ establece que el procesamiento de datos puede llevarse a cabo sobre la base del “consentimiento libre, específico, informado e inequívoco del interesado o de alguna otra base legítima establecida por la ley”, que, según el informe explicativo de la Convención, incluye el tratamiento necesario para la protección de los intereses vitales del interesado o de otra persona, (...) para el cumplimiento de una obligación legal a la que está sujeto el responsable del tratamiento, y el tratamiento de datos realizado por motivos de interés público o por intereses legítimos superiores del responsable del tratamiento o de un tercero.

Más adelante se reconoce que: “Si bien el consentimiento es una de las posibles bases legales para procesar datos personales, los requisitos para que el consentimiento sea válido son difíciles de cumplir, especialmente en vista de la sensibilidad de los datos de salud y ubicación y, en las circunstancias de COVID-19, la presión para aceptar el procesamiento, debido al contexto excepcional de la pandemia”.

Y en relación con la proporcionalidad se explica que:

El carácter intrusivo de las medidas adoptadas durante la pandemia está en el centro de las reacciones de muchos actores, incluidas las autoridades de protección de datos, los parlamentos, los tribunales y la sociedad civil. El “justo equilibrio entre todos los intereses involucrados, ya sean

---

7 Véase en: <https://rm.coe.int/prems-120820-gbr-2051-digital-solutions-to-fight-covid-19-text-a4-web-/16809fe49c>. Último chequeo: 30 de agosto de 2021.

públicos o privados, y los derechos y libertades en juego” previsto en el artículo 5 del Convenio 108+ se ha evaluado en diferentes contextos.

Las medidas que no pueden lograr su propósito previsto nunca pueden considerarse proporcionadas. Sin embargo, la efectividad real de muchas medidas aún no ha sido probada y examinada, y los debates sobre la proporcionalidad de la injerencia en el derecho a la protección de datos, a la luz de la eficacia comprobada y real de la medida adoptada, continúan en curso.

Los Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Iberoamericanos<sup>8</sup>, desarrollados y aprobados por la Red

---

8 Véase en: <https://www.redipd.org/es/documentos/estandares-iberoamericanos>. Último chequeo: 31 de agosto de 2021. De acuerdo a lo que se explica en la introducción del documento, “En el marco del XV Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos, la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD o Red) ha aprobado y presentado oficialmente los llamados ‘Estándares de Protección de Datos de los Estados Iberoamericanos’, dando cumplimiento así a un objetivo largamente anhelado por todas las entidades integrantes de la misma, así como a uno de los acuerdos adoptados en la XXV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada el 28 y 29 de octubre de 2016 en Colombia, relacionado con solicitar a la Red la elaboración de una propuesta para la cooperación efectiva relacionada con la protección de datos personales y privacidad. El texto ahora aprobado trata de dar respuesta a uno de los ejes de la estrategia acordada por la RIPD en noviembre de 2016 en Montevideo, plasmada en el documento ‘RIPD 2020’, consistente en ‘impulsar y contribuir al fortalecimiento y adecuación de los procesos regulatorios en la región, mediante la elaboración de directrices que sirvan de parámetro para futuras regulaciones o para la revisión de las existentes’. En este sentido, los Estándares Iberoamericanos se constituyen en un conjunto de directrices orientadoras que contribuyan a la emisión de iniciativas regulatorias de protección de datos personales en la región iberoamericana de aquellos países que aún no cuentan con estos ordenamientos, o en su caso, sirvan como referente para la modernización y actualización de las legislaciones existentes”.



Iberoamericana de Protección de Datos<sup>9</sup> resultan también otra fuente a tener en cuenta para el desarrollo de políticas públicas que involucren el tratamiento de datos personales aún durante una emergencia sanitaria.

En referencia a los temas que se han abordado, la necesidad de consentimiento como base legal del tratamiento y la proporcionalidad de los datos recolectados en función de la finalidad perseguida, los Estándares siguen criterios muy similares a los del RGPD que se expusieron más arriba.

Por ejemplo, el documento para Iberoamérica establece que el consentimiento se define como la “manifestación de la voluntad, libre, específica, inequívoca e informada, del titular a través de la cual acepta y autoriza el tratamiento de los datos personales que le conciernen”.

Vinculado con la proporcionalidad, se establece que podrán tratarse “únicamente los datos personales que resulten adecuados, pertinentes y limitados al mínimo necesario con relación a las finalidades que justifican su tratamiento”.

En lo que sigue se citarán los ejemplos que se relacionan con regulaciones que son las más cuestionables en lo que se refiere a la protección de la privacidad y los datos personales.

## **2.2 Pandemia y ciber vigilancia**

En la República Argentina, el Ministerio de Seguridad aprobó un “Protocolo General para la Prevención Policial del Delito con Uso de Fuentes Digitales Abiertas” mediante la Resolución 144 del 31 de mayo de 2020.

---

9 Véase en: <https://www.redipd.org/es/la-red/historia-de-la-red-iberoamericana-de-proteccion-de-datos-ripd>. Último chequeo: 31 de agosto de 2021.

El dictado de esta resolución Ministerial estuvo relacionado de manera explícita con la emergencia sanitaria que se había decretado en Argentina mediante el DNU 260/20. Asimismo, la resolución se hace cargo, también explícitamente, de la necesidad de proteger los derechos humanos, incluso al implementar las medidas que propone el protocolo que se aprueba.

Por ejemplo, en la resolución Ministerial se reconoce que la Resolución No. 1 de la CIDH del 10 de abril del 2020, se recomendó a los Estados:

Asegurar que, en caso de recurrir a herramientas de vigilancia digital para determinar, acompañar o contener la expansión de la epidemia y el seguimiento de personas afectadas, éstas deben ser estrictamente limitadas, tanto en términos de propósito como de tiempo, y proteger rigurosamente los derechos individuales, el principio de no discriminación y las libertades fundamentales. Los Estados deben transparentar las herramientas de vigilancia que están utilizando y su finalidad, así como poner en marcha mecanismos de supervisión independientes del uso de estas tecnologías de vigilancia, y los canales y mecanismos seguros para recepción de denuncias y reclamaciones.

De acuerdo con lo que establece la Resolución Ministerial que venimos tratando, el protocolo que aprueba tiene por finalidad establecer principios, criterios y directrices generales para las tareas de prevención del delito que desarrollan en el espacio cibernético los cuerpos policiales y fuerzas de seguridad. Aclara que las tareas de prevención policial del delito en el espacio cibernético se llevarán a cabo únicamente mediante el uso de fuentes digitales abiertas, entendiendo por “fuentes digitales abiertas” a los medios y plataformas de información y comunicación digital de carácter público, no sensible y sin clasificación de seguridad, cuyo acceso no implique una

El dictado de esta resolución Ministerial estuvo relacionado de manera explícita con la emergencia sanitaria que se había decretado en Argentina mediante el DNU 260/20. Asimismo, la resolución se hace cargo, también explícitamente, de la necesidad de proteger los derechos humanos, incluso al implementar las medidas que propone el protocolo que se aprueba.

Por ejemplo, en la resolución Ministerial se reconoce que la Resolución No. 1 de la CIDH del 10 de abril del 2020, se recomendó a los Estados:

Asegurar que, en caso de recurrir a herramientas de vigilancia digital para determinar, acompañar o contener la expansión de la epidemia y el seguimiento de personas afectadas, éstas deben ser estrictamente limitadas, tanto en términos de propósito como de tiempo, y proteger rigurosamente los derechos individuales, el principio de no discriminación y las libertades fundamentales. Los Estados deben transparentar las herramientas de vigilancia que están utilizando y su finalidad, así como poner en marcha mecanismos de supervisión independientes del uso de estas tecnologías de vigilancia, y los canales y mecanismos seguros para recepción de denuncias y reclamaciones.

De acuerdo con lo que establece la Resolución Ministerial que venimos tratando, el protocolo que aprueba tiene por finalidad establecer principios, criterios y directrices generales para las tareas de prevención del delito que desarrollan en el espacio cibernético los cuerpos policiales y fuerzas de seguridad. Aclara que las tareas de prevención policial del delito en el espacio cibernético se llevarán a cabo únicamente mediante el uso de fuentes digitales abiertas, entendiendo por “fuentes digitales abiertas” a los medios y plataformas de información y comunicación digital de carácter público, no sensible y sin clasificación de seguridad, cuyo acceso no implique una

vulneración al derecho a la intimidad de las personas, conforme lo normado en la Ley de Protección de Datos Personales No. 25.326 y sus normas reglamentarias.

Por su lado, a la hora de determinar cuáles delitos se pretenden prevenir se incluyen los siguientes:

Art. 3: Delitos Concretos Objeto de la Prevención. La prevención policial del delito en el espacio cibernético procurará el conocimiento de posibles conductas delictivas cuyo acaecimiento sea previsible en función de la emergencia pública en materia sanitaria [...] en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19; atendiendo al desarrollo de la criminalidad vinculada a la comercialización, distribución y transporte de medicamentos apócrifos y de insumos sanitarios críticos; a la venta de presuntos medicamentos comercializados bajo nomenclaturas y referencias al COVID-19 o sus derivaciones nominales, sin aprobación ni certificación de la autoridad competente; y a los ataques informáticos a infraestructura crítica —especialmente a hospitales y a centros de salud—; [...]

Asimismo, en tanto se advierta que resulten sensibles al desarrollo de la emergencia pública en materia sanitaria [...] podrán definirse como objeto de las tareas de prevención policial con uso de fuentes digitales abiertas, posibles conductas delictivas cuyo medio comisivo principal o accesorio incluya la utilización de sistemas informáticos con el fin de realizar acciones tipificadas penalmente como la trata de personas; el tráfico de estupefacientes; el lavado de dinero y terrorismo; conductas que puedan comportar situaciones de acoso y/o violencia por motivos de género, amenaza y/o extorsión de dar publicidad a imágenes no destinadas a la publicación; y delitos

relacionados con el *grooming* y la producción, financiación, ofrecimiento, comercio, publicación, facilitación, divulgación o distribución de imágenes de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes.

Es de destacar que la normativa se haya preocupado por establecer claramente, tanto en el Protocolo como en la Resolución que lo aprobó, que las acciones no podían vulnerar el derecho a la privacidad y los datos personales. Sin embargo, las tareas que habilitan a las fuerzas de seguridad para ocuparse de un amplio espectro de actividades de prevención no brindan las garantías adecuadas para la protección de la privacidad.

La preocupación por esta normativa fue advertida tanto por organizaciones no gubernamentales como por la propia autoridad de control en Argentina, la Agencia de Acceso a la Información Pública, AAIP.

En un comunicado oficial, Amnistía Internacional expresó que:

Luego de un proceso de consulta con diversos actores y organizaciones, el Ministerio de Seguridad de la Nación aprobó un nuevo protocolo para la prevención policial del delito con uso de fuentes digitales abiertas a través de la **resolución 144/2020**, publicada en el Boletín Oficial. El protocolo, vigente durante el período de la emergencia sanitaria, establece principios, criterios y directrices generales para las actuaciones de prevención del delito que desarrollan los cuerpos policiales y fuerzas de seguridad mediante el uso de fuentes digitales abiertas.

El nuevo protocolo aprobado incorpora muchas de las recomendaciones sugeridas por la sociedad civil como por ejemplo principios de transparencia y rendición de cuentas, así como la responsabilidad por uso abusivo y violatorio de las

tareas de investigación. También establece que la capacitación y formación a las personas encargadas de estas tareas incluyan perspectiva de derechos humanos.

Sin embargo, la guía aprobada aún autoriza a las fuerzas de seguridad a realizar actividades de investigación preliminar o prevención de delitos en lugar de restringirlas a casos en los que existe un marco judicial aplicable a una investigación concreta. Este tipo de actividad generalizada de vigilancia puede afectar el derecho a la privacidad y a la libertad de expresión. Por esta razón, la investigación en fuentes abiertas debería aplicarse en situaciones muy excepcionales, con el debido marco legal, y con un amplio debate parlamentario con participación social.

El Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, concluyó en un detallado estudio<sup>10</sup> que:

El Ministerio de Seguridad señaló en la presentación del protocolo que el “ciberpatrullaje” tiene como fin el control del aislamiento social preventivo y obligatorio. El proyecto además circunscribe el protocolo a la vigencia del DNU 297/2020. Sin embargo, no está realmente explicado por qué este protocolo es una herramienta específica para intervenir en estos momentos de emergencia. Las fuerzas de seguridad tienen herramientas normativas suficientes para hacer cumplir las medidas sanitarias. Si lo que se necesita es mejorar la prevención e investigación de delitos informáticos, no parece ser esta tampoco la herramienta correcta, tal como lo demuestran los casos relevados. Si de lo que se trata es de mejorar las capacidades de inteligencia criminal para la detección de fenómenos concretos, tampoco es este el protocolo adecuado. Tampoco parece necesario instrumentar regulaciones de emergencia que puedan afectar el derecho a la

---

10 Véase en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2020/04/CELS-sobre-protocolo-ciberpatrullaje.pdf>. Última consulta: 23 de agosto de 2021.

privacidad y a la libertad de expresión sin un debate público y legislativo.

La Asociación por los Derechos Civiles (ADC) también manifestó en un estudio<sup>11</sup> una serie de preocupaciones sobre el Protocolo porque:

- Legítima la prevención policial de expresiones, no de conductas. Esta actividad ha sido denominada coloquialmente “ciberpatrullaje” ya que se la pretende asimilar a las tareas de prevención que la Policía realiza en los espacios públicos (calles, plazas, parques, etc.). Sin embargo, esta identificación omite una diferencia sustancial. La prevención policial tiene como objeto principal la disuasión de conductas ilícitas que puedan tener una consecuencia directa e inmediata en la vida, la integridad física o la propiedad de una persona. Tenemos policías en la calle para que actúen en caso de que una persona agrede a otra, le apunte con una pistola para asaltarla, destruya un negocio, intente entrar a una casa para robar, etc. Por el contrario, el ciberpatrullaje se enfoca principalmente en el discurso, es decir, en comentarios, mensajes, posteos y demás formas de comunicación en internet. Es decir, el objeto de la vigilancia son expresiones que en general, no ponen en riesgo de manera inmediata los bienes e intereses de una persona [...]
- Dificulta que las fuerzas de seguridad respondan por su accionar. El control ciudadano de las fuerzas de seguridad es esencial para que las personas mantengan la confianza en el sistema. [...] No hay forma de saber si en este momento la Policía está revisando nuestros comentarios. [...] No tenemos información acerca de las páginas que se visitan y si la tenemos,

---

11 Véase en: <https://adc.org.ar/wp-content/uploads/2021/07/ADC-La-protecci%C3%B3n-del-espacio-c%C3%ADvico-en-l%C3%ADnea-07-2021.pdf>.  
Última consulta: el 23 de agosto de 2021.

solo nos queda confiar en la palabra de las autoridades. La esperanza de que una ciudadana o una periodista registre un posible caso de abuso es ínfima. El ciberpatrullaje posee un secretismo intrínseco a su modo de funcionamiento. Por eso, debemos tener mucho cuidado con su utilización.

- Supone que los datos provenientes de fuentes de acceso público no merecen un alto nivel de protección.

La autoridad de control para la protección de datos personales, AAIP, entendió que, a efectos de cumplir con la regulación vigente en materia de protección del derecho humano a la privacidad, el Protocolo debía ser revisado y sugirió la suspensión de la aplicación del Protocolo hasta tanto se revisara su adecuación a la normativa en materia de protección de datos personales<sup>12</sup>.

Por lo expuesto puede concluirse que esta regulación podría estar vulnerando de manera abusiva la privacidad y los datos personales.

En Chile, como consecuencia de la emergencia sanitaria decretada por el Decreto No. 104, cuando se declaró Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe que se menciona más arriba, se dispuso la limitación de garantías constitucionales, donde el desplazamiento solo fue posible para aquellas personas habilitadas a través de permisos temporales, salvoconductos y permisos únicos de uso colectivo, los cuales a partir de marzo de 2020 se obtenían a través del sitio web [www.comisariavirtual.cl](http://www.comisariavirtual.cl).

En lo que va desde la declaración del Estado de Excepción Constitucional, el sitio web de Comisaría Virtual se ha transformado en un elemento fundamental para el control y

---

12 Véase en: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/no-2020-47326285-apn-aaip.pdf>. Última consulta: 23 de agosto de 2021.



fiscalización del cumplimiento de las medidas sanitarias que ha impuesto la autoridad. A partir de la información que mantienen en sus registros, sumado a otras fuentes de información se puede identificar a las personas infractoras al artículo 318 del Código Penal, que sanciona al “... que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales”.

El Consejo para la Transparencia elaboró un informe sobre la posible afectación de distintos derechos mediante la utilización de esa plataforma<sup>13</sup>. En ese informe se concluye que:

A partir del análisis de los permisos temporales individuales y los salvoconductos individuales y de uso colectivos entregados en el periodo comprendido entre el 22 de marzo y el 13 de junio de 2020, se observa una gran cantidad de datos personales, tales como domicilio, fecha de nacimiento, nacionalidad, nombres, apellidos, RUN, correo electrónico, estados de salud, empleador, etc., con los que se puede concluir sobre hábitos personales, los que revisten el carácter de dato sensible.

De acuerdo a la naturaleza de los datos almacenados, el amplio espectro de los mismos y el universo infinito de personas a quien está dirigida, se observa una tardía inscripción o registro del banco de datos, por parte de Carabineros de Chile, en los términos que establece la Ley 19.628, que aun cuando sea una norma que carece de actualización acorde a los avances tecnológicos, constituye el marco normativo básico, que debe ser respetado por los organismos del Estado; sin embargo, la inscripción se realizó a casi 5 meses desde la declaración, a

---

13 Véase en: <https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/2020/12/Informe-FF-Comisari%CC%81a-Virtual.pdf>. Última consulta: 23 de agosto de 2021.

través del decreto supremo No. 104, de 18 de marzo de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en todo el territorio nacional.

Por otro lado, la política de privacidad del sitio web de Comisaría virtual, contiene información genérica respecto del sistema “SIMPLE”, cómo se usa, métodos de recolección de información, finalidad de la recolección de datos y sustento jurídico del tratamiento de los datos personales. En sentido, se constatan deficiencias al respecto, toda vez que no existe información en cuanto a posibles transferencias de datos, derechos de los titulares de los datos y tiempo de conservación de la información, pese al deber de informar que tienen los organismos de la administración del Estado.

En definitiva, los sistemas de ciberpatrullaje implementados durante la pandemia, aún llevados adelante como consecuencia de buenas intenciones y buena fe, han demostrado un peligroso uso de las tecnologías que lo permitían en relación con una adecuada protección del derecho a la privacidad.

### **2.3 Pandemia y aplicaciones para geolocalización y control de la salud**

En los tres países analizados se desarrollaron aplicaciones en el marco de la emergencia sanitaria y tal como lo explica una regulación de la República Argentina, resultó necesario “hacer uso de la tecnología con el fin de facilitar [...] el cuidado de la población en su totalidad”.

Estas aplicaciones fueron cuestionadas desde distintos sectores, aunque no siempre esos cuestionamientos fueron avalados por las autoridades de control de los respectivos países.

Desde la perspectiva del “consentimiento” como base legal para permitir el tratamiento de los datos personales, resulta importante analizar la situación planteada en la República Argentina a partir de regulaciones que impusieron la obligatoriedad de la utilización de la aplicación COVID-19- Ministerio de Salud (conocida luego como “*Cuidar*”).

Esta aplicación fue implementada por la Decisión Administrativa No. 432 del jefe de Gabinete de Ministros del 23 de marzo de 2020 (DA 432/2020). Esta normativa facultó a la Dirección Nacional de Migraciones a “requerir previamente al ingreso al país a los viajeros y las viajeras que regresen desde el exterior, la adhesión a esta Aplicación o en su defecto a la página web, debiendo ponerlos en conocimiento de las Bases y Condiciones de utilización de la misma”.

De las Bases y Condiciones (en realidad, el título cuando se accede es “Términos y Condiciones”)<sup>14</sup>, hay un capítulo especial denominado “Políticas de Privacidad”.

Entre otras cuestiones, se explica lo siguiente:

El Usuario que utilice el sitio web podrá proporcionar algunos datos personales a efectos de mantenerse en contacto y recibir información respecto de servicios que se pongan a disposición de la persona en relación a los servicios utilizados. [...]

En ningún caso proporcionar los datos personales es condición para el uso del sitio web y sus servicios vinculados. No obstante, si el Usuario decide voluntariamente proporcionar sus datos personales debe brindar datos veraces, exactos y completos. La inexactitud de los mismos puede suponer dificultades para establecer un vínculo directo con el Administrador.

---

14 Véase en: <https://www.argentina.gob.ar/terminos-y-condiciones#2>. Última consulta: 10 de agosto de 2021.

Si bien es cierto que en las Bases y Condiciones de la aplicación el tema del consentimiento para el otorgamiento de datos aparecía suficientemente explicado como voluntario, no lo es menos que al reglamentar la obligatoriedad del uso de la aplicación, se pone en duda que el otorgamiento del consentimiento fuera de manera libre, lo cual, como vimos, es una característica fundamental para que se constituya como una base legal legítima para el tratamiento de los datos personales.

El ejemplo más claro surge de la Disposición No. 1771/2020 del 25 de marzo de 2020 de la Dirección Nacional de Migraciones que estableció que:

Toda persona que ingrese al país a partir del dictado de la presente medida, deberá por el plazo mínimo de CATORCE (14) días contados a partir de su ingreso, adherir y utilizar la aplicación denominada COVID-19-Ministerio de Salud en su versión para dispositivos móviles, que podrá descargarse en forma gratuita de las tiendas de aplicaciones oficiales de Android e iOS, o en su versión web, accesible a través de <https://argentina.gob.ar/coronavirus/app>.

Nótese que no se da opción: para ingresar a la República Argentina cualquier persona debía utilizar la aplicación. Es decir, a partir de esta norma puede concluirse que el supuesto consentimiento no puede ser considerado libre, salvo que se argumente que la disyuntiva está entre usar la aplicación o ingresar al territorio argentino. Esta disyuntiva cae toda vez que la norma incluye también a ciudadanos y ciudadanas argentinos que tienen un derecho garantizado por la Constitución de ingresar y transitar por el territorio. Por lo tanto, el ejercicio de ese derecho constitucional dudosamente puede ponerse en juego si alguna persona decidiera no utilizar la aplicación. En otras palabras, la obligatoriedad del uso hace que el consentimiento no sea libre porque era necesario para ejercer un derecho constitucional.

Este cuestionamiento puede llevar a la conclusión sobre una posible vulneración al derecho a la protección de los datos personales de acuerdo con los estándares que se han expuesto en esta investigación. Sin embargo, la autoridad de control en Argentina, al analizar la situación, entendió que<sup>15</sup>:

§18. Resulta indudable que existen poderosas razones de interés público para exigirles a las personas que arriban desde el exterior que se sometan a la evaluación sintomatológica prevista en Cuidar por el plazo de CATORCE (14) DÍAS HÁBILES, cumpliendo así con las exigencias de “ley” e “interés general” contenidas en los Artículos 5, inciso 2.b y 7, inciso 2 de la Ley No. 25.326.

En consecuencia, la cuestión no se centra en si el consentimiento fue libre o no, sino directamente en si se puede exceptuar la solicitud del consentimiento bajo ciertas circunstancias. Por ello se evaluó una excepción que permite la ley para requerir el consentimiento para el tratamiento de los datos personales que establece la ley de Argentina:

ARTICULO 5° - (Consentimiento).

[...]

2. No será necesario el consentimiento cuando:

b) Se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal;

Y,

ARTICULO 7° - (Categoría de datos).

---

15 Véase en: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/if-2020-47292017-apn-dnpdpaap\\_0.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/if-2020-47292017-apn-dnpdpaap_0.pdf).

[...]

2. Los datos sensibles sólo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley. También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares.

Un análisis técnico muy profundo fue realizado por la Asociación por los Derechos Civiles, ADC, en el informe “En caso de emergencia: descargue una app”<sup>16</sup>, de donde se pueden inferir algunos problemas que se encontraron en la utilización de la app durante 2020. El informe incluyó recomendaciones que se remitieron a la Secretaría de Innovación, responsable del tratamiento de los datos para mejorar los problemas técnicos encontrados y que se vinculaban fundamentalmente con vulnerabilidades de la aplicación que podían afectar la seguridad de los datos personales que se recolectaban.

En definitiva, aun compartiendo este análisis, la excepción al consentimiento libre e informado para el tratamiento de datos debe ser siempre evaluada bajo un escrutinio muy estricto.

En Chile la aplicación se denominó *CoronApp*<sup>17</sup> y fue formalmente puesta a disposición de las personas el 16 de abril de 2020. Fue el propio presidente Sebastián Piñera quien hizo el anuncio a través de las redes sociales, expresando que:

La tecnología nos permite, pese a la distancia, estar informados y cerca de nuestros seres queridos. Queremos entregarles más herramientas para informarse del [#COVID19](#). Los invito a descargar la App [#CoronApp](#) para más info:

---

16 Véase en: <https://adc.org.ar/2020/05/21/en-caso-de-emergencia-descargue-una-app/>. Última consulta: 23 de agosto de 2021.

17 Véase en: <https://coronapp.gob.cl/>. Última consulta: 23 de agosto de 2021.

- <https://t.co/7Oj3Nmlcbe>
- <https://t.co/gFPovkSeWT> [pic.twitter.com/Af3KlB6npB](https://pic.twitter.com/Af3KlB6npB)

— Sebastián Piñera (@sebastianpinera) [April 16, 2020](#).

Como informaron algunos medios de comunicación, el hashtag #CoronApp fue rápidamente “*trending topic*” en la plataforma Twitter en Chile.

Esta aplicación fue desarrollada por el Ministerio de Salud con apoyo de un equipo de la División de Gobierno Digital, en función de los Decretos que habían declarado la emergencia sanitaria que se han mencionado más arriba. Al ingresar a las “Políticas de Privacidad”<sup>18</sup> de la aplicación se puede leer que:

El Ministerio de Salud y sus organismos relacionados se encuentran facultados por ley para requerir, recolectar, ceder o procesar información de salud, conforme a las competencias explícitas que les han sido conferidas y que están contenidas en:

- DFL No. 1/2006, Salud que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley No. 2.763, de 1979 y de las leyes No. 18.933 y No. 18.469, que le faculta mantener registros de datos personales en materias de su competencia.
- Ley 19.628 sobre protección a la vida privada y que fija normas sobre tratamiento de datos por parte de organismos públicos.
- Ley 20.584 que establece derechos y deberes de los pacientes.
- Decreto con Fuerza de Ley No. 725, Código Sanitario, la

---

18 Véase en: <https://coronapp.gob.cl/politicas.html>. Última consulta: 23 de agosto de 2021.

autoridad sanitaria responsable del aislamiento de toda persona que padezca una enfermedad de declaración obligatoria, especialmente en caso de amenaza de epidemia.

- Decreto No. 4/2020 Salud, que decreta alerta sanitaria por el período que se señala y otorga facultades extraordinarias que indica por emergencia de salud pública de importancia internacional (ESPII) por brote del nuevo coronavirus (2019-NCOV).
- Decreto N 9/2020 Salud, establece coordinación por emergencia de salud pública de importancia internacional que indica y designa ministro coordinador.
- Decreto 158/2020 Salud, reglamento sobre notificación de enfermedades transmisibles de declaración obligatoria.
- Decreto 136/2005 Salud, Reglamento Orgánico del Ministerio de Salud.
- Decreto 41/2012 Salud, aprueba reglamento sobre fichas clínica.

Para justificar la finalidad del procesamiento de datos personales, se dice que *CoronApp* es una aplicación gratuita de información y monitoreo de síntomas de COVID-19.

En cuanto a los datos concretos que se accede, la “Política de Privacidad” los detalla de la siguiente manera:

Para evitar duplicidad de usuarios y hacer un seguimiento óptimo de la información de síntomas solicitada, la aplicación solicita el ingreso con clave única o el registro de los siguientes datos personales:

- Tipo de documento



- RUN o pasaporte del usuario
- Correo electrónico, opcional
- Número telefónico
- Nombre completo
- Edad para verificar que el usuario es mayor de edad y para monitoreo de síntomas
- Comuna donde vive

Para el monitoreo de síntomas la aplicación solicita lo siguiente:

- Fiebre y los grados
- Tos seca
- Dificultad para respirar
- Respiración rápida
- Flema amarilla o verdosa
- Dificultad para tragar
- Cansancio y fatiga
- Dolores musculares
- Dolor de tórax
- Diarrea
- Labios azules
- Pérdida de olfato

- Contacto con contacto confirmado
- Para utilizar la funcionalidad de Ayuda vecina deberá ingresar:
- Una fotografía para identificarlo entre los vecinos cuando solicita y entrega ayuda
- Dirección
- Para ubicar la posición actual en el mapa:
- Ubicación GPS para obtener la posición actual cuando se usan mapas para reportar aglomeraciones, buscar centros de salud o solicitar ayuda. Esto es opcional. *CoronApp* no almacena estos datos.

Como complemento de la “Política de Privacidad”, otro documento (“Términos y Condiciones”), describe los términos de uso aplicables al acceso y uso de la aplicación “*CoronApp*”<sup>19</sup>.

En relación con el consentimiento brindado por el titular de los datos se aclara en la “Política de Privacidad” que:

La descarga de la aplicación es voluntaria y para mayores de 18 años. Con su consentimiento informado y específico accederemos a los datos que nos proporciona. De acuerdo a nuestros términos y condiciones el usuario es responsable de garantizar el buen uso de la aplicación, la completitud, veracidad, exactitud y precisión de sus datos y los de los terceros que ingresa. Además, y respecto de la geolocalización, se aclara que “El usuario opcionalmente podrá utilizar la ubicación GPS para obtener su posición actual cuando se usan mapas para reportar aglomeraciones, buscar centros de salud o solicitar ayuda. *CoronApp* no almacena estos datos.

---

19 Véase en: <https://coronapp.gob.cl/terminos.html>. Última consulta el 23 de agosto de 2021.

Por su lado, en los “Términos y Condiciones” se establece que:

Mediante el uso de la aplicación, el usuario acepta la utilización de la información tratada por aquella, en los términos y condiciones establecidos en éstos. Asimismo, al hacer uso de estos servicios, el usuario accede a vincularse a estos Términos.

El Usuario declara haber leído y aceptado los términos y condiciones. En caso que el usuario no esté de acuerdo con estos términos, deberá abstenerse de utilizar los servicios que proporciona la aplicación, sea que la desinstale o simplemente deje de usarla.

Y sobre la permanencia del consentimiento manifestado se dice que:

“El usuario entiende y acepta que los términos pueden ser modificados en cualquier momento, sin notificación o autorización previa del usuario y al sólo arbitrio de la Subsecretaría de Redes Asistenciales. Sin perjuicio de lo anterior, cualquier nuevo servicio, modificación, supresión o ampliación de los servicios será informado en la aplicación. La utilización del sistema con posterioridad a la publicación de una modificación, constituye aceptación de la misma”.

La descripción de *CoronApp* que hemos visto, permite, en lo que interesa a esta investigación, determinar que se ha implementado una tecnología que, sobre la base legal del consentimiento del usuario, permite el tratamiento de datos personales. El consentimiento aparece como suficientemente informado, y el desacuerdo con el tratamiento de los datos habilita sin más a la no utilización de la aplicación que se declara como de utilización voluntaria.

Sin embargo, una vez otorgado el consentimiento, los términos de uso pueden cambiar sin requerirse un nuevo consentimiento dado que, una vez informado el titular de los datos personales, la utilización de la aplicación opera como una suerte de consentimiento tácito sobre los cambios que pudieran haberse realizados. Ello, por la importancia que reviste el consentimiento, resulta problemático.

Es importante destacar que organizaciones especializadas de la sociedad civil realizaron críticas a la aplicación.

La ONG “Derechos Digitales” la calificó de “sumamente problemática, riesgosa y, en última instancia, muy poco útil”<sup>20</sup>.

Entre otras cosas, y en relación con el consentimiento, “Derechos Digitales” entendió que: “La autoridad pretende salvar la cuestión del uso de los datos través de un consentimiento que los titulares de los dispositivos deben otorgar para poder utilizar la app, y que simplemente no existe en el caso de la información referida a terceros, que potencialmente pueden llegar a incluir hasta al vecino”.

Se encuentra también una suerte de dislocamiento entre la finalidad por la cual se recogen los datos y los datos efectivamente recogidos. Del análisis de “Derechos Digitales” surge que:

La información entregada por las usuarias de la aplicación —su condición de salud, patologías preexistentes y condiciones de riesgo específicas (contacto con personas infectadas o viajes a zonas de riesgo)— no necesita ser combinada con datos de identificación individual para hacer una contribución efectiva al diagnóstico. La app podría recoger toda esa información y

---

20 Véase en: <https://www.derechosdigitales.org/14387/coronapp-la-inutilidad-del-atajo-tecnologico-desplegado-por-el-gobierno-y-sus-riesgos/>. Última consulta: 23 de agosto de 2021.

entregar recomendaciones en forma anónima o seudónima (si la persona crea un perfil con un avatar y alias), con exactamente la misma efectividad. La información de identificación individual requerida no cumple función alguna y solo expone a sus titulares a que terceros, dentro o fuera del Estado, accedan a estos datos con fines distintos a los estipulados por la app, y con consecuencias múltiples, que incluyen ser objeto de distintas formas de discriminación, tanto en el presente como en el futuro; algunas manifestaciones de este fenómeno ya se han hecho visibles: vecinos incómodos con la presencia de funcionarios de la salud o contagiados en sus edificios, condominios o barrios, a las que podrían sumarse o acciones de discriminación en oportunidades de empleo basadas en el desarrollo de anticuerpos o la determinación de primas de salud futuras por posibles secuelas, entre muchas otras.

En otro informe, el Centro de Investigación Periodística, CIPER<sup>21</sup>, luego de un análisis de la política de privacidad y de los “términos y condiciones” de *CoronApp*, detectó:

Vacíos y el uso de lenguaje impreciso al momento de fijar las reglas de la app y los derechos de los usuarios. Argumentan que esto puede permitir que los datos sean usados para fines que sus titulares no dimensionan. “Las palabras de los contratos nunca son elegidas al azar por los abogados”, explican. En el caso del negocio de los datos esa vaguedad busca “dejar abierta la posibilidad de recolectar más datos de los expresamente señalados y/o poder usarlos con fines distintos a las informados”. Eso es inaceptable para una aplicación del estado, argumentan.

---

21 Véase en: <https://www.ciperchile.cl/2020/04/22/problemas-de-proteccion-de-los-datos-personales-de-la-aplicacion-coronapp/>. Última consulta: 23 de agosto de 2021.

Asimismo, el Consejo para la Transparencia, CPLT<sup>22</sup>, remitió un oficio el 7 de mayo de 202 al ministro Secretario General de la Presidencia y al Ministro de Salud, donde refieren expresamente que:

La aplicación de *CoronaApp* requiere, para la ejecución de sus funcionalidades, la recopilación, almacenamiento y procesamiento de una gran cantidad de datos personales, en especial, datos de carácter sensible, tanto de sus usuarios enrolados como de terceros. A este respecto, suscita especial preocupación el adecuado tratamiento de los datos suministrados por los usuarios o que sean recabados a partir de su actividad o interacción con esta herramienta digital, el que debe ajustarse en todo momento a los principios, derechos y deberes contemplados en nuestra normativa de protección de datos personales.

Consecuente con esta preocupación manifestada, el CPLT expresó que, dada la cantidad de datos que se recogerían, debía evaluarse si resultaban excesivos o desproporcionados en función de los fines para los cuales se declamaba su tratamiento. Sin decirlo, parecería que, a juicio del CPLT, había una recolección que no cumplía con el principio de proporcionalidad en la recopilación de datos para cumplimiento del fin que se propone.

Además, manifestó una preocupación al advertir que se recopilaban datos de carácter sensible sin que quedara clara la base legal para hacerlo, remarcando que en la normativa chilena existe una prohibición general para su tratamiento.

---

22 Para esta investigación fue consultado sobre su análisis de la *CoronaApp*, recibiendo información al respecto. Se tomaron en cuenta solo algunos aspectos de la información recibida que se consideraron útiles para el objeto de esta investigación. Se agradece al CPLT la colaboración con el IIDH.

En el oficio, pidió que se facilitara el ejercicio de los derechos que les caben a los titulares de datos personales que son objeto de tratamiento.

En concordancia con lo expuesto más arriba, el CPLT se pronunció con preocupación ante la falta de una base legal de tratamiento de datos de terceros “dependientes” a los que no se los informa y a quienes no se les requiere consentimiento.

En la República Oriental del Uruguay, la aplicación que se estableció lleva el nombre de *Coronavirus UY*<sup>23</sup>.

De acuerdo con la descripción oficial, la aplicación:

*Coronavirus UY* permite conectar a los ciudadanos con posibles síntomas del coronavirus COVID-19 con los prestadores de salud, a fin de reducir los tiempos de espera de consultas y atención ante la emergencia sanitaria. Toda la información recogida estará amparada según las condiciones previstas por la Ley No. 18.331 y en la política de privacidad de la aplicación. Como parte de su evolución, la aplicación ha incorporado distintas funcionalidades, como la visualización de información sobre el estado de la pandemia en Uruguay, el reporte de síntomas, consulta por telemedicina y la alerta de exposición, entre otras.

Resulta destacable como buena práctica, prevista desde el inicio, la auditabilidad del código fuente, estableciéndose que:

Con el objetivo de brindar una total transparencia y garantías sobre el manejo de la información recolectada, en esta primera etapa, se pone a disposición de instituciones nacionales

---

23 Véase en: <https://www.gub.uy/ministerio-salud-publica/politicas-y-gestion/informacion-sobre-aplicacion-coronavirus>. Última consulta: 23 de agosto de 2021.

(academia, industria, sociedad civil organizada), la posibilidad de auditar la documentación y código fuente de la aplicación *Coronavirus UY*, incluyendo sus funcionalidades de alerta de exposición.

Las instituciones interesadas podrán ponerse en contacto a través del correo electrónico [coronavirusuy@agesic.gob.uy](mailto:coronavirusuy@agesic.gob.uy), indicando el propósito de las actividades a realizar, así como los responsables a contactar para realizar la coordinación y acceso a la documentación y código fuente.

Relacionado con la implementación de esta aplicación, aunque no expresamente sobre ella, la Unidad Reguladora de Control y Protección de Datos Personales de AGESIC, en la Resolución No. 35 del 20 de junio del 2020, se había ocupado del tema vinculado con la utilización de sistemas de rastreo de contacto (“*contact tracing*”) mediante aplicaciones móviles.

En la Resolución, la Unidad estableció que:

1. En cuanto a los sistemas de rastreo de contactos, aconsejar los que implican un almacenamiento descentralizado de los datos por resultar menos invasivos para la privacidad de las personas.
2. Señalar la pertinencia de realizar en forma previa una evaluación de impacto en la protección de datos; la inscripción de la base generada en caso de contener datos personales, o en su caso, actualizar la preexistente; y la suscripción de acuerdos que garanticen el cumplimiento de la normativa en caso en que se aplique sistemas provistos por terceros así como analizar y evaluar especialmente los aspectos técnicos vinculados con seguridad, considerando especialmente los lineamientos del Centro Nacional de Respuesta a Incidentes de Seguridad Informática (CertUy) de la Agencia para el



Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento.

3. En caso que el rastreo de contactos se adicione como funcionalidad a aplicaciones preexistentes que recolecten otro tipo de información, deberán extremarse las medidas de seguridad, atendándose otras alternativas en el marco de la necesaria evaluación de impacto a la protección de datos.
4. Corresponde asegurarse la obtención del consentimiento previo y expreso de los usuarios mediante la descarga y aceptación de términos de la aplicación, o en caso de que se agregue como funcionalidad a aplicaciones preexistentes, de las nuevas funcionalidades y actualizaciones que se propongan incluir en el sistema.
5. Deberá establecerse una adecuada granularidad del consentimiento ante distintas acciones propuestas a los titulares de los datos, y prever la posibilidad que estos puedan revocar su consentimiento para el uso del rastreo de contacto, aun sin tener que eliminar la aplicación.
6. Procede asegurarse que el sistema sólo pueda ser aplicado por el Ministerio de Salud Pública en el marco de la emergencia sanitaria en su calidad de responsable de tratamiento de datos, y con fines de alertar a potenciales contagiados, del contacto con una persona positiva por COVID-19. Adicionalmente, no debe emplearse para realizar un monitoreo individual de los usuarios.
7. La información debe almacenarse en centros seguros y en territorio nacional. En casos debidamente justificados de transferencia internacional, deberá solicitarse la autorización a esta Unidad, salvo que se transfiera a territorios adecuados. Los respaldos deberán cumplir con las recomendaciones

indicadas en el presente y deberán ser eliminados en las mismas condiciones que las bases originales.

8. En caso de conservarse información en forma centralizada – fuera de los dispositivos de los usuarios– se debe contar con los mecanismos de seguridad pertinentes para evitar incidentes y ser eliminada una vez cumplida la función para la cual fue recolectada.
9. Como corolario de lo anterior, y en caso de que se agregue el rastreo de contacto a una aplicación preexistente, mantenerse independiente la información vinculada a este, de la que resulte de otras funcionalidades de la aplicación.
10. No deberá proporcionarse información personal de casos positivos a potenciales contagiados por la enfermedad; tal información solo puede remitirse al Ministerio de Salud Pública con el consentimiento expreso del titular del dato y a efectos del seguimiento de su situación de salud. Cuando el rastreo de contactos se adicione a una aplicación preexistente, la comunicación de confirmación de un caso positivo debe efectuarse con el consentimiento expreso del titular del dato.
11. Deberá ponerse a disposición de los interesados las especificaciones de la aplicación a efectos de garantizar un tratamiento transparente de los datos y un eventual consentimiento informado. En particular, especificarse la forma de habilitar o deshabilitar el rastreo de contactos y la información sobre el uso de *bluetooth*; si ésta se adiciona a una aplicación preexistente, deberá aclararse expresamente y en forma separada las condiciones de tratamiento de otras funcionalidades de la aplicación.
12. Procede informarse expresamente a los titulares de los datos sobre situaciones de potencial contagio y los parámetros de

tiempo y distancia, así como eventuales modificaciones, en el marco de la necesaria y permanente transparencia.

13. Deberá minimizarse la recolección de información, en especial cuando refiere a informaciones de terceros; en su caso, esta solo podrá remitirse al Ministerio de Salud Pública para su gestión conforme los protocolos que se elaboren al respecto, manteniéndose separadas de la información derivada del rastreo de contactos. También eliminarse toda la información finalizada la emergencia sanitaria, salvo que sea debidamente anonimizada y su conservación autorizada por la Unidad. La información recolectada debe ser periódicamente revisada en función de los objetivos específicos considerando un criterio de minimización de los datos.

Resulta importante destacar que muchas de estas recomendaciones fueron tomadas en cuenta, tal como surge de las políticas de privacidad que se publican, relacionadas con la aplicación uruguaya que se crearon poco tiempo después de las recomendaciones de la Unidad<sup>24</sup>.

Ese documento explica, en primer lugar, que el registro en la aplicación es voluntario y se requiere el consentimiento del titular de los datos. Respecto del tratamiento de los datos, una vez otorgado el consentimiento, el documento establece que:

Los datos personales recabados y accedidos para el registro en la aplicación, incluyendo los declarados por el usuario en la funcionalidad de seguimiento, serán tratados por el Ministerio de Salud Pública con la finalidad de relevamiento y contención relacionada a la pandemia coronavirus (COVID-19) y

---

24 Véase en: <https://www.gub.uy/ministerio-salud-publica/comunicacion/publicaciones/politica-privacidad-app-coronavirusuy>. Última consulta: 23 de agosto de 2021.

comunicados en el marco de lo dispuesto por el Decreto No. 93/020, de 13 de marzo de 2020, relativo a la emergencia sanitaria.

Los datos personales se encuentran en una base de datos inscrita ante la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales, titularidad del Ministerio de Salud Pública, y cuentan con medidas de seguridad adecuadas que garantizan su integridad, disponibilidad y confidencialidad (Resolución Nuevo Sistema No. 64/020 del Consejo Ejecutivo de la Unidad).

Solo se realizarán comunicaciones de datos autorizadas por la Ley No. 18.331, a Instituciones Públicas o Privadas que ejerzan las mismas competencias asistenciales y resulten necesarias para la efectiva prestación de asistencia del titular de los datos. Para la funcionalidad de tele consulta, se comunicará la información al prestador indicado por el usuario y la información resultante quedará incorporada en su historia clínica.

Finalmente, resulta pertinente agregar que esta aplicación incluyó como herramienta un sistema de “Alertas de exposición”<sup>25</sup> pero el sistema solo funciona si el usuario acepta activarlo, e incluso luego de hacerlo se requerirá su permiso y participación para acciones específicas. Luego de otorgar el permiso inicial para activar el sistema de alertas, podrá desactivarlo en cualquier momento.

---

25 Véase en: [https://www.gub.uy/ministerio-salud-publica/sites/ministerio-salud-publica/files/2020-06/disen%CC%83o%20gacetilla%20coronavirus%20%20copia\\_0.pdf](https://www.gub.uy/ministerio-salud-publica/sites/ministerio-salud-publica/files/2020-06/disen%CC%83o%20gacetilla%20coronavirus%20%20copia_0.pdf). Última consulta: 23 de agosto de 2021.

### 3. Conclusiones y recomendaciones

Las medidas adoptadas en los tres países fueron similares, pero ofrecen diferencias que repercuten de manera distinta en cualquier análisis de la situación, en cada uno de ellos, referida al respeto de derechos fundamentales. El modo, tiempo y extensión de las medidas no fue igual en los tres países.

La utilización de herramientas tecnológicas se aceleró en 2020 y ello fue habilitado por la declaración de emergencia sanitaria en los tres países estudiados.

Sin perjuicio que podrían encontrarse otros campos de impacto, la tecnología fue utilizada para habilitar lo que se denomina “teletrabajo”, la “telemedicina” y el desarrollo de aplicaciones de uso en teléfonos móviles que tenían como objeto colaborar con las personas tanto para la detección como la asistencia ante casos de potenciales contagios del virus que provocaba la enfermedad.

Quedó evidenciado que en el campo de las regulaciones que habilitaron el “teletrabajo”, en general no se prestó la debida atención a la protección de los datos personales de quienes elegían o se les impuso esa modalidad de trabajo.

Algo similar ocurrió con la “telemedicina” donde pudo advertirse una falta de regulación concreta sobre la tecnología utilizada, sobre todo aquella vinculada con la selección de las plataformas para consulta médica o para el intercambio de datos personales de salud que son considerados, en los tres países, datos de carácter sensible sobre los cuales hay que prestar una atención más profunda cuando de ellos se hace tratamiento.

En consecuencia, debido al aumento de estas prácticas de atención médica, o de modalidades de trabajo fuera de los lugares

habituales, que específicamente se habilitaron por regulaciones que tenían como excusa la emergencia sanitaria, hubiera sido deseable que esas regulaciones tomaran en cuenta no sólo desde una posición declarativa, sino concreta, la necesaria protección de la privacidad de los sujetos involucrados, cuestión que, como se ha visto, no fue abordada debidamente, incluida la seguridad de los datos personales y los temas que se mencionan a continuación.

Es por esta razón que sería recomendable generar regulaciones apropiadas para la protección de derechos fundamentales sin que ello pueda ser entendido como un obstáculo de la utilización de las tecnologías vigentes para el “teletrabajo”, la “telemedicina” o incluso para la asistencia de las personas en cuestiones de salud que hacen a la emergencia sanitaria.

Más específicamente, y de acuerdo a lo que surge en esta investigación, dos son los temas que merecieron atención: por un lado, las cuestiones relacionadas con el otorgamiento del consentimiento de los titulares de los datos personales que se trataron; y, por otro lado, la proporcionalidad, en función de la finalidad específica que se declamaba, de la recolección de datos personales.

Ambas cuestiones (consentimiento y proporcionalidad) están íntimamente vinculadas con el desarrollo de las tres aplicaciones que se mencionan en esta investigación –*CuidAR*, de Argentina; *CoronApp* de Chile, y *CoronavirusUy* de Uruguay–.

Dadas las interpretaciones que se aportan más arriba en este estudio, es posible concluir que las aplicaciones diseñadas en los tres países estudiados tuvieron claroscuros, dado que en algunos casos es dudoso que el consentimiento se hubiera otorgado de manera libre e informada, y en otros es cuestionable la cantidad de datos recolectada.

Como ejemplos de lo mencionado se da la obligatoriedad impuesta en Argentina, en algunos casos, de otorgar el consentimiento por la simple aceptación de los términos y condiciones de la aplicación en los tres casos estudiados; y la cantidad de datos que se recolectaban, por ejemplo, en el caso chileno, que fuera explicado más arriba.

Para terminar, sería recomendable que se revise el diseño de estas aplicaciones, se aplique el estándar de “privacidad desde el diseño” y, particularmente, se solicite de una manera más clara e inequívoca el consentimiento del titular para el tratamiento de sus datos personales.

# Nuevas posibilidades de comunicación, nuevos peligros, nuevos desafíos: La libertad de expresión y el discurso de odio en internet

*Martina Brun Pereira*  
*Brahian Furtado Duarte*  
*Belén Hernández Rimoldi*  
*Federico Pereyra Burghi\**

## Introducción

La libertad de expresión representa una de las bases fundamentales y excluyentes de un sistema democrático. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en su jurisprudencia que “sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a

---

\* *Brun Perera* es estudiante de abogacía en la Universidad Católica del Uruguay. Pasante en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

*Furtado Duarte* es estudiante avanzado de abogacía en la Universidad Católica del Uruguay.

*Hernández Rimoldi* es estudiante de abogacía en la Universidad Católica del Uruguay. Pasante en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

*Pereyra Burghi* es abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor Aspirante en la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad Católica del Uruguay.



tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad”<sup>1</sup>.

En el contexto de la modernización y la sociedad de la información –asociado al auge del acceso a internet, el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación–, la libertad de expresión se ha tenido que adaptar a las nuevas formas de manifestar los pensamientos, intercambio de ideas y, en definitiva, a toda forma de expresar una idea entre usuarios por medio de las plataformas digitales. En este sentido, “internet se concibe como una herramienta esencial de expresión, información y comunicación horizontal entre los ciudadanos y recibe la protección constitucional y judicial de las libertades, en un espacio de interacción con ideas con cobertura mundial”<sup>2</sup>.

Un estudio publicado por la UNESCO (2015) rinde cuenta de la gran cantidad de interacciones que ocurren en línea mediante las plataformas de redes sociales, las cuales suponen un riesgo mayor a la masividad de compartir información Su acceso globalizado supone la trascendencia a cualquier tipo de frontera definida por jurisdicciones nacionales, lo que conlleva que las plataformas también desarrollen definiciones propias de discurso de odio y por contrapartida, un elenco de herramientas para responder a tal problemática que las involucra.

El derecho a la libertad de expresión no solo se debe tutelar a fin de que sea ejercido en forma plena, sino que también se lo ha de proteger en todas sus manifestaciones dado el impacto que este podría tener en los diversos sectores de la sociedad, en

- 1 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, No. 107, párr. 116.
- 2 Bernal, E. “La libertad de expresión en la internet”. *Revista Misión Jurídica*. Vol. 9, Núm.10. 2015. Pp.163-180. <https://www.revistamisionjuridica.com/la-libertad-de-expresion-en-la-internet/>.

especial sobre la democracia. En este marco, la problemática vinculada al discurso de odio ha adquirido una trascendencia fundamental en la sociedad de la información en la que vivimos; no obstante, pareciera que, pese a algunos intentos para regularlo, tal escenario aún no ha tenido suficiente trascendencia como debería.

Por este motivo, el objetivo de este artículo se concentra en analizar de qué forma el discurso de odio en internet limita la libertad de expresión y socava la democracia.

Para ello, se comenzará ahondando jurisprudencial y doctrinalmente en el derecho a la libertad de expresión, con énfasis en internet, para luego adentrarse propiamente en el discurso de odio, su respectiva regulación y necesidad, además de referir al rol de los distintos agentes, los posibles grados de afectación y eventuales desequilibrios que ello puede generar en la democracia. Finalmente, se hará alusión a posibles límites y soluciones acerca de la problemática tratada.

## **Libertad de expresión e internet**

Resulta fundamental, en primera línea, referirnos en líneas generales a la relación entre libertad de expresión e internet. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha indicado que internet juega un rol primordial para fomentar el acceso público a las noticias y facilitar la disseminación de toda información en general, teniendo presente su creciente accesibilidad y capacidad para guardar y difundir información<sup>3</sup>; y agrega que su importancia recae en que se ha convertido en el principal medio

---

3 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Times Newspapers Ltd. (Nos. 1 and 2) vs. Reino Unido*. Sentencia de méritos y justa satisfacción. Sentencia de 10 de marzo de 2009.

para el ejercicio de la libertad de expresión, *providing as it does essential tools for participation in activities and discussions concerning political issues and issues of general interest*<sup>4</sup>.

En este sentido, ante la aparición de nuevas tecnologías<sup>5</sup>, las empresas intermediarias asumen un rol esencial en el ámbito, a diferencia de lo que ocurría en los inicios, donde se encontraba libre de regulación. Con la aparición de las nuevas tecnologías, toda vez que mediante su uso se pueda poner en riesgo derechos fundamentales, la regulación estará latente, con el debido respeto de las propias singularidades de los derechos para no desnaturalizarlos, principalmente en lo que respecta al derecho a la libertad de expresión.

En cuanto al último punto, tanto el relator especial de las Naciones Unidas como la relatora especial de la OEA han remarcado que el derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 13 de la Convención, se aplica plenamente a Internet<sup>6</sup>, dado que ha permitido a muchos ciudadanos expresarse libremente, así también como ejercer derechos en línea.

Es por ello destacable la “Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet” (2011), firmada por el Relator Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la OSCE, la Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión

---

4 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Ahmet Yildirim vs. Turquía*. Sentencia de méritos y justa satisfacción. Sentencia de 18 de diciembre de 2012.

5 Free Word Centre. Artículo 19. “Intermediarios de internet: Disyuntiva por la atribución de responsabilidad civil y penal”. 2013.

6 Botero, C. *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. OEA/ Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.11/13. 2013.

y Acceso a la Información de CADHP. Esta declaración sienta como principios de la extensión del derecho en este medio:

1. Aplicabilidad, en cuanto a extensión y límites, con los mismos principios que en otros medios de comunicación.
2. La necesidad de ponderar el impacto de las restricciones en la promoción de la libertad respecto de sus beneficios.
3. Regulación específica, atendiendo particularidades.
4. Respuestas alternativas y adaptadas a las características de internet ante contenidos ilícitos, de modo que no impliquen restricciones especiales al contenido.
5. La autorregulación como una herramienta efectiva para abordar expresiones injuriosas.
6. Alfabetización digital como objetivo de los Estados.

En consecuencia, si bien no existe en la actualidad un tratado internacional que lo regule específicamente en internet, esta Declaración puede servir de base en la construcción de los estándares para su ejercicio, aún más cuando está regido por los mismos principios que en medios tradicionales. Por ello, para comprender su desarrollo en este ámbito, necesariamente debemos ahondar en la conceptualización del derecho.

La libertad de expresión, reconocida por el artículo 13 de la CADH y en numerosos instrumentos, así como a nivel interno en los Estados –como lo es el artículo 29 de la Constitución uruguaya–, ha sido señalada por la jurisprudencia interamericana como una herramienta clave para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, ubicándose en el centro del sistema

de protección de los derechos humanos de las Américas<sup>7</sup>. En este sentido, según reseñan Bertoni, Salazar y Zelada<sup>8</sup>, puede definirse a través de dos perspectivas: el *estándar de calidad democrática* y el *estándar de las dos dimensiones*.

La primera de estas perspectivas enaltece a la libertad de expresión como uno de los pilares en la construcción de una sociedad democrática, pues es indefectible en la formación de la opinión pública y en el propio desarrollo de distintas organizaciones esenciales (partidos políticos, sindicatos, asociaciones civiles, etc.). “[e]s, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”<sup>9</sup>.

Sobre esta línea, el Tribunal Europeo ha reconocido que: “la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo”<sup>10</sup>.

Por ello, es necesario tener presente que los mecanismos de protección de la libertad de expresión alcanzan no sólo a las ideas socialmente admitidas o aquellas que sean consideradas como

---

7 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Hugo Bustíos Saavedra*. Perú. 1997, párr. 72.

8 Bertoni, E., Salazar, D., & Zelada, C. Artículo 13. “Libertad de pensamiento y de expresión”. En K. A. Stiftung, C. Steiner, & M.C. Fuchs (Eds.), *Comentario Convención Americana de Derechos Humanos*. Segunda ed. 2019.

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70.

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, No. 16: Libertad de expresión, p. 70 citado en Bertoni, E. et al, “Libertad de pensamiento...”, p. 410. 2018.

inofensivas o indiferentes, sino que también a las “que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una ‘sociedad democrática’”<sup>11</sup>.

Finalmente, desde el estándar de la doble dimensión del derecho, indica la Corte IDH que “quienes están bajo la protección de la Convención Americana tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole, así como también el de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por los demás”<sup>12</sup>, de lo que se desprende la dimensión individual y social del derecho.

La dimensión individual, en primer término, reflejada propiamente en la posibilidad de manifestar el pensamiento, corresponde no sólo al derecho a hablar o escribir, sino que también al poder utilizar cualquier medio apropiado para difundir ideas y con ello hacerlo llegar al mayor número de destinatarios.

Como exponen Ramírez y Pallares<sup>13</sup> el objeto de la libertad de expresión es la “capacidad de comunicar ideas, opiniones, sentimientos e informaciones sin censura previa, además de contar con los medios adecuados para el ejercicio de tal comunicación”.

---

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 410.

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 42.

13 Hugo Saúl, R. G., & Pallares Yabur, P. *Derechos Humanos*. México, Oxford, p. 248. 2012.

Por su parte, la dimensión social, atiende a la libertad de expresión desde su perspectiva colectiva y se la entiende como un medio para la comunicación masiva de las personas que permita el intercambio de ideas e informaciones de cualquier índole, es decir, recibir y conocer opiniones ajenas<sup>14</sup>. En suma, tal como refiere Torres<sup>15</sup>, de acuerdo con lo reseñado por el juez Holmes en “Marketplace of Ideas”, *la libertad de expresión es básica para el propósito humano de conocer la verdad*.

Por otra parte, corresponde referir que no es un derecho absoluto, sino que será merecedor de protección sólo cuando el propósito de la expresión sea legítimo y cuando el acto de expresión no vulnere los derechos humanos de otros. Al respecto, el artículo 13 de la Convención Americana dispone un marco especial para su limitación, vedando la censura previa, salvo lo dispuesto en los incisos 4 y 5, y estableciendo un régimen de “responsabilidades ulteriores”. En este sentido, es dable recordar que no se castiga el ejercicio de la libertad sino su abuso, al responsabilizar a un sujeto no se le sanciona por haber hecho uso de su derecho constitucional, sino por los abusos o excesos cometidos en dicho ejercicio.

Esta responsabilidad, siguiendo a la Corte IDH, tiene como característica el ser excepcional, por lo que de ningún modo puede significar un límite más allá de lo estrictamente necesario

---

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Párr. 32.

15 Torres, M. “El ‘mercado libre de las ideas’ de O. W. Holmes”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (81), 183-208. 2007. Consultada el 6 de agosto, 2021, en: <http://www.jstor.org/stable/24885378>.

que lo convierta en un mecanismo directo o indirecto de censura previa<sup>16</sup>.

De este modo, para que una limitación no pueda considerarse arbitraria o abusiva, debe estar fijada expresamente por ley y ser necesaria para asegurar el respeto de los derechos y reputación de los demás o para la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.

Martin Risso<sup>17</sup>, siguiendo lo dispuesto por la Corte IDH, ha señalado que las limitaciones deben seguir como reglas generales: (a) estar contenidas en leyes con redacción clara y precisa; (b) deben orientarse al cumplimiento de objetivos imperiosos autorizados por la Convención; (c) los derechos de terceros deben armonizarse; (d) ser necesarias en una sociedad democrática y cumplir con el test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto); (e) no pueden significar un mecanismo de censura previa; y finalmente (f) no pueden ser discriminatorias.

En esta línea, al considerar el artículo 29 de la Convención Americana, la Corte IDH, integra dentro de los requisitos para determinar la convencionalidad en los casos de limitaciones al derecho, la expresión “necesarias en una sociedad democrática” cuyo fundamento se vincula con el artículo 10 de la Convención Europea. En este sentido, el Tribunal Europeo ha señalado recientemente en el caso *Delfi As c/ Estonia*, reafirmando

---

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 101.

17 Risso Ferrand, M. “La libertad de expresión y el combate al discurso del odio”. *Revista semanal del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Vol. 18, Núm. (1), 53-91, p. 72. 2020. Consultado el 14 de agosto de 2021. Disponible en: <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/632/400>.



jurisprudencia sostenida, que el adjetivo “necesario” implica la existencia de una “necesidad social imperiosa”<sup>18</sup>.

En consideración de lo anterior, la Corte IDH define que no es suficiente, para demostrar la existencia de una “necesidad social imperiosa”, el probar que la restricción cumple con un propósito útil, sino que debe evidenciarse la existencia de un “objetivo colectivo” que sea preponderante, lo que jamás debe significar una limitación más allá de lo estrictamente necesario<sup>19</sup>. Con otras palabras, deben ser analizadas a la luz del test de proporcionalidad<sup>20</sup>.

[...] Cualquier condición, restricción o sanción en esta materia deben ser proporcionales al fin legítimo que se persigue. Sin una efectiva garantía de la libertad de expresión, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios<sup>21</sup>.

Por este motivo, en este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación<sup>22</sup>.

---

18 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Delfi As vs. Estonia*. Sentencia de méritos y justa satisfacción. Sentencia de 16 de junio de 2015, párr. 131.

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 46.

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Urrutia Laubreaux vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409, párr. 85.

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 140.

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela*.

En definitiva, las limitaciones impuestas a la libertad de expresión deben ser la excepción, siendo inadmisibles las restricciones indebidas al derecho. Ahora bien, en el caso de que el derecho a la libertad de expresión entre en colisión con otro derecho, será necesario realizar juicios de proporcionalidad para cada caso concreto.

Por otra parte, en lo que concierne a la censura previa, la CIDH ha manifestado que conlleva el control y veto de la expresión antes de que sea difundida, obstruyendo, tal como señala la doctrina especializada<sup>23</sup>, al individuo cuya expresión ha sido censurada, así como a la totalidad de la sociedad en el ejercicio de su derecho a acceder a la información. En otras palabras, tal como señaló la CIDH<sup>24</sup>, la censura previa produce una suspensión radical de la libertad de expresión al impedirse la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias, afectando, por consiguiente, una de las condiciones básicas en una sociedad democrática.

Sintetizando, la libertad de expresión se funda como la piedra angular<sup>25</sup> de toda sociedad democrática, radicando en ella un alto valor que debe ser tutelado, y cuya existencia no solo supone el derecho a difundir las propias ideas, sino que también a recibir y conocer el pensamiento ajeno y acceder a información. Si bien, de principio, se encuentra vedada la censura previa, su

---

Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019. Serie C No. 380, párr. 108.

23 Cassinelli Muñoz, H. “Derecho a la información, derecho al honor y la Constitución de la República”. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 75. 2002, p. 75.

24 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Alejandra Marcela Matus Acuña*. Chile. 2005. Párr. 35.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 46, párr. 70.

ejercicio implica ciertos “deberes y responsabilidades” (artículo 10 inc. 2do. de la Convención Europea), motivo por el cual se establece un régimen de responsabilidades ulteriores, las que deben cumplir con los elementos de legalidad, legitimidad y necesidad en el ámbito de una sociedad democrática.

En este sentido, se han de tener presentes los diversos desafíos que suponen la controversia respecto a qué parámetros y estándares se deben seguir para alcanzar una definición de discurso de odio, a fin de encontrar un concepto unitario y concreto entre la normativa internacional en materia de Derechos Humanos, la normativa interna de los Estados y las normas propias de las plataformas digitales. Por lo que, en atención a lo anterior, resulta necesario establecer un precepto claro, concreto y preciso de la conducta que se pretende prohibir o restringir.

## **Aproximación a la cuestión del discurso de odio**

El devenir de los años ha cambiado la forma en la cual nos paramos frente al mundo, nos comunicamos y expresamos nuestras opiniones. Tan importante resulta este aspecto que nuestras vidas han adquirido un componente vital abocado a nuestra identidad tecnológica y digital. Así es como todas las discusiones que en el siglo pasado se daban en un periódico o en un encuentro en un bar han sido trasladadas a nuestra vida digital.

Como todos suponemos, la digitalización lleva consigo el advenimiento de beneficios y perjuicios. Los beneficios son claros; solo por enumerar algunos: comunicación instantánea, desde cualquier lugar del mundo; espacios que contribuyen al desarrollo de una democracia moderna; el asentamiento de la

libertad de expresión y el acceso instantáneo a noticias a lo largo y ancho del mundo. Naturalmente dentro de los perjuicios encontramos el elenco de actitudes que contrarrestan los espacios de colaboración y comunicación democráticos. Centrándonos en el propósito del presente, la popularización del discurso de odio constituye a todas luces un talón de Aquiles en materia de comunicación cuya responsabilidad atañe a todos los actores de la sociedad.

A nivel multilateral, UNESCO ha destacado el rol que ocupa Internet en la sociedad:

La libertad de expresión no es un privilegio para los países ricos. La libertad de expresión no es un concepto solamente occidental. Una verdadera sociedad de información no se puede concebir sin la garantía a la libertad de expresión y en particular de la libertad de prensa. Los periodistas actualmente son sometidos a numerosas presiones, [pero ellas y ellos] son los garantes de una transmisión de información que permitan a los ciudadanos participar realmente en el debate democrático, es importante recordar que ellos deben poder ejercer libremente su profesión<sup>26</sup>.

Naturalmente nos cuestionamos si es posible alcanzar una definición de discurso de odio. No es un concepto nuevo, sin embargo, son nuevas las formas mediante las que nos acercamos a discursos a los cuales debemos prestarle atención por su contenido hiriente y dañino para con la democracia. La Real Academia Española, evidentemente, no define el discurso de odio como tal pero sí define al odio como “antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea”<sup>27</sup>. Debemos tener cuidado

---

26 UNESCO. “La liberté d’expression dans la société de l’information”. *Rapport Final Colloque International*. Paris. 2002.

27 RAE. 2021. Tomado de: <http://www.rae.es>.

ya que caer en imprecisiones puede conllevar a categorizar cualquier expresión bajo el título de discurso de odio. Claro está que ese no es nuestro objetivo.

Por su parte, Díaz Hernández expresa que “el discurso de odio constituye, en efecto, una amenaza inaceptable no solo a la dignidad y la integridad humana, sino también a la libertad de expresión y de participación política y ciudadana, por cuanto busca deshumanizar, silenciar y reducir a sus víctimas, restringir el espacio que ocupan en la sociedad y su influencia en la discusión pública a través del miedo y de la humillación”<sup>28</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo define como “toda forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique odio basado en la intolerancia”. Siguiendo la misma línea el Consejo de Europa luego define como “formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración”<sup>29</sup>. Como veremos más adelante no es un concepto libre de críticas, tanto es así que de forma disidente se pronuncia la jurisprudencia estadounidense adoptando un criterio *laissez faire*.

Frente al grado de trascendencia de la cuestión y la sensibilidad del discurso que se trata, se planteó en un comienzo la necesidad de encontrar un concepto unitario y concreto de discurso de odio, así como también un consenso general sobre el precepto de la conducta que se busca suprimir, prohibir o restringir entre

---

28 Díaz Hernández, M. *Discurso de odio en América Latina*. ONG Derechos Digitales. <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/discurso-de-odio-latam.pdf>, 2020. p. 19.

29 Webber, A. *Manual on Hate Speech*. Publicaciones del Consejo de Europa. 2009.

la normativa internacional en materia de Derechos Humanos, la normativa interna de los Estados y las normas internas por parte de las plataformas digitales.

En suma, los discursos de odio son expresiones que tienen la intención de generar una división en la sociedad, con un medio discriminatorio, que descalifican a la posición contraria, con sentimientos nocivos solamente por tener una posición distinta. No obstante, tal como se señala en el artículo 10 del Convenio Europeo, se debe distinguir entre el llamado discurso del odio o *hate speech* que no califica como ejercicio de la libertad de expresión y, el discurso ofensivo que sí está protegido, ya que otra interpretación no sería conforme al pluralismo como valor y principio de la democracia<sup>30</sup>.

En consecuencia, es importante analizar los medios por los cuales se populariza el discurso de odio. Si bien es cierto que el discurso de odio no se puede limitar a internet, es una realidad que a lo largo de los últimos años ha significado una herramienta muy importante para la expansión de mensajes a muy bajo costo. En este sentido ha facilitado la organización social y constituido una herramienta clave de encuentro para facciones de grupos que anteriormente veían dificultada su conexión.

Cuando nos referimos a la responsabilidad de todos los actores de la sociedad debemos destacar dos grandes grupos. Por una parte, los actores públicos, bajo el entendido de los tres poderes del Estado –legislativo, ejecutivo y judicial– y medios públicos; y, los actores privados, englobando al resto de integrantes de la sociedad, donde la acción individual de cada uno importa. Situados en este contexto, el discurso de odio pone en tela de juicio uno de los debates más importantes acerca de la libertad

---

30 Atienza, M. “Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión”, en: *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 30, 2007. Pp. 65-72.

de expresión en línea. Es de vital importancia dividir la libertad de expresión en contextos individuales de los colectivos. En esta medida analizaremos la importancia de las políticas públicas aplicadas al caso concreto y el valor de la acción de cada uno de los particulares.

La responsabilidad de los poderes del Estado puede darse en primer término bajo el entendimiento de la necesidad de legislar o regular mediante políticas públicas, leyes o decretos actos ilícitos que en la práctica pueden conllevar a actos de discriminación, hostilidad y violencia. El discurso de odio es una expresión de dominación y desigualdad absoluta, excede de cualquier límite concebible de la libertad de expresión y sitúa el propósito en menoscabar los derechos del resto de los ciudadanos.

Constituye una categoría controversial en las distintas legislaciones a lo largo y ancho del mundo. Citado por primera vez por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos bajo el término *hate speech*. Varias legislaciones de América Latina han regulado de forma indirecta el discurso de odio presente tanto online como offline, mediante figuras delictivas como la incitación al odio.

Así sucede en nuestro país, donde el artículo 149 BIS del Código Penal condena a quien públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública, incitare al odio, al desprecio, cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en función del color de su piel, raza, religión, origen nacional o étnico u orientación sexual o identidad sexual. Desde ya aparenta a todas luces ser una solución que se encuentra bajo el amparo de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos aplicables a la materia, que toma su origen en la Ley No. 16.048 del año 1989.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha promovido como principio la implementación de medidas preventivas y educativas que eviten el discurso de odio, más no un régimen represivo o sancionatorio. A la hora de restringir por medios legislativos debemos ser muy cuidadosos con la protección al derecho de la libertad de expresión, remitiéndonos meramente a aquellas limitaciones de las libertades que se fundamentan en el respeto a los derechos y libertades de los demás que tienen base en la dignidad humana. En este sentido, parece razonable la recomendación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como también la actuación del Estado en algunas situaciones en las que sea necesario velar por la protección de los derechos de los ciudadanos.

Si hablamos de prevención, es inevitable el compromiso de los actores privados. Como mencionamos en un comienzo, los problemas que resultan a raíz de la falta de regulación del contenido de internet involucran a toda la arquitectura y al rol preponderante de determinadas empresas que, además de construir democracia, abren la puerta a un sin fin de discusiones y debates que pueden dañar los derechos individuales. Empresas como Facebook y Twitter han creado consejos asesores especializados en la materia que intentan reducir los daños que puede conllevar el discurso de odio.

Como expresa la UNESCO, en particular en lo que refiere a los intermediarios de Internet operados por empresas privadas que se espera el máximo atenuamiento a la normativa internacional referente a Derechos Humanos: *“This is set out in the Guiding Principles on Business and Human Rights elaborated by the United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights”*<sup>31</sup>. Enfatiza la responsabilidad corporativa en la defensa

---

31 Gagliardone, I., Gal, D., Alves, T., Martínez, G. *Countering online hate speech*.



de los Derechos Humanos, lo cual se pone en manifiesto en el Principio número once estableciendo: “*Business enterprises should respect human rights. This means that they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved*”<sup>32</sup>.

Mediante un estudio minucioso sobre cómo se combate y sanciona el discurso de odio en línea en las distintas las plataformas digitales, atendiendo a los estándares y criterios internacionales en materia de derechos humanos, Díaz Hernández ha manifestado que existe una “brecha sustancial entre los estándares para considerar que un determinado contenido califica como discurso de odio de acuerdo con la normativa interamericana en materia de derechos humanos, y los estándares utilizados por las plataformas de redes sociales para determinar si un contenido debe permanecer o no en dicha plataforma”<sup>33</sup>. Agrega también que tendría que ser “exigible, como estándar mínimo, que las normas relativas al contenido permitido en redes sociales y plataformas de internet se ajusten a los estándares globales en materia de derechos humanos, no solo en lo sustantivo que respecta al contenido permisible y prohibido, sino en lo referido a estándares de transparencia, garantías mínimas de proceso, apelación e información al usuario”<sup>34</sup>.

---

United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). <https://en.unesco.org/news/unesco-launches-counteracting-online-hate-speech-publication>. 2015. Pág. 28.

32 United Nations Human Rights. *Guiding Principles on Business and Human Rights*. 2011. Extraído de: [https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_en.pdf), pág.13.

33 Díaz Hernández, M. *Discurso de odio en América Latina*. ONG Derechos Digitales. 2020. <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/discurso-de-odio-latam.pdf>, pág. 18.

34 Ibid, pág. 20.

En la actualidad se discute y cuestiona hasta qué punto resulta eficaz la autorregulación voluntaria de los intermediarios de internet operados por empresas privadas, en la que las empresas ofrecen sus propios canales para los denunciantes individuales. Aunque los usuarios conservan el derecho de resolver un caso concreto por medio de la justicia formal, pocos casos trascienden y prosperan. Siguiendo esta línea, la UNESCO<sup>35</sup> expresa que a pesar de haber sido solicitada mayor claridad acerca del proceso de moderación de contenido, las plataformas sociales han evitado poner reglas y procedimientos muy estrictos para identificar qué tipo de contenido debe limitarse o eliminarse.

A la luz de la innegable expansión del discurso de odio en el mundo es preciso señalar, además del régimen interamericano, la recepción que se le ha dado tanto en los tribunales norteamericanos como en los sistemas europeos. Estados Unidos ha brindado especial importancia a la protección de la libertad de expresión, fundado categóricamente en la primera enmienda constitucional. Por su parte los regímenes europeos han condenado aquellas prácticas que atentan contra los derechos fundamentales de los ciudadanos, recurriendo en varias ocasiones al Derecho Penal con la finalidad de castigar conductas que constituyen extralimitaciones o manifestaciones, en ningún caso amparables por el ordenamiento, por atentar contra la base misma de la democracia, por lo que se proscriben todas aquellas que sean producto del lenguaje o discurso del odio<sup>36</sup>.

La línea norteamericana fundada en el liberalismo clásico propugna la visión de que basta verificar la realidad de los hechos para descalificar el discurso de odio. Rawls por su parte

---

35 Gagliardone, I., et al. *Countering online hate speech*. 2015.

36 Aba Catoira, A. *Protección de las libertades de expresión y sanción del discurso del odio en las democracias occidentales*. Economic Development and Social Sustainability Research Group (EDaSS), Universidade da Coruña, 2015. p. 210.

expresa que: “suprimir la libertad de expresión, incluida la expresión subversiva, implica siempre una supresión parcial de la democracia”<sup>37</sup>. Se sitúa entonces en una tradición política y cultural que opta por la neutralidad del Estado y la abstención frente a los distintos discursos o expresiones que puedan darse en la sociedad. Lo entienden como una garantía que conlleva al respeto estricto a la libertad de expresión derivando en un beneficio hacia la democracia.

En Europa, por otra parte, ha tenido una significativa relevancia la tragedia del Holocausto, revitalizando el concepto de la dignidad humana. En términos generales, el sistema europeo admite la limitación de la libertad de expresión en casos en los que mediante una incitación directa o indirecta al empleo de la violencia se amparan discursos discriminatorios contra colectivos sociales históricamente discriminados<sup>38</sup>.

En definitiva, resaltamos la necesidad de converger entre las normativas internas de los Estados, las plataformas digitales y los estándares y criterios del derecho internacional, en un concepto unitario y concreto de discurso de odio. Lo anterior, en la medida que en la actualidad es posible percibir una brecha sustancial entre los estándares para considerar que un determinado contenido califica como discurso de odio entre los diferentes agentes, generando desconfianza y falta de seguridad jurídica para los emisores del mensaje, así como también para los receptores.

---

37 Rawls, J. *A Theory of Justice*. Harvard University Press, Cambridge, 1971. p. 103.

38 Valero, A. “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 2017. Pág. 307.

## Desafíos a la hora de combatir el discurso de odio en internet

Frente a lo expuesto, hallamos una dificultad de encontrar un equilibrio entre la libertad de expresión y el respeto por la igualdad y la dignidad humana, lo cual ha llevado a los Estados a abordar la problemática en sus normativas internas optando por diferentes criterios para las sanciones correspondientes, causando cierto grado de desconfianza e inseguridad respecto a los estándares a seguir en la materia, así como también para adecuar la conducta de la sociedad.

Como se ha hecho referencia, en el caso concreto de la libertad de expresión y el discurso de odio encontramos, como menciona la UNESCO, “*international and regional legal instruments surveyed so far offer a framework for states to address hate speech within their duty to promote and protect rights, which includes balancing rights to freedom of expression with rights to dignity, equality and safety*”<sup>39</sup>. En efecto, la necesidad de regular el discurso de odio mediante la restricción de la libertad de expresión, implica también abordar los pesos y contrapesos que conlleva la regulación en una democracia y en un Estado de Derecho, procurando no socavar estos aspectos elementales y esenciales.

La normativa del sistema regional de protección, destaca en el artículo trece de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho de toda persona a la libertad y expresión de pensamiento, así como también sus respectivas limitaciones, entre ellas las relativas al discurso de odio. El inciso cinco establece: “Estará **prohibida por la ley** toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción

---

39 Gagliardone, I., et al. 2015. p. 27.

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

La Corte IDH en el *Caso “La Última Tentación de Cristo”* ha establecido que en todos los demás casos que no sean los establecidos a texto expreso, para ser legítima la censura previa como medida de restricción a la libertad de expresión, debe efectuarse una interpretación restrictiva y estricta de la norma ya que como se ha mencionado, las limitaciones a los Derechos Humanos no admiten una interpretación expansiva o a contrario sensu<sup>40</sup>.

En definitiva, tal como se ha visto a lo largo del presente artículo, al hablar de libertad de expresión, indiferentemente del ámbito en el cual se aplique, se debe partir siempre de la base normativa del derecho internacional y nacional en materia de Derechos Humanos, los cuales indican la prohibición de censura previa y restricción al ejercicio de la libertad de expresión con anterioridad, salvo en lo previsto por el inciso cuatro del artículo trece de la Convención Americana. Por tanto, en los demás casos, únicamente serán admisibles eventuales responsabilidades ulteriores, las cuales deben estar expresamente fijadas por la ley (reserva legal) y cumplir determinados requisitos materiales para ser legítima.

Luego de hacer referencia a la necesidad de abordar el discurso de odio con una interpretación de los criterios y estándares desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, resulta conveniente plantear cómo se puede combatir el discurso de odio en internet debido a que el mismo presenta una complejidad adicional por el hecho de cómo están diseñadas

---

40 Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

las plataformas de interacción entre los usuarios, el uso del lenguaje que en ellas se realiza así como también, las expresiones que se suscitan a través de los distintos mensajes y discursos.

De este modo, el desafío para las comunidades en línea redunda en que el discurso de odio es extremadamente difícil de identificar, monitorear y combatir, a raíz de las diferentes perspectivas que pueden darse en la práctica, así como también es de destacar la dificultad que se presenta con los usuarios, quienes profesionalizan sus acciones para que contenido discriminatorio supere el sistema rudimentario de prevención mediante filtros<sup>41</sup>.

En definitiva, la complejidad resulta esencialmente notoria en la vida cotidiana de los usuarios por la repercusión de determinados discursos o mensajes en cuestión de segundos, cambiando de forma y contenido dependiendo el lugar y el tiempo, recibiendo especial relevancia en los momentos de períodos de campaña electoral, discursos de personas públicas, entre otras.

Ahora bien, para intentar combatir esta problemática de manera efectiva, las redes sociales han implementado y proporcionado más herramientas, políticas y plataformas que detectan eventuales y manifiestos discursos de odio, para lograr identificar, suprimir y combatir estos mensajes. Por su parte, Facebook y Twitter, han adaptado un enfoque reactivo para lidiar con los mensajes de odio informados por sus usuarios y analizar si infringieron o no sus términos de servicio<sup>42</sup>. De hecho, Twitter ha facilitado el reporte de incidentes en su plataforma y educando a su equipo de moderación acerca de las distintas formas que

---

41 Kobek, P. "Hatebase Seeks to Eliminate Hate Speech Online". *The Gamer*. 2019, 06 de octubre. Consultado el 14 de agosto de 2021. Extraído de: <https://www.thegamer.com/hatebase-eliminate-hate-speech-online/>

42 Gagliardone, I., et al. 2015.

toman las violaciones de sus reglas en los distintos países, culturas y contextos. Asimismo, la comunidad de Twitter también obtendrá más control sobre su experiencia en la plataforma con la capacidad de silenciar palabras, frases y hasta conversaciones completas<sup>43</sup>.

Así pues, frente a las nuevas amenazas que se presentan en el ámbito de las redes sociales y la propagación de los discursos del odio, se observa como aspecto positivo, las nuevas herramientas que ha proporcionado Twitter para con los usuarios, así como también el estudio particular de los mensajes contextuales y cómo se puede identificar un discurso de odio.

Sin embargo, se necesitan iniciativas más estructurales para explicar no sólo cómo se pueden denunciar determinadas instancias, sino también por qué es importante crear espacios comunitarios donde se pueda dialogar sobre el discurso de odio.

Sobre la línea de lo anterior, parece haber potencial para consolidar el término medio silencioso o pasivo para alejarse de los extremos de odio por parte de activistas que se involucran con el discurso de odio en línea a través del contra discurso<sup>44</sup>.

En definitiva, al ser un problema colectivo y complejo, se exigen respuestas transversales que puedan ser adaptadas y coordinadas con una variedad de actores sociales de modo que, haya un cambio y una respuesta social efectiva.

Para comprender esta problemática, se han destacado algunos proyectos a nivel internacional, que pretenden brindar una prevención a estos discursos, los cuales, a largo plazo, podrán ser

---

43 Pantallas Amigas: “Twitter combate el discurso de odio reforzando su sistema de reporte y moderación”. 2016. Extraído de: <https://www.pantallasamigas.net/twitter-combate-discurso-del-odio-reforzando-sistema-reporte-moderacion/>

44 Gagliardone, I., et al. 2015.

utilizados por diferentes agentes sociales para generar mensajes efectivos contra el discurso de odio en internet. Su metodología consiste –en la mayoría de los casos– en la utilización de datos que han sido procesados, estudiados y analizados en función de cómo se pueden detectar distintas actitudes de los usuarios en el entorno de las redes sociales y cuáles son las más frecuentes en la actualidad, lo cual está en constante actualización y evolución. En efecto, haremos referencia a dos de ellos, *Hatebase* y *Dangerous Speech Project*.

Como se indica en su sitio oficial, *Hatebase* “*is a service built to help organizations and online communities detect, monitor and analyze hate speech...*”<sup>45</sup>. Lo que se busca en concreto mediante una base de datos como instrumento al servicio y asistencia de agencias gubernamentales, ONG, organizaciones civiles, es reducir los mensajes de discurso de odio, controlando y analizando el uso de la difusión del lenguaje discriminatorio contra los grupos minoritarios, así como también procurar disminuir la aceptación social de estos discursos y los efectos de la violencia que producen.

Por su parte, *The Dangerous Speech Project* se enfoca en estudiar la manifestación de discursos (en cualquiera de sus formas de expresión) que inspiran e infunden violencia entre grupos de personas buscando detectar, investigar y comprender el vínculo entre el habla y la violencia, procurando encontrar formas efectivas de mitigar la problemática mientras se protege la libertad de expresión. En específico, creemos conveniente resaltar la metodología de análisis de los discursos, expresando que no puede identificarse únicamente por las señas de identidad o por cualquier aspecto de su contenido; por tanto, se ha desarrollado una prueba de peligrosidad del discurso para detectarlo de

---

45 *Hate base*. Disponible en <https://hatebase.org/about>.



manera meticulosa, basada en el mensaje en sí y cuatro elementos relacionados: locutor, público, contexto y medio<sup>46</sup>.

## **Discurso de odio en internet y la necesidad de una actuación conjunta por parte de los distintos agentes sociales**

Surge de las iniciativas mencionadas en el capítulo anterior, que el discurso de odio en internet es un fenómeno complejo en cuanto a su análisis e identificación, por lo que requiere medios idóneos para lograr combatir y contrarrestar sus efectos. De igual modo, según lo propuesto por el relator especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre cuestiones de las minorías, los Estados podrían trabajar en colaboración con organizaciones y proyectos para combatir el discurso de odio, proporcionando apoyo financiero<sup>47</sup>.

A nuestro juicio, resulta más que necesario que los actores sociales busquen respuestas en conjunto y no de manera aislada, ya que, como menciona la UNESCO, está claro que ningún actor por sí solo puede resolver el problema del discurso de odio en línea, independientemente de cómo se defina el fenómeno. Los procesos participativos continuos de comprensión de la naturaleza del discurso de odio en línea son tan importantes como las respuestas en evolución<sup>48</sup>.

Ahora bien, otra cuestión indispensable por abordar, es lo aludido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

---

46 *Dangerous Speech project*. Disponible en <https://dangerousspeech.org/what-we-do/>.

47 R., Izsák. *Report of the Special Rapporteur on minority issues*. HRC 28th session. 2015.

48 Gagliardone, I., et al. 2015.

en virtud de las aproximaciones punitivas a los discursos de odio. La CIDH resalta que “como principio, en vez de restringirlos, los Estados deben impulsar mecanismos preventivos y educativos y promover debates más amplios y profundos, como una medida para exponer y combatir los estereotipos negativos...”<sup>49</sup>.

Torres y Taricco, han hecho referencia con gran acierto, expresando que el problema no es únicamente que las prohibiciones resulten en restricciones indebidas o desproporcionadas a la libertad de expresión, sino que suelen ser ineficaces para abordar y solucionar el problema de fondo, ya que no cumplen el rol de contrarrestar el discurso de odio, sino que, con frecuencia, agravan la inflamación y la polarización social que dio lugar al contenido, en primer lugar<sup>50</sup>.

Bajo este entendido, es claro que con las restricciones y prohibiciones en materia de libertad de expresión para sancionar el discurso de odio en internet, resulta insuficiente para combatir el problema de fondo, ya que, si bien los Estados han utilizado medidas represivas para este tipo de discursos, ha resultado por vía de los hechos ineficaz por la complejidad que presenta no solo la falta de unidad de criterios, estándares y conceptos entre los actores, sino también por ser un espacio sin políticas precisas en tanto a qué jurisdicción le compete castigar a los emisores de esos mensajes.

---

49 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Capítulo IV: Discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América*. Volumen II. Recopilado de [http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Discurso\\_de\\_odio\\_incitacion\\_violencia\\_LGTBI.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/odio/Discurso_de_odio_incitacion_violencia_LGTBI.pdf). Pp. 373-384.

50 Díaz Hernández, M. “Discurso de odio en América Latina”. ONG Derechos Digitales. 2020. <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/discurso-de-odio-latam.pdf>.

Asimismo, resulta un desafío en conjunto para la colectividad la tarea de crear, impulsar y fomentar mecanismos preventivos y educativos, para lograr atacar el problema de fondo y no unas meras sanciones punitivas para los emisores de los discursos. En el marco del Movimiento *No Hate Speech* surge la necesidad de impulsar iniciativas educativas que combatan el odio en internet, justificadas por el aumento de prácticas abusivas que podemos encontrar en Internet, muchas de las cuales utilizan un tono extremista y racista y amenazan los valores fundamentales de la sociedad democrática<sup>51</sup>.

En suma, se plantea un cambio de paradigma con un nuevo enfoque que no procura centrar la cuestión en el reproche a los emisores, sino enfatizar la importancia de educación de los receptores de los discursos y cómo éstos son una parte fundamental en el combate del discurso de odio. Su capacitación implicaría que no se creen, incite, difunda y comparta este tipo de contenidos que tanto perjuicio le generan a la democracia.

La UNESCO se ha pronunciado al respecto de las iniciativas que promueven una mayor alfabetización mediática e informacional, lo cual expresa que han comenzado a surgir como una respuesta más estructural al discurso de odio en línea. Como consecuencia de la creciente exposición de los jóvenes a las redes sociales, la información sobre cómo identificar y reaccionar ante el discurso de odio puede volverse cada vez más importante<sup>52</sup>.

En la actualidad, el Secretario General de las Naciones Unidas, solicitó que la UNESCO desarrolle una campaña para combatir el discurso de odio, por lo cual se organizó la

---

51 Keen, E. & Georgescu, M. *Manual para combatir el discurso de odio en internet a través de la educación en Derechos Humanos*. Departamento de Juventud del Consejo de Europa. 2016. Extraído de: <http://www.codajic.org/node/3944>.

52 Gagliardone, I., et al. 2015.

Conferencia Internacional de Ministros de Educación de las Naciones Unidas y Foro de múltiples partes interesadas, bajo el fundamento de que la educación puede desempeñar un papel fundamental para hacer frente al odio en línea y fuera de línea, la cual ayuda a contrarrestar el surgimiento de violencias y discriminación específicas contra determinados grupos de personas. El desarrollo de respuestas educativas con el objetivo de reforzar la resiliencia de los educandos ante los discursos retóricos de exclusión y odio<sup>53</sup>.

Otra iniciativa para abordar la problemática con énfasis en la educación y concientización, en el marco *del Movimiento No Hate Speech* fue la campaña del Consejo de Europa contra el discurso de odio en internet, la cual estuvo destinada a sensibilizar sobre el problema, a cambiar las actitudes en la materia y movilizar a la juventud para actuar contra él. La campaña se ha centrado en respuestas educativas y estrategias de prevención mediante acciones orientadas a las principales causas del discurso de odio como forma de ayudar a la juventud a desarrollar conocimientos, habilidades y actitudes que puedan ser empleadas en el día a día. En esencia, la campaña está destinada a promover los derechos humanos en internet y hacer del mismo un lugar más seguro para todos<sup>54</sup>.

En este nuevo enfoque que venimos planteando y abordando, las medidas alternativas que se plantean para atacar la problemática de fondo, resultan más eficaces para generar y

---

53 Organización de las Naciones Unidas para la Cultura, las Ciencias y la Educación. *Luchar contra el discurso de odio mediante la educación: Conferencia Internacional de Ministros de Educación de las Naciones Unidas y Foro de múltiples partes interesadas*. 2021. Disponible en <https://es.unesco.org/news/luchar-discurso-odio-mediante-educacion-conferencia-internacional-ministros-educacion-naciones>

54 Keen, E. & Georgescu, M. *Manual para combatir el discurso...* 2016. Extraído de: <http://www.codajic.org/node/3944>.

fomentar la información y concientización sobre una cuestión la cual, al estar tan arraigada a la sociedad de la información y el conocimiento, es algo de nuestro día a día. Como sociedad, hacemos caso omiso a señales claras y manifiestas de discurso de odio, o incluso apoyamos a determinados líderes carismáticos o personas públicas quienes mediante sus discursos denotan un claro mensaje de odio, discriminación y violencia de manera invisible o discreta, generando un notorio perjuicio a la democracia acentuado por el grado de repercusión masiva de sus mensajes en internet.

## Conclusión

A la luz de lo expuesto se concluye, en primera instancia, el vertiginoso desarrollo que ha tenido la regulación jurídica del derecho a la libertad de expresión en los últimos años, por lo que, respecto al objetivo del presente ensayo, y dentro de esta transición producto de la modernización, el discurso de odio constituye un aspecto trascendental, dado que su manifestación y las formas de combatirlo atañen a todos los actores de la sociedad.

Tal como se señala en las anteriores líneas, el discurso de odio implica una amenaza no solo a la dignidad e integridad humana, sino que también a la libertad de expresión –considerada ésta como la piedra angular de la democracia–, por cuanto posee una gran influencia en la discusión pública a través del miedo y de la humillación.

La protección de este valor constituye una de las formas más importantes de garantizar un trato igual y libre a todos. Como sostiene Dworkin: “las limitaciones a la libertad de expresión como las relativas al discurso de odio, provienen de una suerte

de autoritarismo que no trataría a los ciudadanos como libres e iguales, al imponerles determinados criterios y privarles de su capacidad de decisión”<sup>55</sup>.

Ahora bien, es destacable que se ha de tener especial cuidado a la hora de categorizar este tipo de discursos con el fin de evitar caer en imprecisiones. Ante ello, a la hora de restringir por medios legislativos se ha de ser muy cuidadoso con la protección al derecho de la libertad de expresión, procurando remitir meramente a aquellas limitaciones de las libertades que se fundamentan en el respeto a los derechos y libertades de los demás que tienen base en la dignidad humana.

En efecto, encontrar un concepto unitario y concreto sobre el discurso de odio entre las normativas internas de los Estados, las plataformas digitales y los estándares y criterios del Derecho Internacional se impone como una necesidad. Solo la actuación conjunta entre los distintos agentes sociales permitirá arribar a una respuesta eficaz y de gran impacto.

Finalmente, es necesario hacer hincapié en que la respuesta a estas manifestaciones debe encontrarse en la educación formal e informal en materia de derechos humanos y en la alfabetización digital, lo que representa la alternativa más eficaz y posible en cualquier sistema democrático. De este modo, la base de todo el sistema es la información, conciencia y capacitación que reciben los receptores de estos mensajes para saber atender y combatir el discurso por sus propios medios, procurando no compartir, difundir y propagar este tipo de acciones que tanto daño le generan a la democracia.

---

55 Dworkin, R. *A matter of principle*. Harvard University Press, Cambridge. 1986. p. 364.

La desinformación no es una cuestión del siglo XXI; lo que sí es una cuestión de nuestra época, y significa un compromiso como sociedad. Es la forma en la cual debemos contribuir para defender una democracia plena que resalte los valores relativos a la libertad de expresión y que prevenga de discursos polarizadores, como lo es el discurso de odio<sup>56</sup>.

---

56 Referencias adicionales:

*Informe Anual de la Relatoría para la libertad de expresión 2004*. En: “Capítulo VII, las expresiones de odio y la Convención Americana de Derechos Humanos”. Pp. 171-188. Extraído de <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/Informe%20Anual%202004.pdf>.

Risso Ferrand, M. “El Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En *El Derecho entre dos siglos*, Universidad Católica del Uruguay. 2015. Pp. 193-214.

# Acceso a la Información Pública: aplicación de la primera ley en Argentina y desafíos para la región

*Marcelo Krikorian\**

## 1. Primera Ley de Acceso a la Información en Argentina: momento histórico

En 2017 inició su efectiva vigencia la primera ley nacional de acceso a la información pública de Argentina No. 27275, sancionada y promulgada un año antes<sup>1</sup>.

Hasta la sanción de la ley, rigió el decreto No. 1172/2003, una medida de avanzada en una época de recomposición del vínculo entre el Estado y la sociedad, muy deteriorado por la

---

\* Abogado, Magister en Derechos Humanos y Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Es profesor en la carrera de grado de abogacía y en la Maestría en Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la misma universidad, donde también fue secretario de asuntos académicos (2005-2007) y consejero directivo titular (2010-2018). Participó en el XXXVII Curso Interdisciplinario del IIDH (2019).

1 La norma está disponible para su lectura en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=265949>



crisis que el país sufrió en 2001/2002<sup>2</sup>. El decreto, sin embargo, abarcaba solamente al Poder Ejecutivo (administración pública central), y su perfil era reactivo (deber de entregar información, si se la solicita) pero no proactivo (deber de publicar en formatos accesibles para la sociedad, sin que sea necesario pedir la información). En 2017, durante pocos meses, rigió el decreto No. 79, que amplió la nómina de sujetos obligados del Poder Ejecutivo, más allá de la administración central, en función de lo dispuesto por la Ley No. 27275 (todavía no vigente).

Con base en un marco jurídico preexistente, por el cual se otorgó jerarquía constitucional a diferentes instrumentos internacionales que reconocen el derecho de acceso a la información pública<sup>3</sup>, la nueva norma incorpora al orden legal principios, estándares, derechos, deberes, sujetos obligados y mecanismos de protección. Cualquier persona, sin que se exija acreditar interés, motivación o formalidades excluyentes, puede solicitar información pública.

- 
- 2 La crisis, en un marco de depresión económica y ajustes fiscales, estalló cuando se impusieron restricciones al retiro de depósitos bancarios, afectando a quienes no podían disponer de su dinero “cash”. Se vieron especialmente perjudicados quienes formaban parte de la economía informal (la mayoría de la población en ese momento, causando un crecimiento de la pobreza). La cadena de pagos se cortó, impactando muy negativamente en la economía. Las protestas sociales fueron violentamente reprimidas, con decenas de personas muertas. Luego de estos hechos, renunció el presidente Fernando de la Rúa, en diciembre de 2001. El régimen monetario de convertibilidad terminó, por lo que la cotización del dólar pasó de un peso a cuatro pesos. Hubo una transición, con la designación por Asamblea Legislativa de un mandatario provisorio, Eduardo Duhalde, hasta que, finalmente, en las elecciones presidenciales de abril de 2003 fue consagrada la fórmula Néstor Kirchner-Daniel Scioli.
  - 3 La Convención Americana de Derechos Humanos (art. 13.1); la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 19); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19.2). Estos instrumentos internacionales fueron expresamente incorporados a la Constitución argentina, en ocasión de la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22).

La nómina de sujetos obligados que enumera el art. 7 es amplia. Entre otros, el Poder Ejecutivo (administración centralizada y descentralizada, incluyendo instituciones de la seguridad social); Poder Legislativo (abarca a órganos de contralor que dependen del Congreso, como la Auditoría General de la Nación); Poder Judicial, Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa, el Consejo de la Magistratura; órganos como el Banco Central, concesionarios de servicios públicos, empresas y entes con participación estatal, universidades, partidos políticos, y entes no estatales que reciben transferencias dinerarias del Estado nacional.

La ley dispone, por primera vez en Argentina, el deber de publicidad de la información con formato proactivo, para todos los sujetos obligados, con claridad, de modo que sea fácil su comprensión, con datos actualizados, y que, a su vez, puedan ser reutilizados (art. 32).

La obligación de publicidad implica informar sobre orientación referente a la información disponible en el sitio y sobre los pasos a seguir para pedir lo que no esté publicado; autoridades, personal, escalas salariales, estructura, presupuesto; información sobre transferencias de fondos originadas y/o destinadas a personas físicas o jurídicas, públicas o privadas; licitaciones y otros modos de contratación pública; declaraciones juradas patrimoniales de las personas que, por su función, están alcanzadas por esta obligación, entre otras.

Un aspecto esencial para que el derecho de acceso a la información pública sea realmente cumplido es el de las excepciones, porque ningún derecho es absoluto. La ley argentina (art. 8) enumera taxativamente las situaciones en que no corresponde brindar información. Su aplicación debe interpretarse con criterio restrictivo; y, si se denegare un pedido

de información invocando una excepción, en todos los casos, la decisión debe estar fundamentada.

Entre otras causales, son excepciones: la información reservada, confidencial o secreta por motivos de defensa nacional y política exterior; aquella que puede significar un riesgo sobre el sistema financiero o bancario, derechos industriales, comerciales, financieros, científicos, técnicos, tecnológicos; datos que estén amparados por el secreto profesional; información sobre la que no puedan aplicarse tachas o técnicas de disociación, a los fines de ser publicado el resto del documento. Se ha previsto, además, que en ningún caso pueden invocarse excepciones ante pedidos de información relacionados con graves violaciones a los derechos humanos, genocidio, crímenes de guerra o delitos de lesa humanidad<sup>4</sup>.

Tratándose de una norma nacional, no se aplica de manera vinculante a las 24 jurisdicciones autónomas que integran el Estado federal argentino. Por ello, el art. 36 las invita a que adhieran; y el art. 29 crea un espacio institucional para la cooperación técnica y la concertación de políticas: el Consejo Federal para la Transparencia.

Es una asignatura pendiente lograr el funcionamiento efectivo del Consejo, en términos de lograr que estándares internacionales sobre acceso a la información pública, incorporados a los contenidos fundamentales de la ley No. 27275, se conviertan en realidad –aprobándose leyes donde todavía no existen y/o actualizando las vigentes–, para todas las provincias argentinas.

---

4 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *Caso Gómez Palomino vs. Perú*, considerando 78, sentencia del 22 de noviembre de 2005, ha señalado que, en situaciones de violaciones a los derechos humanos, debe respetarse el derecho a conocer la verdad sobre lo sucedido (en sus dimensiones individual, para víctimas y familiares, y colectiva, para la sociedad), pues conociendo la verdad se previene la reiteración de estos hechos.

## 2. El órgano garante

### 2.1 Su importancia e implementación

El derecho de acceso a la información sería de imposible cumplimiento sin la existencia de una autoridad de aplicación que reúna ciertas cualidades como la independencia para funcionar, autonomía presupuestaria, publicidad del procedimiento de designación de quienes titularicen el órgano, idoneidad y estabilidad en el cargo.

Así lo ha señalado, por ejemplo, la *Guía de Implementación de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información*, resaltando el valor de la independencia y autonomía, considerando, entre otros, cómo ha sido creado el órgano y de qué manera se le ha conferido el “mandato de supervisión”, siendo recomendable que sea a través de una norma con jerarquía de ley<sup>5</sup>.

La Guía explica que existe una directa relación entre la independencia y autonomía que deben tener los órganos garantes y su “soberanía presupuestaria”. No es lo mismo formular y proponer la política presupuestaria ante el Congreso de la nación, que someterse a presentar el cálculo de necesidades y gastos ante un ministerio u otro ámbito al que el órgano garante esté subordinado (en general, sujetos obligados de la ley de acceso a la información pública) para primero contar con su “visto bueno”, antes de que sea girado al Poder Legislativo<sup>6</sup>.

---

5 *Guía de Implementación y Comentarios de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información*, pág. 42 y 43. Disponible en [https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso\\_informacion\\_Guia\\_editada\\_DDI.pdf](https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_Guia_editada_DDI.pdf).

6 *Guía de Implementación...*, pág. 43 y 44. Disponible en: [https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso\\_informacion\\_Guia\\_editada\\_DDI.pdf](https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_Guia_editada_DDI.pdf).

La ley argentina establece que los sujetos obligados – Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial; los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa; y el Consejo de la Magistratura–, cuenten con órganos garantes, aunque solamente crea expresamente uno, en el artículo 19: la Agencia de Acceso a la Información Pública (AAIP), para el Poder Ejecutivo en sentido amplio (administración centralizada y descentralizada, empresas, entes, universidades, banco central, partidos políticos, entre otros). A través del decreto reglamentario No. 206/2017, se dispuso que la Agencia funcione en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de ministros de la nación<sup>7</sup>.

En Argentina no existe un único órgano que concentre las funciones de hacer cumplir la ley, sino que en su diseño se proyectaron seis autoridades de aplicación, que abarcan a instituciones de las tres ramas tradicionales del poder –ejecutivo, legislativo y judicial–. La AAIP es un ente autárquico, con autonomía funcional, del Poder Ejecutivo. No es un órgano extra poder.

La Agencia recibe y resuelve reclamos ante incumplimientos de los sujetos obligados a su deber de informar, siempre que las personas peticionantes no hayan acudido a los tribunales federales en la materia contencioso administrativo (art. 9 a 18).

Lleva a cabo otras funciones, no menos importantes, de coordinación, de planificación, de elaboración de criterios que ayuden a la correcta aplicación de la norma, de capacitación, de promoción de buenas prácticas, de rendición de cuentas, de vinculación con otras instituciones, entre otras (art. 24)

---

7 Esta medida resultó una afectación a la autoridad de aplicación, particularmente en relación con aspectos presupuestarios y del diseño de la estructura de personal basado en sus necesidades, ahora subordinada a la Jefatura de Gabinete de ministros.

Quien dirija la AAIP tiene un mandato de cinco años, renovable por otro período igual (art. 20), con un procedimiento de remoción que, si bien es sustanciado por el Poder Ejecutivo, debe contar con el dictamen –vinculante– de una comisión bicameral del Congreso Nacional (art. 27)

Los restantes sujetos obligados tienen el deber de crear sus respectivos órganos garantes (cada uno con la denominación que decida), siguiendo los principios fijados para la Agencia de Acceso a la Información Pública.

El resultado hasta ahora fue dispar. En el Poder Legislativo, las autoridades de cada Cámara (Diputados y Senadores) crearon un órgano garante específico, aunque el proceso de designación de las personas a cargo no se hizo mediante procedimientos de publicidad que surgen de la ley.

El Ministerio Público Fiscal, el Ministerio Público de la Defensa, y el Consejo de la Magistratura<sup>8</sup> crearon un órgano garante; las personas que los titularizan fueron designadas con base en lo dispuesto por la ley.

Un caso de singular incumplimiento es el de la Corte Suprema de Justicia. Mediante la Acordada No. 42/2017, consideró que no debía crearse un órgano garante especial sino que asignó las funciones de autoridad de aplicación de la ley a la Dirección de

---

8 En Argentina, el Consejo de la Magistratura se creó con la reforma constitucional de 1994; es un órgano permanente del poder judicial integrado por diferentes estamentos (políticos, de colegios profesionales y académicos), con equilibrio en las representaciones. Entre otras funciones, selecciona a quienes se postulan para cargos en la magistratura y luego elabora las respectivas ternas vinculantes; administra los recursos presupuestarios; tiene facultades disciplinarias e interviene en el procedimiento para la eventual remoción de quienes se desempeñan como juezas y jueces.

Relaciones Institucionales, área ya existente en la estructura de la Corte, dependiente de la presidencia del tribunal.

En relación con el Poder Ejecutivo, antes que comenzara a tener vigencia la ley, completó el proceso de designación de la primera persona que tendría la responsabilidad de conducir la Agencia, en una etapa inédita para el país en materia de acceso a la información ya que se cumplió con el deber de dar a conocer la hoja de vida personal, profesional y académica de quien fue propuesto para el cargo, se convocó a una audiencia pública, se presentó la declaración jurada patrimonial y el informe de la autoridad federal de ingresos públicos sobre su situación tributaria. Finalmente, se formalizó la designación (art. 20)<sup>9</sup>.

Si bien se creó –como corresponde por la temática de la ley– un órgano para la protección del derecho de acceso a la información pública, en 2017, mediante un decreto de necesidad y urgencia<sup>10</sup>, el presidente de la nación dispuso que la autoridad de aplicación tenga una doble competencia: *acceso a la información y protección de datos personales*.

---

9 La persona designada fue **Eduardo Bertoni**, Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA), Magister en Políticas y Prácticas Internacionales de la *George Washington University*; Relator Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH (período 2002/2005). En 2016/2017 fue director nacional de Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina. El Dr. Bertoni renunció en diciembre de 2020 para desempeñarse como Representante Alterno de la Oficina Regional del Instituto Interamericano de Derechos Humanos para América del Sur, con sede en Uruguay. En marzo de 2022, luego de cumplirse el procedimiento de publicidad exigido por la ley, asumió como directora de la AAIP **Beatriz de Anchorena**, Licenciada en Ciencia Política por la Universidad de Buenos Aires (UBA) y Magíster en Políticas Públicas y Gerenciamiento del Desarrollo por Georgetown University y la Universidad Nacional San Martín. Antes de su designación en la AAIP, fue Subsecretaria de Fortalecimiento Institucional de la Jefatura de Gabinete de ministros de la nación.

10 Es el decreto de necesidad y urgencia No. 746/2017, art. 11.

El principal cuestionamiento hacia esta decisión es por el uso de un decreto con facultades legislativas, previsto en el art. 99 inciso 3 de la Constitución argentina, pero para situaciones excepcionalísimas que exijan una inmediata solución, siendo imposible materialmente reunir al Congreso respetando el procedimiento de sanción de las leyes. Fue de esta manera que se introdujeron cambios en una norma debatida y aprobada con amplísimos consensos en el Poder Legislativo, sin que en ese ámbito jamás se haya propuesto la doble competencia.

En este nuevo escenario, la AAIP elaboró la Resolución 5/2018<sup>11</sup> para arbitrar medidas, a fin de que haya un funcionamiento armónico. Bajo la órbita de la Dirección (máxima autoridad), se crearon la Dirección Nacional de Acceso a la Información Pública y la Dirección Nacional de Datos Personales, para que intervengan y emitan dictamen cuando haya reclamos que afecten o pudieran afectar, cada una en su respectivo ámbito de competencia, ambos derechos.

También en la etapa inicial, se definieron reglas y criterios para actuar en los reclamos planteados ante la AAIP, con motivo de pedidos formulados y no contestados o no resueltos satisfactoriamente. Estas pautas son aplicables a cada autoridad de los sujetos obligados, cuando reciban pedidos de acceso a la información y deban resolver al respecto.

Otro aspecto de significativa importancia para la aplicación de la ley es abordado por la Resolución 48/2018<sup>12</sup>, en concreto, qué se entiende por interés público y cómo proceder ante

---

11 Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-5-2018-306577>

12 Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-48-2018-312829>



posibles conflictos entre publicidad y expectativas personales de privacidad:

1. *Alcance del interés público*: cuando se trate de temas de importancia para la sociedad, relacionados con salud pública, medio ambiente, seguridad pública, asuntos socioeconómicos y políticos, gestión pública, transparencia pública, recursos públicos, personas con responsabilidades públicas.
2. *Conflicto entre la exposición pública de información sobre una persona y sus expectativas de privacidad*: tiene mayor entidad la primera para quienes ejercen funciones públicas, incluso luego de su fallecimiento. También se hace una diferenciación entre los niveles de responsabilidad –a mayor jerarquía, menos expectativa de privacidad y viceversa–, aunque dejando claro que hay información pública sobre la que no puede haber distinciones de categorías –remuneraciones, designaciones, entre otras–.

Otra medida de fundamental importancia fue la Resolución 268/2019<sup>13</sup>, que instituyó la *prueba del interés público* si ocurrieran situaciones de tensión entre el principio de publicidad de la información y la restricción de esa regla para proteger otros derechos. Así lo define la norma: “La prueba de interés público consiste en la valoración de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida restrictiva de acceso a la información en función de la finalidad que persigue y del interés público comprometido en cada caso” (punto 3, segundo párrafo).

Para los sujetos obligados que, intimados a brindar información, incumplen lo ordenado por el órgano garante, la

---

13 Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-268-2019-333836>

AAIP dispuso por Resolución 4/2018 (Anexo)<sup>14</sup> un criterio a seguir, teniendo en cuenta lo establecido por el art. 17, inciso b de la ley: si luego de los 10 (diez) días hábiles administrativos de plazo, a contar desde que se notificó la resolución que hizo lugar al reclamo, el sujeto obligado no ha cumplido los datos sobre el caso (resolución, antecedentes, respuesta del sujeto obligado) *serán publicados en el sitio web de la Agencia de Acceso a la Información Pública.*

Este tema, a su vez, conecta con la responsabilidad a que alude el artículo 18 de la ley, para la conducta obstaculizadora de quienes ejercen la función pública en cada uno de los sujetos obligados, que es considerada una falta grave.

Aquí la tarea que debe consolidar el órgano garante es impulsar –en los términos de los incisos p y q del artículo 24 de la ley– acciones judiciales y sanciones administrativas ante las autoridades competentes, en aquellas situaciones de responsabilidad por incumplimiento.

## 2.2 Casos resueltos, notables aportes

La Agencia de Acceso a la Información Pública comenzó a tramitar numerosos casos, sobre los más variados temas, con base en las disposiciones de la Ley No. 27275, en los criterios de actuación antes definidos, en la jurisprudencia internacional –especialmente casos emblemáticos de la Corte Interamericana

---

14 Disponible en <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/178438/20180205>

## de Derechos Humanos como Claude Reyes<sup>15</sup> y Gomes Lund<sup>16</sup>– y en fallos de la Corte Suprema de Justicia argentina<sup>17</sup>.

- 
- 15 El *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia del 19 de setiembre de 2006, primera sentencia de un tribunal regional en el mundo sobre el derecho a buscar y recibir información, con motivo de un pedido para obtener información de un proyecto de inversión con posibles efectos sobre el medio ambiente. En síntesis, la Corte IDH sostuvo que no se requiere acreditar interés directo; que la regla es la publicidad, salvo aquellas excepciones que se fijen expresamente; y que este deber se extiende a todos los poderes, a empresas que brinden servicios públicos e instituciones privadas a las que el Estado les gire recursos.
- 16 El *Caso Gomes Lund y otros (Gerrilla do Araguaia) vs. Brasil*, sentencia del 24 de noviembre de 2010, se originó por la no entrega de información a familiares de víctimas de la guerrilla do Araguaia, sobre desapariciones forzadas ocurridas en 1973/4, durante la dictadura brasileña. El Estado, responsable de las desapariciones, debía fundamentar adecuadamente si alegaba la inexistencia de documentos y actuar de buena fe y diligencia, mucho más si se trata de violaciones de derechos humanos.
- En 2020, legisladores y organizaciones de la sociedad, denunciaron ante la Corte IDH al presidente Jair Bolsonaro por recibir en audiencia oficial y considerar héroe nacional a un coronel de reserva que intervino en estos hechos, publicándolo en redes sociales y otros medios, y divulgando informaciones falsas y/o distorsionadas sobre lo ocurrido, que violan el derecho a la verdad de víctimas y de la sociedad, a conocer qué sucedió.
- 17 Corresponde mencionar, entre otras sentencias del tribunal previas a la ley: en 2012, *Asociación por los Derechos Civiles c/ PAMI* –obra social para personas jubiladas y pensionadas de Argentina– sosteniendo que debía brindarse información sobre publicidad oficial y su distribución, aunque PAMI, institución de derecho público no estatal, no estuviera formalmente incluida en el decreto 1172/2003, vigente en ese momento; en 2014, *Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC) c/ Ministerio de Desarrollo Social*, donde la Corte priorizó el deber de informar sobre programas sociales, siempre que no se trate de datos sensibles (ideas políticas, gremiales, vida sexual, convicciones religiosas), pues la transparencia, no la opacidad, mejoran las políticas públicas; en 2015, *Giustiniani Héctor Rubén c/ YPF*, señalando que no estaban acreditados los secretos industriales, técnicos y científicos invocados por el Estado con base en el decreto 1172/2003 vigente, con motivo del pedido de información formulado por un Senador sobre el contrato celebrado entre la petrolera con mayoría estatal (YPF) y una empresa extranjera (*Chevron Corporation*) para el yacimiento denominado “Vaca Muerta”.

Desde 2017 hasta diciembre de 2021, la Agencia ha recibido mil cuatrocientos cincuenta reclamos (1.450), todos sustanciados en tiempo y forma. El origen de los reclamos, principalmente, está en dos motivos: silencio del sujeto obligado (44 %) y denegatoria de la información solicitada (41.4 %)<sup>18</sup>.

Entre los numerosos casos resueltos (y publicados como incumplidos luego de la respectiva intimación), hay algunos ejemplos que serán brevemente desarrollados en los párrafos siguientes, pues constituyen significativos aportes para garantizar el acceso a la información.

La Agencia intervino en un reclamo contra la Secretaría de Salud argentina<sup>19</sup>, por no entregar satisfactoriamente información sobre la ley de salud mental –manicomios, neuropsiquiátricos, institutos de internación monovalente, cantidades de personas internadas y de camas existentes, dispositivos alternativos a la internación, entre otros datos pedidos–.

A través de la Resolución 153/2018<sup>20</sup>, llamó la atención sobre el deber de los sujetos obligados a brindar información. Puede no estar dicha información en poder del sujeto obligado, pero ello no significa entender que es suficiente girar el pedido a otra dependencia de la Secretaría, dando por cumplido su cometido. En verdad, *el sujeto obligado tiene la responsabilidad*

---

18 Consulta realizada el 28 de enero de 2022 en: <https://www.argentina.gob.ar/aaip/accesoalainformacion/reclamos-en-numeros>

19 En el momento que se hizo el pedido de acceso a la información, el área de Salud en Argentina no era un Ministerio como históricamente fue. Era una Secretaría dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, con motivo de las decisiones de ajuste fiscal adoptadas por el Poder Ejecutivo en 2018. Desde diciembre de 2019, Salud recuperó la jerarquía de ministerio.

20 Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/resol-2018-153-apn-aaip.pdf>

*directa de obtener, producir, procesar y finalmente entregar esa información, si es un tema que está bajo su órbita de competencia.*

Otro caso para mencionar es el reclamo por incumplimiento del organismo recaudador de impuestos nacionales, la Administración Federal de Ingresos Públicos, ante un pedido de acceso a nómina de personas, información sobre sumas dinerarias e impacto del gasto tributario considerando la situación económica y social de quienes recibían reembolsos (devoluciones) por impuestos antes pagados, con motivo de exportaciones realizadas desde puertos de la Patagonia argentina.

La AAIP señaló que *las personas contribuyentes, si se les otorga un beneficio tributario, tienen una menor expectativa de privacidad, precisamente porque se les dispensa un trato diferente, que quiebra la regla de igualdad aplicable a las obligaciones impositivas (Resolución 72/2019<sup>21</sup>).*

La Agencia, asimismo, intervino con motivo del reclamo por incumplimiento del (por entonces así denominado) Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, a raíz de un pedido de información sobre resultados por escuela de la evaluación Aprender, en instituciones públicas y de gestión privada, para medir el desempeño del sistema educativo.

Una de las controversias suscitadas en este caso, fue con motivo de lo establecido por la ley argentina de educación (No. 26206/2006) sobre resguardar datos (escuela, docentes, estudiantes), especialmente para no generar situaciones de estigmatización. La AAIP, mediante Resolución 80/2019<sup>22</sup>,

---

21 Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/resol-2019-72-apn-aaip.pdf>

22 Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/resol-2019-80-apn-aaip.pdf>

sostuvo que *debían reinterpretarse las normas cuyos contenidos se orientan a reservar la información, de modo que sea tomada en cuenta, con fines de armonización, la ley de acceso a la información pública.*

Entendiendo que la estigmatización en verdad ocurre por desigualdades educativas históricas, que deben afrontarse con políticas públicas diseñadas e implementadas con base en la información que surge de las evaluaciones colectivas, el sujeto obligado debía entregar los datos solicitados, preservando la identidad de quienes fueron evaluados.

### **2.3 Casos relacionados con la pandemia**

La irrupción de la pandemia modificó abruptamente la agenda global ante la necesidad de lograr la vacunación que generara la inmunidad ante un virus no conocido, para lo cual debían crearse vacunas.

También cambió la agenda de los Estados, con políticas públicas que fortalecieran el sistema de salud, definiendo estrategias para conseguir vacunas que inmunicen a la población, y adoptando medidas orientadas a atenuar el impacto económico y social derivado de las restricciones de circulación, particularmente pensando en aquellas personas cuyo único sustento para los gastos familiares, es la actividad informal.

Argentina mantuvo inicialmente negociaciones con dos interlocutores de peso para avanzar en su plan de vacunación – Astrazeneka/Oxford y el Fondo de Inversiones Rusas (Instituto Gamaleya, que desarrolló la vacuna Sputnik) –, ambos no exentos de complicaciones y demoras, por diferentes razones, en relación

con la entrega efectiva de las vacunas. Fue parte, además, y recibió vacunas, de la Alianza Global COVAX<sup>23</sup>.

En el marco de la emergencia, el Congreso Nacional sancionó en 2020 una ley (No. 27573), que declara de interés público la investigación, desarrollo, fabricación y adquisición de vacunas contra la COVID-19, *con posibilidad de incluir cláusulas de prórroga de jurisdicción, cláusulas de indemnidad patrimonial para las empresas y cláusulas y acuerdos de confidencialidad en los contratos*, de conformidad, entre otras, con la ley argentina de acceso a la información pública.

En este contexto, hubo pedidos de acceso a la información pública presentados ante el sujeto obligado, el Ministerio de Salud de la nación, responsable de las gestiones para conseguir las vacunas (compra y/o producción en el país). y también ante el organismo que en Argentina tiene a su cargo las políticas de seguridad social, la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS), por la implementación del Ingreso Familiar de Emergencia (IFE), destinado a personas con actividades económicas no formales, quienes carecen de un ingreso mensual estable y que se vieron muy perjudicadas por las medidas de aislamiento obligatorio del año 2020.

Los casos que seguidamente se explicarán, fueron insatisfactoriamente respondidos por los sujetos obligados y llegaron posteriormente como reclamos a la Agencia de Acceso a la Información Pública sin que tampoco en esta instancia, se diera cumplimiento a las intimaciones.

---

23 Esta alianza, con la intervención de gobiernos, empresas fabricantes, entidades de la sociedad civil y el rol central de la OMS, ha sido muy criticada por no cumplir adecuadamente con el objetivo planteado, de lograr un acceso equitativo a la vacunación en todos los países, muy especialmente en aquellos con menos recursos económicos.

Son muy buenas contribuciones a la ineludible transparencia en la gestión pública, que trascienden al Estado argentino, porque el mundo salió a proveerse de vacunas (no es un problema local), porque los gobiernos de cada país adoptaron –en menor o mayor medida– decisiones de ayuda social utilizando recursos públicos, y porque en algunos de los fundamentos de las resoluciones de la Agencia, hay referencias sobre antecedentes comparados, de la región y de otros continentes.

### **2.3.1 Vacunas Sputnik, AstraZeneca y Alianza COVAX**

Este caso se inicia por un pedido de acceso a la información sobre contratos firmados –incluyendo los costos– para adquirir vacunas, suscriptos entre el Estado argentino y el Fondo de Inversión Directa de Rusia (RDIF), que provee la vacuna Sputnik; AstraZeneca/Oxford; y el mecanismo COVAX de la Organización Mundial de la Salud.

El Ministerio de Salud informó satisfactoriamente el Acuerdo de Compromiso entre *Gavi, the Vaccine Alliance* y el Estado argentino (mecanismo COVAX) con las respectivas cifras y costos.

En relación con el Fondo de Inversión Directa de Rusia (RDIF) y AstraZeneca/Oxford, se invocó la Ley No. 27.573, cuyo artículo 4 posibilita la incorporación de cláusulas de confidencialidad en todos los términos del contrato.

Disconforme, la persona peticionante formuló un reclamo ante la Agencia de Acceso a la Información Pública. En esta instancia, el Ministerio de Salud, al responder el requerimiento de la Agencia, argumentó que el Estado tenía facultades legales para incorporar cláusulas de confidencialidad en los contratos,



señalando que dichas cláusulas eran acordes con el mercado internacional y también, con la ley argentina de acceso a la información pública.

También el Ministerio de Salud, mencionó las excepciones al deber de informar de la Ley No. 27275, especialmente en relación con los secretos industriales, comerciales, financieros, científicos, técnicos o tecnológicos “cuya revelación pudiera perjudicar el nivel de competitividad o lesionar los intereses del sujeto obligado”.

La AAIP se pronunció sobre diferentes cuestiones de interés, luego de recordar el deber de los sujetos obligados, de fundamentar expresamente la denegatoria, y de señalar que, en este caso, la respuesta fue firmada por quien no tenía la potestad para hacerlo:

- Si bien la Ley 27573/2020 (sobre vacunas) contempla la posibilidad de incluir cláusulas o acuerdos de confidencialidad, el Ministerio de Salud contestó que podía hacerlo, que la norma lo habilitaba, *aunque no explicó las razones que dieron origen a dichas cláusulas*. A esto debe agregarse un desempeño contradictorio ya que el Estado brindó información completa sobre los alcances del contrato formalizado en el marco del mecanismo COVAX de la Organización Mundial de la Salud, *pero no con AstraZeneca y el Fondo de la Federación Rusa*.
- Asimismo, expresa el órgano garante, que la posibilidad legal de incluir contenidos bajo la protección de “confidencialidad” *no significa asumir que el convenio firmado* (con un laboratorio, con un Estado u organismo) *sea totalmente confidencial*. En este sentido, la ley de acceso a la información pública indica que pueden aplicarse

tachas o técnicas de disociación, debiéndose en esos casos, entregar el resto de la documentación.

- El Ministerio de Salud, tampoco se refirió al presunto daño que implicaría facilitar el acceso a la información, *debiendo demostrar además que ese daño tenía entidad superior al interés de la sociedad en conocer los convenios solicitados*. Considerando el impacto global causado por la pandemia y su relevancia, el interés público es más importante que la afectación presuntamente causada al divulgar información.
- En otro pasaje, la resolución de la AAIP recuerda un informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión donde especifica que “la excepción a la divulgación de información pública debe pasar una prueba de tres partes: a) debe estar relacionada con uno de los objetivos legítimos que la justifican; b) debe demostrarse que la divulgación de la información efectivamente amenaza causar un perjuicio sustancial a ese objetivo legítimo; y, c) debe demostrarse que el perjuicio al objetivo es mayor que el interés público en contar con la información”<sup>24</sup>.
- Si se impusieron condiciones de confidencialidad para los contratos destinados a comprar vacunas, sin las cuales el proveedor no firmaría, *entonces el Estado, al aceptar, avaló la restricción de un derecho humano* (acceso a la información) consagrado en normas internacionales, en la misma Constitución nacional y en la ley específica.

---

24 Informe de la Oficina del Relator Especial para la Libertad de Información, OEA/Ser. L/V/II.134 Doc. 5, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 25 de febrero de 2009, párr. 171.

- La resolución de la Agencia de Acceso a la Información Pública cita asimismo un precedente de 2021, con motivo de la publicación, en la Unión Europea, del contrato firmado en agosto de 2020 con AstraZeneca/Oxford<sup>25</sup>, resuelto con aplicación de técnicas de disociación.
- Invocar la excepción del artículo 8, inciso c de la Ley argentina de Acceso a la Información Pública, por tratarse de “secretos industriales, comerciales, financieros, científicos, técnicos o tecnológicos cuya revelación pudiera perjudicar el nivel de competitividad o lesionar los intereses del sujeto obligado”, no encuadra en el caso, porque *aquí* no hay posibles perjuicios a la competitividad o al sujeto obligado. *El sujeto obligado es el Ministerio de Salud de la nación, no es un actor que interviene en mercados competitivos ni hay intereses particulares que giren en torno a su actuación*; solamente debe guiar su desempeño la satisfacción de intereses públicos, de la ciudadanía en general.

Por ello, la Agencia decidió, mediante Resolución 13/2021<sup>26</sup>, intimar al sujeto obligado a brindar la información, empleando –si así lo considerara– técnicas de disociación en cláusulas de confidencialidad, pero siempre fundamentando por qué se procedió de esa manera.

---

25 Para más información: [file:///C:/Users/usuario/Downloads/Vacunas\\_se\\_publica\\_el\\_contrato\\_entre\\_la\\_Comisi\\_n\\_Europea\\_y\\_AstraZeneca.pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/Vacunas_se_publica_el_contrato_entre_la_Comisi_n_Europea_y_AstraZeneca.pdf)

26 Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/rs-2021-13596768-apn-dnppaap.pdf>

### 2.3.2 Ingreso Familiar de Emergencia/ANSeS

Este caso surgió por el reclamo de una persona física, quien solicitó acceso a la información ante el órgano estatal de seguridad social de Argentina, ANSeS, sobre una medida adoptada por el Estado en el marco de la pandemia, el Ingreso Familiar de Emergencia (IFE)<sup>27</sup>, destinado a aquellas personas de entre 18 y 65 años en situación de informalidad, que por las restricciones de circulación dispuestas y la consiguiente afectación de las actividades económicas, no podían salir de sus hogares para generar recursos que permitieran atender gastos esenciales del grupo familiar.

Se pidió información sobre los requisitos para obtener el beneficio, el listado de personas que accedieron, incluyendo nombres y apellidos, documento nacional de identidad, fechas desde las cuales el ingreso fue percibido, sumas dinerarias pagadas, listado de personas que fueron rechazadas indicando en esos casos el motivo, todo a contar desde el momento en que se formuló la solicitud y con respaldo documental de los datos que se brinden.

La solicitud también se extendió a programas que reemplacen al IFE, denominación, requisitos, recursos presupuestarios, sumas a pagar por persona, cálculo estimativo de personas beneficiarias.

ANSeS entregó un informe elaborado por un área técnica del organismo, expresando además que podía consultarse sobre el tema en el sitio web <http://observatorio.anses.gob.ar/noticia/boletinife-icaracterizacion-de-la-poblacion-beneficiaria-348>

---

27 Esta ayuda social se pagó durante 2020, a 9 millones de personas. La cifra era de diez mil pesos argentinos (\$10.000), equivalentes en ese momento a un promedio de 140/150 dólares según la cotización oficial. En total, se efectivizaron tres pagos.

y desde el sitio web <http://observatorio.anses.gob.ar/archivos/documentos/Boletin%20IFE%20I-2020.pdf>.

En otro pasaje de su respuesta, el sujeto obligado invocó la Ley argentina de Datos Personales No. 25326/2001 señalando que, para brindar datos, es necesario que la persona preste un consentimiento libre, expreso e informado.

Si bien hay excepciones a esa regla –por ejemplo, si se tratare del nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio–, según el organismo, por *el hecho de entregarlos de manera no aislada sino vinculada, considerando el contenido patrimonial del pedido, existen razones de seguridad*, ante posibles escraches públicos<sup>28</sup>, actos de intolerancia, entre otros, que ameritan una mayor protección.

En el mismo sentido, respondió que resultaba imposible aplicar tachas sobre datos correspondientes a más de 9.000.000 de personas beneficiarias del IFE (81.000.000 datos) pues se lesionarían derechos esenciales como la intimidad, privacidad, seguridad, no discriminación y la autodeterminación informativa.

En el reclamo interpuesto ante la Agencia de Acceso a la Información Pública, el peticionario sostuvo que la información existente en los sitios mencionados por ANSeS no era relevante, que los datos requeridos eran legales, podían informarse y no eran sensibles (prohibidos), entendiéndose por tales a los vinculados con raza, etnia, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual.

---

28 En ciertos países, como Argentina, la palabra “escrache” remite a un grupo de personas que acuden, muchas veces adoptando formas violentas de proceder, al hogar o lugar de trabajo de una persona a quien están denunciando, para dar visibilidad al hecho.

La contestación del sujeto obligado consistió en ratificar lo antes informado al peticionante.

La Agencia se pronunció en favor del deber de informar, con interesantes fundamentos (Resolución 47/2021)<sup>29</sup>:

- Tratándose de un posible conflicto entre dos normas de igual jerarquía (acceso a la información y protección de datos), debe el sujeto obligado ponderar y armonizar ambos derechos, mediante *un test de interés público*.
- Si se presume que una persona sufrirá una afectación en sus derechos, y por ello no corresponde informar, esta decisión debe tener un basamento fáctico, y no sustentarse “en creencias de los funcionarios que se toman la potestad de denegar información y, por lo tanto, limitar el ejercicio de un derecho humano”.
- Ejerciendo el derecho de acceso a la información pública, las personas pueden preguntar al Estado “cualquier cosa que consideren útil y necesaria para el debido control de los actos públicos, para la toma de decisiones o para el ejercicio de otros derechos”. Por consiguiente, *el Estado no está facultado para resolver de manera unidireccional qué es “información necesaria”* en términos de lo que se conoce como control de gestión.
- El órgano garante recuerda que, con miras a la publicidad y máxima divulgación, *una información es de interés público cuando se relaciona con la transparencia en la gestión pública* (Resolución 48/2018, AAIP).

---

29 Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/resol-2021-47-apn-dnpdpaaip.pdf>

La Dirección Nacional de Protección de datos personales (dependiente de la AAIP), dictaminó antes de la resolución final, citando un emblemático fallo de la Corte Suprema de Justicia argentina en el caso “CIPPEC C/EN – MO DESARROLLO SOCIAL - DTO. 1172/03 S/ AMPARO LEY 16.986” (2014), por un pedido de información sobre planes y programas sociales.

El dictamen de la Dirección Nacional expresa que:

La Corte Suprema resolvió que la información requerida por la actora debía entregarse puesto que “la solicitud efectuada [...] se relaciona con información vinculada a cuestiones públicas – asignación de subsidios sociales– y que el acceso a estos datos posee un claro interés público en la medida que, como aquella expusiera, para realizar un exhaustivo control social sobre el modo en que los funcionarios competentes han asignado estos subsidios, resulta necesario acceder al listado de los distintos beneficiarios y receptores de los planes sociales”.

La decisión de la AAIP relaciona el fallo de la Corte Suprema de Justicia con principios establecidos en la Ley Modelo Interamericana (artículo 11, inciso x) sobre el deber de los sujetos obligados de publicar proactivamente “una lista completa de los subsidios otorgados por la autoridad pública”.

En su parte resolutoria, la Agencia sostuvo que la respuesta de la Administración de la Seguridad Social era denegatoria injustificada. Se hizo lugar parcialmente al reclamo y se intimó al sujeto obligado a entregar el listado de personas beneficiarias.

### 2.3.3 Información sobre correos electrónicos durante negociaciones con AstraZeneca

En este caso, una persona física pidió información ante el Ministerio de Salud, para acceder al contenido de los correos electrónicos (enviados y recibidos, conteniendo el texto del mensaje y archivos adjuntos) desde las direcciones electrónicas de la ministra de salud de Argentina y del responsable de gestión administrativa del ministerio, en comunicaciones mantenidas con autoridades de AstraZeneca UK Limited –incluyendo quienes tienen funciones directivas en la Argentina– entre el 1 de julio de 2020 y la fecha en que se brinde la información requerida.

El Ministerio de Salud respondió indicando que los correos electrónicos intercambiados entre sus integrantes y autoridades de AstraZeneca UK Limited, en verdad se enmarcan en negociaciones sustanciadas para comprar vacunas a AstraZeneca UK Limited. Por ello, están comprendidos en los términos de confidencialidad de la Ley No. 27.573 –que, como se dijo antes, declara de interés público la investigación, desarrollo, fabricación y adquisición de las vacunas con motivo de la pandemia–, habilitando cláusulas o acuerdos de confidencialidad acordes al mercado internacional de las vacunas.

El sujeto obligado también señaló que se adoptaron medidas de *transparencia activa* referidas a la contratación de vacunas, a las que podía accederse ingresando al sitio oficial del Estado argentino<sup>30</sup>.

La AAIP, cuando resolvió el reclamo, hizo aportes originales sobre los correos electrónicos y el deber de los sujetos obligados a informar sus contenidos (totalmente o con tachas,

---

30 <https://www.argentina.gob.ar/salud/transparencia-activa-salud/vacunas-covid-19>.



si correspondiere) en lugar de rechazar su divulgación, sin fundamentar por qué:

- La ley habilita la posibilidad de que en los contratos sobre vacunas haya cláusulas de confidencialidad; pero ello no significa que toda información acerca del tema sea confidencial. *Los correos electrónicos, además, no son cláusulas de un contrato.*
- Puede haber ciertos contenidos en los correos electrónicos, con datos enmarcados en cláusulas de confidencialidad, que ameriten una excepción a la regla de publicidad; si así fuera, se aplican, tachas o técnicas de disociación. Esto no ocurrió con el Ministerio de Salud, pues denegó completamente la solicitud, incluyendo la entrega de información sobre fechas de envío o recepción, cuando en verdad esta información no remite a ningún compromiso de confidencialidad.
- Se recuerda la necesidad de reinterpretar y compatibilizar normas que por un lado consagran el acceso a la información y normas que disponen restricciones a este derecho.
- Los correos electrónicos que se envían o reciben con motivo de la función pública, *son documentos públicos*, no privados; es una herramienta que facilita la tarea de quienes tienen responsabilidades en el ámbito público.

Sobre este último punto, la Agencia menciona pronunciamientos de órganos garantes de otros países, que conectan con el tema:

- a) El Consejo para la Transparencia de Chile, en decisión del 31/08/2021, *Caso José Grass Pedrals*, destacándose especialmente este párrafo:

“Si se estimara que los correos electrónicos institucionales enviados y recibidos por servidores públicos respecto de materias propias del desempeño de sus funciones son comunicaciones de carácter privado, se crearía un canal secreto que transformaría en reservados documentos esencialmente públicos por el solo hecho de ser remitidos por esa vía. Así ocurriría, por ejemplo, con los documentos adjuntos a un e-mail o con las respuestas que los órganos de la Administración otorgan electrónicamente, como ocurre en la mayoría de las solicitudes presentadas conforme a la Ley de Transparencia. De esta manera, el secreto o la reserva de la información dependen del contenido y no del continente. Sólo así son posibles el control y la participación ciudadana en el ejercicio de las funciones públicas y el adecuado ejercicio de la libertad de expresión”<sup>31</sup>.

b) El Instituto Federal de Acceso a la Información Pública de México, que recordó el criterio de este órgano garante sobre las comunicaciones mantenidas por correo electrónico, realizadas por quienes desempeñan funciones públicas, al decir que son consideradas documentos e información de acuerdo con la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental; y, en el mismo sentido, la normatividad archivística considera “correos electrónicos de archivo” a aquellos que refieren a “un hecho, acto administrativo, jurídico, fiscal o contable, generado, recibido o conservado bajo cualquier título, en el ejercicio de atribuciones de los servidores públicos, incluidos, entre otros, los vinculados con procesos deliberativos”<sup>32</sup>.

---

31 Consejo para la Transparencia, 31/08/2021 José Grass Pedrals con Subsecretaría de Obras Públicas, Rol: C3716-21.

32 INAI, Expdte. 3069/08, dependencia o entidad ante la cual se presentaron las solicitudes: El Colegio de México A.C. Comisionada Ponente, María Marván Laborde; ídem, Expdte. 5810/08 Instituto de Seguridad y Servicios Sociales

c) La *Information Commissioner's Office* (Reino Unido), en la guía para la aplicación de la ley de libertad de información, menciona a la información oficial que surge de “canales de comunicación no corporativos”. Es decir, la información oficial puede estar contenida y ser vehiculizada por quienes cumplen funciones públicas, utilizando para ello direcciones electrónicas privadas (Gmail, ProtonMail o Yahoo Mail) y también las denominadas cuentas de mensajería privadas (por ejemplo, WhatsApp), aplicaciones (por ejemplo, Twitter) y hasta mensajes de texto y notas de voz de los teléfonos móviles.

d) En Nueva Zelanda, sin negar que puede haber circunstancias que afecten la privacidad de una persona al conocerse su nombre en documentos oficiales, en el caso de los correos electrónicos no habría motivos para apartarse del principio de “gobierno abierto” en relación con comunicaciones realizadas por servidores públicos, respecto de la identidad de quienes envían y reciben dichos mensajes<sup>33</sup>.

En síntesis, para la Agencia de Acceso a la Información Pública, en el pedido de información sobre correos electrónicos entre AstraZeneca UK Limited y las autoridades del Ministerio de Salud argentino, solo debería exceptuarse del deber de publicidad, en caso de corresponder, parte del contenido de algunos mensajes efectuando previamente una prueba de daño, y entregando el resto de la información solicitada, fecha de recepción o envío, asunto del correo –entendiendo que es parte

---

de los Trabajadores del Estado, Jacqueline Peschard Mariscal; Expte. 1836/09, Administración Portuaria Integral de Dos Bocas, S.A. de C.V. Jacqueline Peschard Mariscal; Expte.5436/09, Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, Sigrid Arzt.

33 *Legislation Official Information Act 1982, s 9 (2) (a) Agency Ministry of Social Development, Ombudsman Peter Boshier Case number(s) 446669. Date 26 April 2018.*

de la comunicación–, entre otros. A través de la Resolución 237/2021<sup>34</sup>, la AAIP hizo lugar al reclamo del peticionante, intimándose a brindar la información solicitada.

### 3. Reflexiones finales

#### 3.1 La experiencia argentina con su primera ley

El derecho de acceso a la información pública fue progresivamente afianzándose tanto con instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado, como con una rica jurisprudencia y normativa orientada a su reconocimiento, como fue el decreto presidencial No. 1172 de 2003.

En 2016, –asumiendo que el decreto era insuficiente y ello derivó en incumplimientos– se lograron finalmente acuerdos entre las fuerzas políticas con representación parlamentaria, para que la protección de este derecho alcance jerarquía de ley, consustanciada con los estándares internacionales que rigen en la materia.

Si esos acuerdos existieron, significa que algo se había comprendido. Cuando hay transparencia, cuando hay acceso a la información, cuando la sociedad conoce cómo se está gestionando, se generan anticuerpos para prevenir la corrupción y también se crean condiciones propicias para llevar adelante conductas éticas en la función pública, con prácticas de buen gobierno, sin opacidad.

---

34 Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/05/resol-2021-237-apn-dnppaaaip.pdf>

Por ello, la ley –vigente desde 2017 y aplicada in-interrumpidamente durante los años siguientes– es un ejemplo de madurez sobre un tema vital para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática, con políticas de estado impulsadas, respaldadas ampliamente y sostenidas más allá de los circunstanciales gobiernos y del partido o coalición que gane las elecciones.

El órgano garante Agencia de Acceso a la Información Pública, pese a polémicas reformas iniciales, que afectaron su autonomía en algunos aspectos y le agregaron competencias no debatidas en el Congreso, como los datos personales, ha cumplido y cumple una notable labor en términos institucionales y de calidad profesional de sus integrantes definiendo –antes que comenzaran a llegar los reclamos para resolver– esclarecedores criterios de actuación, y luego, observando equilibradas posiciones en aquellos casos caracterizados por un conflicto entre el acceso a la información y la protección de datos personales.

Los reclamos resueltos con motivo de solicitudes sobre medidas del Estado argentino durante la pandemia, en materia de vacunas y de políticas sociales, constituyen valiosos aportes, en atención a lo inédito de una emergencia con alcance global, que trasciende las fronteras de los países y provoca inevitables tensiones. ¿Prevalece el derecho a conocer (utilizando tachas razonables) los contenidos de un contrato para comprar vacunas que generen inmunidad ante el virus y se financia con recursos públicos o la regla es poner cláusulas de confidencialidad (habilitadas por normas creadas a este efecto e impuestas muy probablemente por las empresas fabricantes y/o proveedoras de vacunas), que terminan convirtiendo a los contratos en instrumentos sin información relevante que pueda ser divulgada?

En el mismo sentido, brindar información sobre programas de carácter social, destinados a personas que tienen actividades informales o sin ocupación, particularmente perjudicadas por las restricciones a la circulación en pandemia ¿puede considerarse una afectación a la protección de datos personales, no siendo aspectos vinculados con, por ejemplo, ideas políticas o gremiales, religión, u orientación sexual de esas personas?

Estas interrogantes fueron respondidas por la Agencia con enfáticas decisiones, garantizando el derecho de acceso a la información; indicando que se aplicaran tachas si correspondiere por la naturaleza de ciertos datos; y recordando el carácter taxativo y limitado de las excepciones, que son estrictamente las fijadas en la ley y no aquellas que quienes ejercen circunstancialmente la función pública dicen que son.

### 3.2 Una agenda común para la región

En el continente americano, hay una inmensa mayoría de Estados con leyes de acceso a la información pública. Esto se ha potenciado, saludablemente, en la última década<sup>35</sup>.

Aquí vale un especial reconocimiento a la *Ley Modelo Interamericana* del año 2010, cuyos estándares han sido un faro de significativa relevancia. Ese faro ilumina ahora con más fuerza por la *Ley Modelo 2.0* del año 2020, en virtud de la gran tarea llevada a cabo por el Departamento de Derecho Internacional, en

---

35 La información actualizada sobre países de la región con y sin leyes de acceso a la información pública está disponible en: <https://observatoriop10.cepal.org/es/recursos/america-latina-caribe-paises-que-cuentan-ley-acceso-la-informacion-publica-ano>

el ámbito del Comité Jurídico Interamericano<sup>36</sup>, contemplando en este renovado instrumento la perspectiva de género, las personas en situación de vulnerabilidad y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

Además de la Ley 2.0., se aprobó una *Ley Modelo sobre Gestión Documental* y su Guía de Aplicación, de enorme trascendencia<sup>37</sup>, ya que sin una adecuada gestión organizacional de archivos, el acceso a la información se dificulta, se demora su cumplimiento por parte de los sujetos obligados, e incluso esta situación puede llegar a impedir la entrega de documentación.

Corresponde asimismo destacar la aprobación en 2018, con vigencia desde 2021, del *Acuerdo de Escazú*<sup>38</sup> para garantizar en la región el derecho de acceso a la información sobre la gestión del medio ambiente, los recursos naturales y los riesgos ambientales, pues la apertura, la transparencia, la participación y la posibilidad de reclamar ante incumplimientos, contribuyen a la realización de una vida digna para todas las personas. Escazú es el primer instrumento internacional que reconoce la labor de quienes defienden derechos humanos en asuntos ambientales,

---

36 Para la elaboración de la Ley Modelo 2.0., luego aprobada por la Asamblea General de la OEA, hubo un proceso de consultas y una activa participación, con aportes provenientes de organizaciones de la sociedad civil, del ámbito académico, de órganos garantes de diferentes Estados, entre otros. La Ley Modelo está disponible en:

[http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicacion\\_Ley\\_Modelo\\_Interamericana\\_2\\_0\\_sobre\\_Acceso\\_Informacion\\_Publica.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicacion_Ley_Modelo_Interamericana_2_0_sobre_Acceso_Informacion_Publica.pdf)

37 Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso\\_informacion\\_Propuesta\\_de\\_Ley\\_Modelo\\_sobre\\_Gestion\\_Documental.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_Propuesta_de_Ley_Modelo_sobre_Gestion_Documental.pdf)

38 El tratado rige desde abril de 2021, luego de que Argentina y México lo ratificaran, cumpliéndose el número exigido para entrar en vigor. Hasta el presente, doce Estados lo han ratificado sobre 25 firmantes. Chile es el último Estado que lo firmó, luego de asumir la presidencia Gabriel Boric en marzo de 2022. Disponible en <https://www.cepal.org/es/acuerdodeescazu>

con obligación para los Estados de evitar que en su desempeño sufran amenazas u hostigamiento (art. 9).

Estos logros plantean importantes desafíos. Entre otros, que en todos los países se sancionen –con suficiente deliberación y debate parlamentario– leyes de acceso a la información pública, y que se mejore la calidad normativa en los Estados que ya cuentan con leyes, siguiendo criterios de progresividad.

Por ello, hay que generar y/o afianzar espacios de integración colaborativa entre las naciones de la región, a fin de proyectar y acordar una *agenda común de acciones concretas*, que tienen centralidad para consolidar este derecho.

En esa agenda, es recomendable:

- Priorizar la difusión, por todos los medios posibles, sobre qué es y cómo se ejerce el derecho de acceso a la información pública, especialmente considerando la situación de personas en situación de pobreza, niñas, niños y adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidad, comunidades indígenas y colectivos LGBTI.
- Entender que el acceso a la información en el siglo XXI no puede estar dissociado de medidas para garantizar el acceso a internet como servicio esencial. Las personas sin posibilidades materiales de conexión para buscar y recibir información son personas excluidas, aisladas, segregadas.
- Aplicar lenguaje claro. El acceso a la información pública se realiza plenamente si lo que se entrega, publica y/o comunica está redactado y visualmente presentado sin tecnicismos, en formatos amigables, de modo que resulte de fácil comprensión y útil para todas las personas.



- Trabajar coordinadamente órganos garantes, sujetos obligados y sistema educativo, para incorporar a la enseñanza contenidos sobre el acceso a la información pública y la transparencia gubernamental. Es una tarea a largo plazo, para crear ciudadanía identificada con valores democráticos esenciales.
- Formar, en todas las universidades, en todas las disciplinas, en todas las carreras, personas graduadas que, en su futuro ejercicio (profesional y dirigenal), estén comprometidas con respetar y garantizar el derecho de acceso a la información pública.
- Fortalecer mecanismos de sanción ante incumplimientos de los sujetos obligados. El reconocimiento de este derecho no es completo si no son responsables de sus acciones quienes deniegan sin fundamento la información solicitada.
- Regular por ley la publicidad activa de información sobre audiencias, reuniones y actividades solicitadas y realizadas con el propósito de influir en las decisiones de los poderes públicos (gestión de intereses, *lobby*).
- Impedir el uso de fondos reservados en los servicios de inteligencia, sin mecanismos de rendición de cuentas. La opacidad en estas actividades puede generar operaciones de espionaje y persecución ilegales y prácticas corruptas.
- Institucionalizar transversalmente en todos los sujetos obligados, medidas efectivas de gestión documental que faciliten y no obstruyan la entrega de información.
- Avanzar hacia un pleno acceso a la información ambiental, implementando el Acuerdo de Escazú y esclareciendo a quienes todavía expresan dudas, que las inversiones

y el crecimiento, tan necesarios para la región, no son incompatibles con el deber de protección del medio ambiente.

Si las políticas públicas en un Estado democrático de derecho procuran reducir desigualdades y alcanzar niveles adecuados de progreso económico, social e institucional, no hay dudas sobre cuál es el camino que favorece su cumplimiento: *desplegar gestiones abiertas y transparentes, sin nada que ocultar.*

# Defender derechos humanos: un derecho sin reconocer, una crisis latente

*Adriana Carolina Lozano Olarte\**  
*Yleana Montserrat Balboa Rivera\*\**

## 1. Dimensión Jurídica

Las sociedades actuales en el marco del Estado de Derecho, han convertido en indispensable la codificación o escrituración de los derechos para lograr su exigencia al Estado; es el caso de los países latinoamericanos, cuyas tradiciones legalistas han convertido los textos normativos en la fuente primaria del derecho, dándole muy poco espacio a otras formas de construir lo jurídico desde la costumbre y lo comunitario, aunque son estas últimas fuentes, las que dotan de realidad el derecho y nos ubican en las prácticas que deben ser directamente atendidas por el Estado.

---

\* Lozano Olarte es colombiana. Abogada de la Universidad Libre de Colombia. Maestra en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Es abogada consultora en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Ha trabajado litigando en despacho en Colombia y con Sociedades Civiles Mexicanas en la lucha por los derechos de políticos de las mujeres.

\*\* Balboa Rivera es mexicana. Licenciada en Derecho por la Universidad La Salle Victoria. Maestra en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Es litigante en diversas áreas del Derecho. Ha trabajado en el sector público y privado. Docente de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad La Salle Victoria.

Es por lo anterior, que antes de hablar del contenido propio que debe dársele al Derecho a Defender Derechos Humanos, es necesario recurrir al estricto derecho y analizar la situación de su estatus dentro de los marcos normativos, para de allí pensar en cómo debe ser dotado de contenido jurídico este derecho.

El reconocimiento en una declaración internacional del derecho a defender derechos humanos data aproximadamente de la década de los ochenta, cuando se hace visible la necesidad de proteger a las personas que por su labor de defensa de derechos enfrentan riesgos; esto implica que pasaron más de treinta años desde que la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) se emitiera, para que se identificara o más bien expusiera esta falencia –en tanto garantía– para el ejercicio pleno de los derechos.

De hecho, la entonces Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas –hoy Consejo de Derechos Humanos– fue la que detectó tal situación e inició la labor de divulgación entre los países para evidenciar las amenazas y riesgos que se estaban presentando. Así, “El conjunto de estos trabajos preparatorios lleva a que, en 1985, durante su sesión 44, la Comisión de Derechos Humanos tome la decisión de formar un grupo de trabajo encargado de redactar una Declaración sobre los defensores de los derechos humanos”<sup>1</sup>. La misma es adoptada en una resolución de 1998, todo esto en la celebración número

---

1 Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Relator Especial de las Naciones Unidas. “*La génesis de la Declaración sobre los defensores de los derechos humanos*”. <https://www.protecting-defenders.org/es/contenido/la-g%C3%A9nesis-de-la-declaraci%C3%B3n-sobre-los-defensores-de-los-derechos-humanos#:~:text=La%20g%C3%A9nesis%20de%20la%20Declaraci%C3%B3n%20sobre%20los%20defensores%20de%20los%20derechos%20humanos,-Se%20debe%20esperar&text=En%20febrero%20de%201980%2C%20la,y%20protegen%20los%20derechos%20humanos>

cincuenta de la DUDH, consolidándose formalmente el 9 de diciembre de ese año.

En esta coyuntura a inicios del siglo XXI, se abre el debate sobre la labor de defensa de derechos humanos, la cual se da también en medio de la entrada del neoliberalismo como política económica mundial; de esta forma se empieza a detectar una denominación particular para la persona defensora, aquella cuya lucha se centra concretamente en evidenciar las afectaciones en el cumplimiento y garantía para toda la población –en especial las minorías–, de los derechos humanos reconocidos.

Este derecho resulta en ocasiones confuso por su esencia inacabada, pues no existe una definición generalizada en cuanto a su contenido y alcance, de hecho, la *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos* –en adelante declaración sobre defensores y defensoras– en su artículo 1º establece que: “Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional y a esforzarse por ellos”<sup>2</sup>.

A partir de ésta, se puede definir tanto la labor de defensa de los derechos humanos, como el derecho humano en sí mismo, que se podría concretar como el, “derecho que tienen las personas... [a que] desarrollen todo tipo de acciones para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales desde cualquier ámbito –ya sea de manera eventual, sistemática, profesional o espontánea– mediante la

---

2 A.G. Res. 53/144. (8 de marzo de 1999). *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*.

vía pacífica, a menos que actúen en defensa de su propia vida e integridad”<sup>3</sup>. Significado que abre la puerta para un derecho que se renueva constantemente, pues mientras las condiciones sociales se modifiquen, entonces siempre habrá la posibilidad para la exigencia y promoción de nuevos derechos, tal es el caso de esta “nueva realidad” que se ha desprendido de la pandemia global, generada por el virus SARS-COV2, que provocó la enfermedad conocida como COVID-19, –coyuntura que ha generado reclamaciones como el acceso a la vacunación–.

Este derecho, por lo tanto, depende en primera medida del reconocimiento de los derechos humanos por parte de los Estados, pues “el derecho a defender los derechos humanos se manifiesta y materializa en un conjunto de derechos [en los] que las acciones de defensa sean posibles, por lo que es necesario que el Estado las garantice”<sup>4</sup>; de allí que su eficacia estribe no solo de los compromisos internacionales que tenga cada país en el tema de derechos humanos, o del respectivo desarrollo legislativo que se lleve a cabo en pro de cumplir los estándares internacionales, sino de la materialización efectiva de los derechos en la praxis social.

Resulta importante aclarar en este punto, que este derecho, “[su] aseguramiento y garantía [en el] ejercicio por parte de los Estados, se considera [como] una norma *erga omnes*, pues su existencia en una sociedad democrática hace necesario que éstos asuman mecanismos para mantener su vigencia y efectividad, en beneficio de las personas...”<sup>5</sup>, lo cual implica que sin importar

---

3 Gerardo Sauri Suárez, *Derechos a defender los derechos humanos*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. 2014. Pág. 13.

4 Gabriel Soto Climent, *Informe especial sobre el derecho humano a defender derechos humanos en la ciudad de México*. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. 2011. Pág. 27.

5 Gerardo Sauri Suárez. *Derechos a defender...* Pág. 29.

la fuerza vinculante que la Declaración tenga, su relación con el sistema universal y regional, hace que sea obligatorio; además, este tipo de “*soft law*” ha recibido aprobación debido a “la aceptación que se tiene por su contenido [lo que] la ha convertido en un instrumento de carácter obligatorio, gracias a su reconocimiento por la comunidad de Estados en su conjunto”<sup>6</sup>; de allí que devenga una exigencia para los países firmantes, que resulta en su responsabilidad tanto por acción como por omisión en el cumplimiento de este derecho o de los demás derechos que lo integran.

Como se ha señalado, aunque el documento que reconoce este derecho no es de carácter vinculante, “sí contiene una serie de principios y derechos que se basan en las normas de derechos humanos consagradas en otros instrumentos internacionales que sí son jurídicamente vinculantes”<sup>7</sup>. Allí se dispone, respecto a las responsabilidades que tienen los Estados frente a los compromisos adquiridos en el reconocimiento de derechos humanos, que éstos deben materializarlos en sus propios ordenamientos jurídicos adoptando las medidas necesarias y otorgando las garantías jurídicas pertinentes con el fin de ofrecer apoyo, proteger y promover los diversos derechos que les asisten a las personas defensoras, a través de todas las diversas ramas del aparato estatal.

Aunque la Declaración fue el primer instrumento que reconoció explícitamente este derecho, es importante decir que había derechos transversales al derecho a defender derechos humanos que ya poseían previo reconocimiento; y que anteriores

---

6 Santiago Corcuera Cabezut. *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*. Oxford University Press. 2001. Pág. 51.

7 A.G. Res. 53/144. (8 de marzo de 1999). *Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos*.

a la Declaración sobre defensores y defensoras pueden vincularse con el reconocimiento al derecho a defenderlos. Tal es el caso de “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) [que] reconoce y garantiza la libertad de circulación, opinión y expresión, así como los derechos de reunión pacífica y de libre asociación mediante sus artículos 3, 6, 12, 19, 21 y 22”<sup>8</sup>, donde estos derechos se encuentran vinculados al reconocimiento del derecho a defender los derechos humanos, pues en su ejercicio se puede ver implícita la exigencia de materialización de éstos.

Existe también otras declaraciones que indican aportes pues “[se advirtió] del importante papel que [las] organizaciones [civiles] tuvieron para mostrar las violaciones a los derechos humanos de grupos importantes de población”<sup>9</sup>; esta incorporación y la protección de derechos como objetivo fundamental, demuestra cómo los organismos internacionales van reconociendo la importancia de la defensa de los derechos humanos, por su constantes vulneraciones y asimismo el aporte que ofrece la sociedad civil en este proceso.

La década de los años noventa, fue una en las que más desarrollo jurídico internacional en cuanto a derechos humanos ha existido, tanto en tratados internacionales, como de mecanismos convencionales y no convencionales para su protección<sup>10</sup>. En adelante, “con la declaración [...] se esperaba que se empezaran a notar los beneficios de las democracias

---

8 María Martín Quintana & Luis Enrique Eguren Fernández. *Protección de defensores de derechos humanos: buenas prácticas y lecciones a partir de la experiencia, Vol. I: Legislación, políticas nacionales y oficinas para defensores*. Protection International. 2009. Pág. 1.

9 Antonio Cançado Trinidad. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile. 2001. Pág. 65.

10 Alejandro Anaya Muñoz & Ariadna Estévez López. *Construcción internacional de los derechos humanos. Guía de estudio para la materia*. FLACSO. 2010. Pág. 28.



neoliberales, cuando se observaron a nivel mundial algunas fuentes de tensión para el trabajo de las personas que defienden los derechos humanos”<sup>11</sup>. La Declaración sirvió como medio para visibilizar las luchas colectivas y personales por la defensa de los derechos humanos, además de fungir como marco unificador de los derechos que tenían que ver con el tema y sobre todo con los “instrumentos que se dirigían fundamentalmente a las personas que ejercían el derecho a defender los derechos humanos y que (...) enfrentan un contexto de numerosas tensiones traducidas en agresiones sistemáticas para su labor”<sup>12</sup>.

Dentro del Pacto de San José se pueden resaltar específicamente los primeros artículos, que establecen la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno si los derechos no estuvieren ya garantizados, igualmente existe un reconocimiento de los otros “subderechos”<sup>13</sup> que, según la declaración sobre defensores y defensoras, hacen parte de éste. Específicamente la OACNUDH plantea que los derechos contemplados en la Declaración son nueve: a la libertad de opinión y de expresión, a la libertad de asociación, a la libertad de reunión, a la protesta, a acceder a recursos, a acceder y a comunicarse con organismos internacionales, a ser protegido, a un recurso eficaz, y a desarrollar y debatir nuevas ideas sobre derechos humanos<sup>14</sup>. Todos estos derechos, se encuentran reconocidos dentro de la Convención Americana sobre Derechos

---

11 Gerardo Sauri Suárez. *Derechos a defender...* Pág. 21.

12 Ibid. Pág. 22.

13 Ibid. Pág. 69.

14 Naciones Unidas. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Experiencias en el continente americano sobre mecanismos de protección para periodistas, defensoras y defensores de derechos humanos*, México. 2011.

Humanos, a excepción del derecho a desarrollar y debatir nuevas ideas sobre derechos humanos.

Por otro lado, teniendo en cuenta todos los parámetros que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido a través de las sentencias, también se puede decir que el análisis de la violación de derechos parte siempre en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, el cual se refiere a la obligación de respetar los Derechos. Desde allí debe ser comprendido no solo la defensa de derechos individualmente, o sea desde la persona que ejerce el derecho, sino también de la importancia democrática que tiene este derecho, en el sentido de la función como vigilantes de los derechos humanos en los países democráticos. Ahora bien, si lo que se quiere tener en cuenta es el cumplimiento de la obligación internacional de los Estados en la debida protección y garantía de los derechos, la exigencia de derechos por parte de las defensoras evidencia en sí misma cómo no se está cumpliendo satisfactoriamente con esta obligación, pues no solo están actuando como observadores sino como reclamantes<sup>15</sup>.

Es importante recordar que la jurisprudencia de la Corte IDH, en su sentido final de la función judicial, no es absorber la judicialización de todos los casos que suceden en los países parte, sino más bien su intención es ser un órgano excepcional. Esto se puede evidenciar en las jurisprudencias emitidas sobre el tema<sup>16</sup>, pues han sido relativamente “pocos” los casos que han llegado hasta esta instancia internacional; no obstante, la vulneración de los derechos de las defensoras es bastante cotidiano en el continente, como lo han probado incansablemente la sociedad civil y los informes de la CIDH.

---

15 *Valle Jaramillo vs. Colombia*. Caso 12.415. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192.

16 Adriana Carolina Lozano Olarte. “Violencia política de género contra defensoras de derechos humanos” (Tesis de Maestría). Universidad Autónoma de San Luis Potosí. 2020. Págs. 124-145.

En este sentido, es válido extrapolar las consideraciones que hace el Tribunal cuando se trata de contexto de violencia y la defensa de derechos humanos, pues éste ha sido claro al determinar que las obligaciones se refuerzan y de hecho surgen obligaciones especiales de protección; por ende, los estados deben responder en este derrotero con sus obligaciones convencionales de forma reforzada, pues los fenómenos de violencia que atraviesan el país sitúan de forma diferenciada y convierten a las personas defensoras de derechos humanos en sujetos de especial protección.

Otro punto que es importante evidenciar respecto a las particularidades del derecho a defender derechos humanos, es cómo la Corte –aunque se remite con frecuencia a informes de la CIDH la interpretación que realiza de la Declaración– se inclina a una garantía de protección a las defensoras de derechos humanos<sup>17</sup>, ello quiere decir desde el sujeto de derechos, limitándose entonces a una protección desglosada por el ejercicio de derechos políticos, o aquellos conexos a los reconocidos en la Convención Americana, lo que se traduce, por ejemplo, en condenas a reparaciones que podrían llegar a tener mayores impactos si hubiese un posicionamiento de reconocimiento del derecho a defender derechos como un derecho autónomo, sobre todo directamente en el establecimiento de políticas públicas más eficaces para su protección y materialización efectiva, en tanto existiría una exégesis jurídica más acertada del derecho.

Así pues, de cierta manera la Corte “desaprovecha” la ponderación que realiza para subsanar la laguna jurídica a la que se enfrenta en el reconocimiento del derecho, pues en otro escenario y ante una Corte un poco más progresista en el alcance

---

17 *Caso defensor de derechos humanos vs. Guatemala*. Caso 1420-05. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 28 de agosto del 2014. Serie C No. 283.

de sus sentencias, podría darse que a través de la jurisprudencia interamericana se le otorgue un estatus jurídico diferente al que en la actualidad ofrece la Declaración de defensores y defensoras y por tanto, que haga tránsito a un derecho autónomo e imperativo, para que su materialización no dependa de la garantía de otros derechos, sino que a partir de la incompletud del derecho —entendida desde Luigi Ferrajoli, como las omisiones que existen en el derecho—<sup>18</sup>, se remuevan los obstáculos que tiene su visión actual y se logre un avance interpretativo en pro del derecho y del ejercicio democrático.

A su vez, debe decirse como se vislumbra la defensa derechos humanos desde la Corte IDH que su posición es bastante neutra. Existen avances importantes en cuanto a las recomendación de los mecanismos de protección, y la reiteración de las obligaciones especiales de garantizar los derechos; sin embargo, falta bastante que ahondar en cuanto a la presencia del género como categoría de análisis, a las interseccionalidades que atraviesan a las defensoras y en general a los sistemas de opresión que se traducen en la limitación del derecho efectivo a defender derechos humanos, pues estas categorías estuvieron ausentes en todas las sentencias tomadas para este ejercicio, confirmando cómo se siguen haciendo prácticas desde un derecho androcéntrico y formalista, ya que son determinantes al momento de realizar un análisis jurídico si lo que se quiere es comprender las formas jurídicas y más aún hablar de materialización de derechos o protección efectiva de sujetos de derechos. Sin embargo, es de reconocer que hace referencia a la obligación de combatir todas las formas de discriminación y violencia contra las mujeres establecidas tanto en la CEDAW, cómo en la Belem do Pará y, por tanto, del deber reforzado de generar una protección especial para las defensoras.

---

18 Francisco Laporta. *Sobre Luigi Ferrajoli y el Constitucionalismo*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. No. 34. 2011. At. 161.

Es importante reconocer los pasos que se han ido dando para reconocer la labor de defensa de derechos humanos, específicamente la sentencia Hito, el *Caso Luna López vs. Honduras*<sup>19</sup>, en la cual la Corte se aventuró por primera vez a hablar del derecho a defender derechos y la importancia de las garantías judiciales, así como las recomendaciones que dio sobre los requerimientos mínimos que debe tener una política pública de protección y en especial un mecanismo de protección. Igualmente, la última sentencia emitida en relación con el tema, el *Caso Escaleras Mejía y otros vs. Honduras*<sup>20</sup>, es significativo en cuanto al seguimiento que se le deben dar a los futuros pronunciamientos que realice la Corte, pues poco a poco ha ido aumentando la profundidad del análisis jurídico del derecho.

Finalmente, para cerrar este apartado, es importante concluir que es necesario hablar del derecho a defender derechos humanos como un derecho autónomo, que cumple las características para ser considerado un derecho político. Por ende, su garantía y protección debe materializarse *ipso facto* y no solo referirse a las personas que ejercen la labor, pues esto trasciende en la comprensión de las necesidades de protección en tanto se analizarán las circunstancias en las que el derecho es vulnerado y no se limitará a las defensoras como un grupo vulnerable únicamente. Así pues, la implementación de la Declaración es fundamental en este camino, pues tanto el posicionamiento de la ONU, como de la OEA y la CIDH –entre otros–, realizan interpretaciones en el sentido de considerar el derecho como tal; y otros órganos, más de carácter “jurisdiccional” como la Corte IDH, se inclinan a un refuerzo en la garantía y protección a las defensoras. En este sentido, es determinante que se posicione

---

19 *Luna López vs. Honduras*. Caso 12.472. Fondo, Reparaciones y Costas. 10 de octubre de 2013. Serie C No. 269.

20 *Escaleras Mejía y otros vs. Honduras*. Caso 59/03. Fondo, Reparaciones y Costas. 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 361.

tanto en el derecho internacional como en los respectivos derechos internos el estatus jurídico del derecho a defender derechos humanos, con lo que se logrará una complementariedad en los abordajes jurídicos que tiene en la actualidad, y por tanto, se podrán establecer políticas más eficaces para su protección y materialización efectiva<sup>21</sup>.

## 2. Una visión latinoamericana

Los Derechos Humanos son el resultado de dinámicas y luchas históricas de las resistencias contra la violencia ejercida por las diferentes manifestaciones del poder del capital contra los individuos y los colectivos, pues el capital en la modernidad estructura el mundo social, el institucional y en general las prácticas sociales. Estos derechos surgen de la búsqueda de la dignidad humana a través de las luchas sociales como reacción al *status quo*, pues los derechos humanos son un particular impuesto a la humanidad, que omite la heterogeneidad de los individuos; razón por la que se ha presentado la necesidad de hacer replanteamientos de carácter jurídico tanto en el derecho nacional, como también del internacional, redefiniendo entre otras cosas, la democracia<sup>22</sup>, más ahora, en una coyuntura de crisis que ha fortalecido de formas antes impensable a los poderes estatales ante las lucha en contra de la pandemia, la cual ha sido caracterizada por la homogenización de las necesidades de la población, traducida esta principalmente en la detención del contagio del COVID-19. Igual ha sido el caso en lo que se refiere a la labor de defensa, pues se han eliminado las identidades

---

21 Alan Diego Vogelfanger. “El status jurídico de defensores y defensoras de derechos humanos”. *Revista IIDH*. Vol. 63. 2016. At. 286.

22 Joaquín Herrera Flores. *Los Derechos Humanos como productos culturales*. Los libros de la Catarata. 2005. Págs. 219-284.

diferenciadas, estableciendo un prototipo de persona defensora, por lo cual es importante no invisibilizar las identidades propias, indígenas, negras, trans, etc.

Como se podrá advertir, esta visión del derecho resulta bastante compleja para lograr su materialidad, pues la reproducción del discurso de los derechos, lleva a que se pasen por alto los procesos históricos que lograron su reconocimiento; por tanto, aquellas que luchan porque se garanticen los derechos que están reconocidos y porque se reconozcan nuevos derechos ante las nuevas realidades que se están presentando, resultan ser enemigas del sistema, pues en la actualidad los Estados no responden a las necesidades sociales, sino a los intereses del mercado y de ciertos grupos particulares.

En mérito a lo anterior es que en la actualidad, se observa que las políticas de los Estados en toda América Latina respecto de las defensoras de derechos humanos están inclinadas a crear protocolos que siguen algunos de los estándares internacionales, los cuales en muchas ocasiones no responden a las necesidades específicas y contextos sociales del continente y muchos menos son conscientes de los nuevos riesgos que han llegado por la pandemia para fortalecer la violencia en contra de las defensoras y que, por ello, no logran llegar a ser exitosos en la práctica, dejando de lado que “la intervención de [...] [las] activistas en los movimientos sociales es fundamental cuando se tiene que interpretar el mundo cultural de la modernidad transnacional para aquellas que hacen reivindicaciones sociales en contextos locales”<sup>23</sup>.

Es necesario recalcar que es necesario comprender la urgencia de que el pensamiento legal latinoamericano camine más hacia

---

23 Sally Engle Merry, *Derechos humanos y violencia de género*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes. 2010. Pág. 25.

las profundidades de lo local<sup>24</sup>, por lo que es importante pasar de lo abstracto internacional y traducirlo a las realidades y contextos, en el entendido que la tradición latinoamericana de los derechos humanos tiene como uno de sus más importantes aportes la de poder comprenderlos desde la exterioridad, esto quiere decir desde el papel de las “oprimidas” como aquellas que son reclamantes de justicia, como sujeta base para su cimentación; pero para llegar a ello, se ha tenido que plantear la labor de fundamentar los derechos humanos desde América Latina, lo cual ha implicado su deconstrucción, pues en su versión actual tienen un trasfondo eurocéntrico que elimina las particularidades de nuestras poblaciones.

En esta nueva visión, encaja perfectamente el derecho a defender los derechos humanos, pues supera las perspectivas moderno-capitalistas para entender los derechos, y lo empieza a hacer desde principios de interculturalidad y multidimensionalidad, comprendiendo las luchas colectivas como una respuesta a procesos históricos de dominación y opresión, abriendo espacio a nuevas formas de usar el derecho en favor de aquellas que han sido excluidas del sistema, reconociendo la multiplicidad de subjetividades que existen.

Llegar a esto ha implicado sacar los derechos de su dimensión jurídica, que es la única forma viable en que es vista por la modernidad, y buscar nuevos caminos para entenderlos; podría decirse que de alguna manera es retomar el Derecho desde otros horizontes, pues a la forma jurídica, como se le conoce hoy, puede dársele un giro, lo que supone la posibilidad de nuevas formas de verlos y entenderlos, y por lo tanto, acondicionarlos para que respondan a las exigencias históricas del momento.

---

24 Ibid. *Pág.* 12.



Por otro lado, se debe tener en cuenta que, en una sociedad ideal, la labor de la defensa de derechos humanos se debería concentrar en el Estado, lo cual complejiza la situación de las defensoras, pues en muchos casos, en nuestras realidades, éste puede ser violador de derechos humanos, tanto de forma pasiva como activa; y al mismo tiempo, sobre él recae la obligación de legislar y adecuar políticas que respondan a la protección de derechos humanos.

Esta es una de las razones por las que existen diversos problemas de aplicar los derechos humanos en lo local, lo que complejiza la actividad de las defensoras de derechos humanos, pues inicialmente en la pretensión de carácter universal que tienen los derechos, se desconocen las realidades particulares de cada sociedad, además del lenguaje en cómo se transmiten, pues al no ser claros y adaptables, se complejiza el que sean apropiados y por ende puedan efectivizarse, “desplazando [a los derechos humanos] otras visiones alternativas de la justicia social, menos individualistas y más concentradas en las comunidades...”<sup>25</sup>.

Por todo esto, es que se debe hablar de derecho a defender los derechos humanos desde un horizonte diferente, que tenga en cuenta “el uso de los derechos como defensas clave para ‘las de afuera’, es decir, quienes no son protegidas por el Derecho y a la vez son excluidas”<sup>26</sup>, además de un reconocimiento a los movimientos sociales, pues a partir de ellos las sujetas dominadas se convierten en sujetas emancipadas, participantes y creadoras de sus derechos.

---

25 Ibid. Pág. 25.

26 Alda Facio. “Hacia otra teoría crítica del derecho”. En Fries, Lorena y Alda Facio (comps.), *Género y Derecho*, Santiago, LOM Ediciones, 1999, pp. 15-44. Disponible en <http://www.flacso.org.ec/docs/safisfacio.pdf>.

Según lo que se ha mencionado, cabe indicar que estas nuevas corrientes del derecho latinoamericano necesitan obligatoriamente pasar del plano filosófico a la realidad, con el propósito de darle sentido material a la justificación del por qué se debe replantear la sujeta y comprender los derechos desde la otra, a partir de las luchas que dan los movimientos sociales y las defensoras de derechos humanos, lo cual en esta coyuntura en la que nos encontramos, de vulneración de derechos y afectaciones graves a la salud de la población del planeta entero, muestra cada vez más su pertinencia. Entender las defensoras desde la complejidad de estas dimensiones como sujetas de derechos, hace que la construcción que se haga de los derechos también implique hacerla desde una realidad no abstracta, sino que es necesario pensarla desde las coyunturas históricas y los problemas sociales que se presentan. Es por ello, por lo que los derechos en el mundo contemporáneo necesitan replantearse, a partir de una “racionalidad de resistencia”<sup>27</sup> que logre un análisis concienzudo de los mismos, en el entendido de que no son meras declaraciones textuales, sino que tiene un trasfondo que pretende abrir espacios para la lucha, con el fin de que se logren derechos efectivos.

Construir una nueva realidad implica, en primera medida que América Latina encuentre su identidad, “se trata de concebirla [...] no como el pasado de dominación y de exclusión, sino como el presente y el futuro de resistencia y de construcción de su utopía”<sup>28</sup>, de hallarla a partir de nuevos paradigmas, que reconstruyan el Derecho y lo lleven a responder a los ideales de justicia. Los cambios epistémicos que se están dando en el continente, representan una revolución diaria; las experiencias

---

27 Joaquín Herrera Flores. *Los Derechos Humanos como productos culturales*. Págs. 19-78.

28 Antonio Carlos Wolkmer, *Introducción Al Pensamiento Jurídico Crítico*. Editorial Tangamanga. 2006. Pág. 106.

de lo común están generando nuevas formas de regulación social y estos hechos son los que crean el Derecho pues, el punto de partida de éste debe ser una normativa de lo real, que se fundamente en el bien común, ya que se ve desde un horizonte diferente; por lo tanto, genera un mundo lleno de posibilidades para desarrollar experiencias emancipadoras.

Desde esta nueva corriente del Derecho, la función de las defensoras se vuelve más importante en la construcción de una sociedad realmente justa y cada vez más pertinente, pues debe tener una visión distinta de los derechos humanos, superar el poder normativo y resignificarlo, ya que, los procesos sociales y participativos no solo sirven de control, sino que aportan al rediseño de la sociedad, lo que también implica construir normatividad que responda efectivamente a las necesidades.

Esta defensa de los derechos implica que se haga entonces desde la Otra, “desde la exterioridad, quien dará siempre la pauta de una búsqueda histórica de la vigencia real de los derechos humanos, de la Justicia y del bien común”<sup>29</sup>. Justo ahí es que se reafirma la necesidad de sacar los derechos de la institucionalidad, porque una de las razones por las que no son factibles, es debido a que la Totalidad no lo permite, esto quiere decir que hay fuerzas que luchan por mantener alejados los nuevos contenidos, conocimientos y prácticas que demuestran cómo es posible otros mundos. Sobre todo, si se tiene en cuenta, que la nueva fase histórica que se ha abierto a partir de la declaratoria de la pandemia ha demostrado cómo, desde la óptica de los derechos humanos, resulta indispensable reconocer la desigualdad de los desiguales, para que, de esta manera, “El Derecho [pierda] su generalidad, su abstracción y su impersonalidad. Es el rastro del otro como clase alienada

---

29 Jesús Antonio de la Torre Rangel. *Derechos Humanos desde el Iusnaturalismo Histórico Analógico*. Porrúa/Universidad de Aguascalientes. 2001. Pág. 100.

que provoca la justicia (...) Por esta razón, (...) la búsqueda de la justicia concreta rompe con todo un aparato jurídico que solo existe para mantener el lucro y el poder<sup>30</sup>.

En este sentido, la ruptura de la que se habla no implica necesariamente una eliminación del sistema actual, más bien se refiere a usar el Derecho de una forma diferente al asignado por el modelo actual, como medio de dominación; en cambio, está encauzada a mantener la legalidad, pero buscando favorecer a las sujetas dominadas.

Finalmente, se puede plantear que la comprensión del derecho a defender los derechos humanos debe darse fuera de la estrategia discursiva moderna que tienen los derechos humanos, en los que se les entiende como meras aspiraciones, y trasladarse hacia una visión más crítica de éstos, para lograr comprender la posición que ocupan las defensoras y con ello la importancia en la construcción de nuevas formas jurídicas a partir de su labor. El reto que implican los derechos humanos en el siglo XXI en América Latina, consiste entonces en seguir creando nuevas perspectivas a través de la defensa de los derechos, sobre las nuevas formas en las que se puede usar el Derecho que sean más integradoras, críticas y contextualizadas; que respondan a las subjetividades y a las necesidades sociales de las que son excluidas del sistema y en este sentido, que se incorporen a los cuerpos jurídicos los reclamos que se hacen desde la Exterioridad para lograr garantizar justicia y vida digna a toda la población, todo esto marcado en un cambio de década acompañado de modificaciones sociales y fortalecimiento del poder represivo estatal traducido en Estados de excepción, toques de queda, restricciones a la movilidad ciudadana que ha desembocado en profundizar aún más las desigualdades existentes y creando

---

30 Jesús Antonio de la Torre Rangel. *El Derecho que nace del pueblo*. Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes. 1986. Pág. 56.

nuevas formas de desigualdad y vulneración de derechos de los más débiles.

## **2.1. El reto de reconocer la defensa desde el derecho latinoamericano**

Como se ha mencionado anteriormente, el derecho a defender derechos humanos se ejerce en una coyuntura en la que las personas que se encuentran en la “exterioridad”, se ven obligadas en su agencia a iniciar luchas de resistencia contra los modelos económicos y políticos que han generado deterioro en la vida social para exigir tanto el cumplimiento de derechos, como el reconocimiento de nuevos; todo ello en la búsqueda de la dignidad y la justicia. Es el resultado y la acumulación histórica de la injusticia social las que llevan a la necesidad de repensar las formas de dominación y discriminación vigentes, expresadas en los últimos años a través de movimientos masivos de protestas, manifestaciones y el crecimiento de organizaciones populares y civiles, exigiendo la defensa de los derechos sociales, políticos y económicos, que cuestionan las condiciones estructurales de desigualdad e injusticia.

La inconformidad por la situación actual en la que América Latina se destaca por tener los números más altos de desigualdad social, ha sido la que ha permitido la articulación de la lucha social, que sin importar la diferencia de los actores que participan, tiene como elemento en común que unifica sus peticiones en la búsqueda de una producción equitativa de la riqueza social<sup>31</sup>, solicitud que resulta a partir de la defensa y

---

31 Pablo Guadarrama González. “Los pueblos son como los volcanes ante la injusticia social”. En: (Varios autores). *Luchas sociales, justicia contextual y dignidad de los pueblos*. Ariadna Ediciones. Santiago de Chile, 2020. Pág. 35.

exigencia de derechos. Por esta razón, emerge la pertinencia de su discusión, en el entendido de que la “manipulación” a los grandes sectores populares ha ido disminuyendo, haciendo evidentes las brechas de injusticias y la necesidad de la reclamación de derechos. Este cambio en el *status quo* implica también un cambio en las concepciones democráticas, pues ahora el giro que está dando la sociedad latinoamericana pone de presente un riesgo para las élites que monopolizan el poder y los recursos, ya que hemos llegado a “uno de esos momentos de la historia en que [...] los precarios, adquieren mayor conciencia de que no tienen mucho que perder, sino solamente sus cadenas, y sí un mundo por ganar”<sup>32</sup>.

Ahora, en esta nueva etapa del despertar social, tras la toma de conciencia de las desigualdades e injusticias multidimensionales, que “generan élites que monopolizan las oportunidades para acceder a servicios de calidad y ejercer derechos básicos. Y al mismo tiempo excluyen a las grandes mayorías de ejercer aquellos derechos que les están jurídicamente reconocidos”<sup>33</sup>, la defensa de derechos humanos aparece como el derecho que en su ejercicio se traduce en la lucha que se está presentando. Es por ello que las personas defensoras se han convertido en sujetos “indeseables” por lo cual el capitalismo mismo trata de desecharlos, razón por la que la materialización de este derecho se encuentra en riesgo permanente. Por ello, aparece la necesidad inminente de ser protegido directamente desde un nivel de rango constitucional, debido a que “la exclusión política, la explotación económica [...] se potencian mutuamente haciendo del derecho a ejercer derechos, un derecho restringido a élites minoritarias. La ideología hegemónica naturaliza las injusticias históricas

---

32 Ibid. Pág. 49.

33 Fidel Tubino, “Desigualdades persistentes y diversidad cultural”. En: (Varios autores) *Luchas sociales, justicia contextual y dignidad de los pueblos*. Ariadna Ediciones, Santiago de Chile, 2020. Pág. 158.

deslegitimando los discursos igualitaristas y legitimando la reproducción persistente de las grandes desigualdades históricas”<sup>34</sup>. Ello conlleva a la necesidad de fundamentar desde las nuevas formas del derecho, el derecho a defender derechos humanos, con la intención de asegurar la agencia de las defensoras dentro de la sociedad democrática, construyendo ciudadanía a través de un respaldo normativo eficaz.

Por lo que se refiere al uso del derecho constitucional es importante reflexionar su uso, en el entendido que éste actúa como articulador de las sociedades. De allí que la necesidad de que se haga un reconocimiento jurídico del derecho a defender derechos humanos desde la constitución es fundamental, en tanto es un código normativo cardinal que responde a la totalidad social. Ello quiere decir que una constitución de carácter democrático que responda a las realidades latinoamericanas y que esté basada en el principio material de producción, reproducción y desarrollo de la vida –aunque manteniendo la conciencia que este instrumento jurídico, aunque con una pretensión de justicia innegable–, no logra prever todas las situaciones que implican conflictos sociales<sup>35</sup>. Así, en este catálogo de derechos resulta primordial anticiparse y contemplar la posibilidad de conceder garantías jurídicas a la concesión de nuevos derechos y la materialización de aquellos que ya están concedidos.

El reconocimiento normativo del derecho a defender derechos deviene como una ayuda al nuevo constitucionalismo latinoamericano, en el entendido que abre la posibilidad al reconocimiento tanto de nuevos derechos, como a aquellos que no están siendo materializados, responde concretamente a la necesidad de no fetichizar la constitución, sino más bien

---

34 Ibid. Pág. 160.

35 Alejandro Medici. *Otros nomos: Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat. 2016. Pág. 43.

abre las puertas a una teoría constitucional que comprende a la sociedad democrática como un “ser” en constante cambio, como un “proceso abierto y disponible al poder constituyente y a la reconstituyencia popular”<sup>36</sup> y así cumplir el objetivo de ser una herramienta para el buen vivir.

Es importante reconocer y adaptar al constitucionalismo actual a la necesidad de que la constitución deba responder y acomodarse a las necesidades colectivas. Así pues, es transcendental que esté fundamentada desde la alteridad, que reconozca a todas aquellas personas que no se encuentran beneficiadas y bajo la cobertura del goce y garantía efectiva de derechos y que por lo tanto sus necesidades básicas no han sido satisfechas. Comprendida así, desde la exterioridad, el derecho a defender derechos se convierte en un pilar democrático, pues responde justo a esta lucha por el reconocimiento de todas y todos aquellos que son invisibilizados por el discurso del derecho moderno. Esto es,

El punto de partida [...] son los otros como tales, no como casos individualizados de una misma subjetividad homogénea en sus derechos y garantías, sino como aquellos cuyas necesidades no tienen reconocimiento jurídico como derechos, y/o no tienen garantías jurídicas, sea porque estas no existen en el derecho aún, sea porque existiendo, obstáculos fácticos económicos, sociales y culturales les impiden acceder a ellas; aquellos que son excluidos de la participación simétrica en el espacio público porque los partidos y las instituciones de representación no contemplan sus intereses o directamente los excluye, porque la estructura de la opinión pública invisibiliza su presencia o calla su voz; se trata de aquellas formas de vida cuyas normas de convivencia consensual son desconocidas y

---

36 Ibid. Pág. 43.



negadas por un proceso cultural bloqueado y por un derecho monista<sup>37</sup>.

En este contexto de identificación tanto de los sujetos como de su estatus jurídico dentro del ámbito social, normativo e incluso político es que se formulan nuevos derechos o reconfiguran los existentes, convirtiéndose la defensa de derechos en la contestación para que el Estado responda a la obligación de garantizar y concretarlos jurídicamente, haciendo que el sistema constitucional deje de entenderse como un concepto lejano y lleno de encriptaciones, sino que permite la aparición de distintas formas de comprender el derecho desde un horizonte que reconoce que el sistema jurídico está en constante cambio y requiere su novación permanente.

Al mismo tiempo este reconocimiento de la ausencia de la totalidad dentro de las constituciones, refleja el ámbito político en la defensa de los derechos, en tanto que las oprimidas y excluidas demuestran en su exigencia por crear un espacio en el que ellas también sean enunciadas, las tensiones que se generan y los juegos de poder que existen entre el Estado y la sociedad y que se presentan durante la exigencia de estos derechos, logrando a partir de un reconocimiento constitucional la ampliación y transformación del Estado. En este sentido,

El proyecto de transformación del bloque social de los oprimidos y sus postulados políticos tiene una de sus concreciones en el cambio total o parcial de la constitución y por lo tanto del sistema constitucional. La función constituyente, que frecuentemente ha sido realizada en la historia constitucional y política latinoamericana, por poderes sociales exorbitantes, con la negación o el retaceo de la soberanía popular, es ahora una diferenciación inicial de la

---

37 Ibid. Pág. 44.

hiperpotencia popular que se gesta en las condiciones de un estado de rebelión hegemónico por el bloque social de los oprimidos y su herramienta u organización política<sup>38</sup>.

Y es a través de este ejercicio de modificación constitucional en la que el reconocimiento de la defensa de derechos humanos logra generar un impacto mayor en el orden jurídico, debido a que hace un reconocimiento de las diferentes subjetividades desconocidas o ignoradas actualmente. Además lucha por la construcción de realidades jurídicas que los visibilicen –posicionando a quienes han conquistado y alcanzado los derechos humanos ahí plasmados–, transformando con esto la manera en cómo se entienden los derechos, más allá de simples formas jurídicas vacías, sino como cuerpos normados, dotados de contenido historizado, que si no logra modificarlas, por lo menos visibiliza las desigualdades existentes; ello teniendo en cuenta que “defender unos derechos humanos que no son los fundamentales y radicales o defender los fundamentales sin preocuparse de las condiciones reales que los posibilitaron, es mistificar todo el problema de los derechos humanos y del bien común”<sup>39</sup>. Así, este derecho resulta también una llave inicial de transformación no solo de los derechos, sino también de órdenes jurídicos y políticos, en el entendido que su ejercicio tiene como finalidad un cambio sustancial en la comprensión de los derechos humanos, para lograr su verdadera universalidad a partir del reconocimiento y reposicionamiento de las que se encuentran en la exterioridad.

---

38 Ibid. Pág. 46.

39 Ibid. Pág. 66.

### 3. Las personas defensoras como sujetas del derecho

Los derechos humanos comprendidos contemplan una subjetividad abstracta y universal, que invisibiliza cualquier otro tipo de subjetividades. Lo mismo pasa con el derecho a defender que convierte a todas las personas defensoras, y las despoja de sus propias identidades, como es el caso de indígenas, luchadores sociales, activistas, campesinos, etc. Así, la fundamentación tanto en el iuspositivismo como en el iusnaturalismo jurídico, están dirigidas a un tipo de subjetividad específica.

Esto ha desencadenado que “la importación de estructuras culturales asimiladas por las élites locales (eurocéntrica y norteamericana) [hayan] favorecido y alimentado formas de dominación económica, política y cultural, imposibilitando el desarrollo de una cultura auténticamente latinoamericana”<sup>40</sup>, imposiciones de saber y poder, que han causado la universalidad del sujeto y que las construcciones de derechos no respondan a las necesidades reales de éstos, aumentando sustancialmente el número de personas que cada vez más, son excluidas por el sistema pues no responden a esa caracterización hecha desde estándares europeos.

Como se ha dicho, los derechos humanos son un tema altamente complejo debido a todas las aristas ideológicas y culturales que se deben tener en cuenta para poderles comprender, pues si se les saca de contexto pierden su capacidad de transformarse y materializarse efectivamente. Por tanto, deben ser estudiados y llevados a la práctica desde una perspectiva crítica y siempre hincados en contextos sociales, políticos y culturales.

---

40 Antonio Carlos Wolkmer, *Introducción Al Pensamiento Jurídico Crítico*. Editorial Tangamanga. 2006. Pág. 106.

Para entender la pertinencia de esta nueva fundamentación del derecho a defender derechos humanos propuesta desde América Latina, que erradique las prácticas históricas de dominación y que abra las puertas a un mayor y más eficaz catálogo de derechos, es apropiado comprender el sujeto quien los recibe –en este caso particular, el papel de las defensoras de derechos humanos, tanto sujetas del derecho, como constructoras de una nueva realidad–, la cual debe tener derechos que efectivamente respondan a ella y sobre todo comprender esta fundamentación en clave de los sucesos acaecidos dentro del último año, con lo cual se pone de presente la importancia de la discusión pública de estos tópicos.

Los derechos surgen de la búsqueda de la dignidad humana, a través de las luchas sociales como reacción al estatus quo, necesitando pasar lo idealista en su fundamentación e ir a los contextos reales, que les ofrecen contenido material, reconociendo la heterogeneidad de subjetividades. La raíz de los derechos, entonces, es el ser humano. Por ello, como lo sostiene de la Torre a través de sus obras, que el ser humano sea entendido siempre por encima de lo jurídico, para que no se presente que existan personas con reconocimientos formales de derechos, pero no reales<sup>41</sup>.

Lo anterior conlleva en primera medida, la necesidad de evocar una recompreensión del sujeto de los derechos humanos, que vaya más allá de la defensa del Estado o de la naturaleza humana, sino en cambio aquella que haga una efectiva recuperación del sujeto, específicamente en lo que se refiere a situar a las mujeres como estas sujetas, pues la sujeción de género ha sido el molde primordial de todas las otras formas de dominación que existen, convirtiendo lo femenino en el “alter”,

---

41 Jesús Antonio de la Torre Rangel. *Iusnaturalismo Histórico Analógico*. Editorial Porrúa. 2011.

el Otro, del referente de la totalidad, que implica en este caso lo masculino, que es el sujeto humano universal<sup>42</sup>.

En este sentido, evocando a Dussel, el sujeto de los derechos humanos desde América Latina debe partir de la ética de la alteridad, que consiste en “construir subjetividades de personas y de pueblos”<sup>43</sup>, desde el Otro. Desde una exterioridad, que para Dussel implica a ese otro como la alteridad de todo sistema posible<sup>44</sup>, se refiere a todos aquellos seres humanos que han sido excluidos de la totalidad, son las víctimas de los sistemas, que demuestran que los hombres pertenecientes a ésta tienen la tendencia de negarle al otro su cualidad de otro.

La Exterioridad transforma la historia porque genera nuevos contenidos, conocimientos y prácticas que le dan otro sentido al mundo y que cuestiona la Totalidad, la cual solo otorga derechos desde ella misma y para quienes hicieran parte de sí, pues su principal finalidad es subsumir al otro, sin importar su subjetividad, ya que siempre va a atacar aquellas que no responden a la moderno-capitalista.

Por esto Dussel denomina como “sin derechos”, a aquellos que no tienen la materialización efectiva de sus derechos dentro de las instituciones del Estado, quienes son las víctimas del derecho vigente, que ha desembocado en la producción de luchas por la inclusión de nuevos derechos en el sistema vigente<sup>45</sup>. Esto implica que la subjetividad en América Latina no debe ser individualista sino intersubjetiva, que reconozca el elemento de la alteridad,

---

42 Rita Laura Segato. *La guerra contra las mujeres*. Traficantes de sueños. 2016. Págs. 92-93.

43 Ibid. Pág. 68.

44 Ibid. Pág. 74.

45 Enrique Dussel. *Hacia una filosofía política crítica*. Desclée de Brouwer. 2001. Págs. 151-152.

pues una de las principales fuentes de renovación de la dinámica de los derechos son las alteridades, los sujetos que se encuentran en la exterioridad de los sistemas.

A través de aquellos que sufren –que se encuentran en la exterioridad–, es que mejor se puede entender la subjetividad de los derechos humanos, pues estos sistemas de derechos no son perfectos, así como tampoco el sistema jurídico, o el sistema de garantías de éstos. Por tanto, también debe tenerse en cuenta que, de la enunciación de los derechos, puede depender en parte la inclusión de nuevas subjetividades. Esto quiere decir, que es necesario que los derechos humanos sean vistos desde la Exterioridad, pues al tomar conciencia de las víctimas producidas por el sistema se hará el intento de modificar su situación, generando nuevas formas de derechos, que si respondan a sus necesidades.

La creación de los nuevos derechos a los que se refiere la praxis de la liberación, no se refiere al ámbito jurídico únicamente, a la norma objetiva, sino a vincular al sistema en su totalidad, pues la generación de derechos implica necesariamente el ofrecimiento de las condiciones necesarias para ejercerlos, y en este sentido, se incluiría a la víctima, en el entendido que esas condiciones implican una transformación del sistema<sup>46</sup>. Se puede hablar entonces de que: “la legitimidad de ‘nuevos derechos’ significa partir de la concepción de que el derecho no emerge sólo del Estado, admitiendo la existencia de otros centros de producción normativa, ya sea en la esfera supraestatal (...), ya en la esfera infraestatal (...). En este sentido, a despecho de la doctrina oficial que delimita las fuentes clásicas del derecho, la sociedad surge como su fuente primaria”<sup>47</sup>.

---

46 Ibid. Págs. 151-152.

47 Jesús Antonio de la Torre Rangel. *Iusnaturalismo Histórico Analógico*. Pág. 183.

Se concibe de esta manera que el oficio de defender derechos implica el posicionamiento político en la discusión sobre el reconocimiento de derechos o la garantía de materialización de ellos, en tanto, se realiza desde otras esferas fuera de la estatal, pero como resultado del ejercicio de la ciudadanía. Todo ello en el entendido que se presenta en la coyuntura de una violación de derechos humanos constante en la historia de la humanidad –reconocidos como tales o no–, la vulneración a los grupos desfavorecidos se ha marcado a través de la historia, en diferentes latitudes del globo.

Esto ha hecho que la labor de defender derechos haya ido tomado protagonismo progresivamente en nuestras sociedades, pues con el fin de promover la materialización de los derechos y las libertades, se han sacado a la luz, no solo las vulneraciones constantes a los derechos, sino también las complejidades que se tienen al realizar esta labor, en especial en América Latina. Importantes casos como el de Berta Cáceres<sup>48</sup>, demuestran los riesgos que se presentan para las personas que se dedican a ello.

Ahora, tanto el derecho como el ejercicio de éste, no recibe ningún tipo de reconocimiento, a ello se suma el poco valor que tiene la percepción social de la labor de defensa, lo que implica una subvaloración que se ve reflejada en el bajo reconocimiento que tienen en lo público y lo político las luchas de y por las minorías.

Ahora, en el marco de la emergencia sanitaria las cifras oficiales de países como México hablan de casi el doble de

---

48 Berta Cáceres fue una líder indígena Lenca, feminista y lideresa hondureña. Cofundadora del COPINH. Reconocida por su labor en la defensa de los derechos y protección al medio ambiente y su resistencia al extractivismo. Fue asesinada en el 2016, en medio de una lucha contra el Proyecto Hidroeléctrico “Agua Zarca”, luego de amenazas por parte de la empresa y el Estado Hondureño. En: COPINH, “Biografía Berta Cáceres”. Disponible en <https://berta.copinoh.org/>.

número de agresiones a las personas defensoras de derechos humanos. Específicamente, la CIDH emitió un comunicado en este sentido, para para proteger y garantizar la labor de personas defensoras de derechos humanos ante la pandemia del COVID-19, todo ello porque a partir de las “medidas de confinamiento, cuarentena o aislamiento preventivo obligatorio en sus viviendas, [...] ha sido aprovechado por algunos actores para atentar en su contra. Por ello es particularmente relevante protegerles cuando se encuentran en una situación de mayor riesgo, en virtud de las medidas de excepción que limitan, entre otros, la libertad de circulación”<sup>49</sup>. Entonces el asunto no es de poca monta, pues la función pública de las personas defensoras ha sido por “orden estatal” limitada ante las restricciones establecidas, y adicionalmente limitada la función más importante de la labor, que consiste en realizar vigilancia ciudadana de las acciones realizadas por el Estado.

En clave específica de las mujeres, el reto está en comprender que la importancia del reconocimiento del derecho gira entorno al ofrecimiento de un sistema jurídico más accesible seguro y justo, pues desde antes de llegar la pandemia a América Latina, las mujeres ya se enfrentaban a situaciones de desigualdad fehaciente. Así, las condiciones de exclusión y violencia aumentaron, sin verse por el contrario medidas asertivas por parte de los gobiernos desde un enfoque diferencial y de género en el abordaje a la problemática, acrecentando de esta manera los impactos diferenciales y los problemas estructurales que viven las mujeres dentro de la sociedad patriarcal.

Así los problemas que han devenido del COVID-19, traducidos en impactos sobre el derecho a la salud y la economía, entre muchos otros ámbitos, son claramente la combinación perfecta

---

49 “México: personas defensoras en riesgo ante COVID-19”. <https://nhrf.no/espanol/blog/mexico-human-rights-defenders-at-risk-during-covid-19>. 29 de enero, 2021.



para robustecer la impunidad y violación de derechos humanos en América Latina. Situaciones que deberían ser denunciadas por aquellas cuya labor es la defensa de los derechos humanos, se encuentran totalmente limitadas, pues ahora éstas mujeres, quienes luchan por cambios para nuestras sociedades, se encuentran más que nunca frente a riesgos inminentes, tanto de seguridad física como alimentaria, pues muchas más personas se encuentran en condiciones precarias, todo ello en el marco de la falta de condiciones para ejercer la defensa de derechos humanos como un trabajo legítimo.

Nos queda entonces el sin sabor de la situación actual, pero sobre todo el despertar de nuestra conciencia política, en donde es posible jurídicamente e imperativo socialmente lograr un compromiso para que se ofrezca un estatus jurídico certero para las personas defensoras de derechos humanos. Es necesario blindar jurídicamente a aquellas que luchan porque en medio de un sociedad en crisis exista un cambio certero, buscando con ello abrir una vía para poder llegar al buen vivir, sobre todo si se tienen en cuenta lo retrograda en materia de derechos que se ha convertido la pandemia.

Como diría Yésica Sánchez Maya de Consorcio Oaxaca: “estamos regresando a las luchas iniciales por los Derechos Humanos, a nuestros derechos civiles y políticos, que eran batallas que creíamos que ya habíamos logrado, pero este retroceso de los estados también nos recoloca en los desafíos de nuestras agendas temáticas, de nuestras agendas frente a la comunidad internacional, pero también en esta vinculación de patrones regionales, que se han ido registrando”<sup>50</sup>.

---

50 *Seminario virtual Derecho A Defender: Mujeres defensoras en México y Centroamérica*. (Hora: 01:09:30). <https://www.facebook.com/IMDefensoras/posts/3319913231423018>. (14 de julio, 2020).

Cerramos concluyendo que la situación que viven actualmente las personas defensoras de derechos humanos y las lagunas jurídicas existentes dentro de los marcos legales son la respuesta clara, no solamente de un Estado opresor que no le interesa proteger efectivamente la vida pública y derechos de sus ciudadanas y ciudadanos y abordar desde otras ópticas las problemáticas de violencia, pues lo hace desde un derecho androcéntrico que mínimamente se dedica a hacer un reconocimiento formal de derechos humanos y no desde un garantismo jurídico. Adicionalmente, es el resultado de un Estado débil que presenta dificultades de materializar la defensa de los derechos, tanto por la coexistencia de diversos actores agresores, como desde la posibilidad de reconocerlos y materializarlos, observándose ahora más que nunca la necesidad de actuar e impulsar desde los diversos espacios respuestas efectivas ante los numerosos retos que implican la defensa de derechos humanos en una época como la que actualmente estamos viviendo, demostrando que los momentos de crisis siempre son puertas abiertas para el reconocimiento de derechos y para caminar hacia una mejor democracia<sup>51</sup>.

---

51 Referencias adicionales:

Fondo Noruego para los Derechos Humanos, *México: personas defensoras en riesgo ante COVID-19*. 2021. <https://nhrf.no/espanol/blog/mexico-human-rights-defenders-at-risk-during-covid-19>.

IM Defensoras. *Seminario "Mujeres defensoras y el derecho a defender derechos"*. 14 de julio, 2020. <https://www.facebook.com/IMDefensoras/posts/3319913231423018>.

Medici, Alejandro, *Otros nomos: Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, San Luis Potosí, Aguascalientes, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat. 2016.

*Seminario virtual "Derecho A Defender: Mujeres defensoras en México y Centroamérica"*.

Cerramos concluyendo que la situación que viven actualmente las personas defensoras de derechos humanos y las lagunas jurídicas existentes dentro de los marcos legales son la respuesta clara, no solamente de un Estado opresor que no le interesa proteger efectivamente la vida pública y derechos de sus ciudadanas y ciudadanos y abordar desde otras ópticas las problemáticas de violencia, pues lo hace desde un derecho androcéntrico que mínimamente se dedica a hacer un reconocimiento formal de derechos humanos y no desde un garantismo jurídico. Adicionalmente, es el resultado de un Estado débil que presenta dificultades de materializar la defensa de los derechos, tanto por la coexistencia de diversos actores agresores, como desde la posibilidad de reconocerlos y materializarlos, observándose ahora más que nunca la necesidad de actuar e impulsar desde los diversos espacios respuestas efectivas ante los numerosos retos que implican la defensa de derechos humanos en una época como la que actualmente estamos viviendo, demostrando que los momentos de crisis siempre son puertas abiertas para el reconocimiento de derechos y para caminar hacia una mejor democracia<sup>51</sup>.

---

51 Referencias adicionales:

Fondo Noruego para los Derechos Humanos, *México: personas defensoras en riesgo ante COVID-19*. 2021. <https://nhrf.no/espanol/blog/mexico-human-rights-defenders-at-risk-during-covid-19>.

IM Defensoras. *Seminario "Mujeres defensoras y el derecho a defender derechos"*. 14 de julio, 2020. <https://www.facebook.com/IMDefensoras/posts/3319913231423018>.

Medici, Alejandro, *Otros nomos: Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, San Luis Potosí, Aguascalientes, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát. 2016.

*Seminario virtual "Derecho A Defender: Mujeres defensoras en México y Centroamérica"*.

# La reunificación familiar de personas refugiadas y migrantes de Venezuela en la Región: Proceso de Quito

*Juan Sebastián Medina Canales\**

## Introducción

La familia ha tenido una gran importancia en el desarrollo de la historia de la humanidad. Los clanes culturales partían de la conformación de un núcleo interrelacionado por vínculos de sangre y, a través de los matrimonios, se abrían nuevos lazos de afinidad que permitían la consolidación del núcleo de la sociedad.

El presente documento busca describir los avances sobre la institución de la familia versus la protección de esta frente a los escenarios de personas refugiadas y migrantes provenientes de Venezuela, sus cambios, normativas y procedimientos para su implementación como parte de las iniciativas presentadas dentro del Proceso de Quito.

El movimiento masivo de personas atravesando la carretera Panamericana, sin importar la edad, se convirtió en una fotografía constante de la grave crisis humanitaria de Venezuela. Refugiados y migrantes con maletas a cuestas, ropa no apta para

---

\* Ecuatoriano. Abogado por la Pontificia Universidad del Ecuador. Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad Alcalá de Henares (España). Máster en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo. Ex becario de la Federación Iberoamericana de Ombudsman (2010) y de la Fundación Carolina de (2011). Ph.D en Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Pablo de Olavide (España)

el frío y sus rostros que conjugaban, al mismo tiempo, la tristeza de abandonar su país y la esperanza de que otros Estados puedan acogerlos y permitirles empezar nuevamente.

Sin duda, entre 2015 y 2019 las muestras constantes de la crisis política, social, económica e institucional de Venezuela llegó a su momento más complejo incluyendo el índice de desarrollo humano, que pasó del puesto 74 (0,769) al 113 (0,711) y con una tasa de mortalidad de 7.12 %, lo que quiere decir que al día pierden la vida 556 personas. Sin olvidar que para 2021, la devaluación de su moneda llegó a ser tan grande que el gobierno decidió eliminar 6 ceros, llevando así una conversión monetaria del bolívar soberano al bolívar digital.

El informe de país elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el 2017, manifestó que se ha observado el debilitamiento progresivo de la institucionalidad democrática, agravado por la falta de separación de los poderes del Estado. A esto se añadió que la crisis socioeconómica debida a la hiperinflación, la falta de insumos médicos y el mal servicio público de agua potable y electricidad, han hecho imposible la satisfacción de las necesidades básicas. Eso sin dejar de lado que la criminalización de la protesta social a través de la represión y el encarcelamiento de opositores, muestra a un Estado descompuesto y con poca capacidad de cumplir con sus obligaciones como la protección de sus ciudadanos<sup>1</sup>.

Frente a ese contexto, nace en 2018 el *Proceso de Quito*, como una iniciativa de los Estados de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay, con el objetivo de intercambiar buenas prácticas

---

1 CIDH, Institucionalidad democrática, *Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela. Informe de país*, 31 de diciembre de 2017, párrs. 470-476.

e información que les permita coordinar una respuesta regional frente a la crisis migratoria de Venezuela.

La protección a las familias de las personas refugiadas y migrantes de Venezuela es incluida en 2020, en la que se unió Guyana. En su VI Declaración, se invita a los Estados Miembros a: “Examinar mecanismos para continuar promoviendo el principio de reunificación familiar de las personas migrantes y refugiadas venezolanas, a través de políticas, el intercambio de buenas prácticas y cooperación internacional”<sup>2</sup>.

Un año más tarde, República Dominicana es parte de esta iniciativa regional y en su Declaración<sup>3</sup>, los Estados parte manifiestan su apoyo para la realización de un diagnóstico regional sobre los mecanismos de reunificación familiar con base en las políticas, normativas y procedimientos que regulen este principio.

Según la Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela (R4V), las personas venezolanas refugiadas y migrantes en el mundo sobrepasan los 6 millones, de los cuales el 82.79 % (5.046.907<sup>4</sup>) se encuentran en América Latina y el Caribe<sup>5</sup>.

---

2 Proceso de Quito, *Declaración Conjunta de la VI Reunión Técnica*, Capítulo Santiago de Chile, 24 de septiembre de 2020, párr. 6b. Disponible en formato html: [https://www.procesodequito.org/sites/g/files/tmzbdl466/files/2020-11/Original%20Declaración%20Conjunta%20VI%20Reunión%20Técnica%20Internacional%20Sobre%20Movilidad%20Humana%20de%20Ciudadanos%20Venezolanos%20en%20la%20Región\\_VF.pdf](https://www.procesodequito.org/sites/g/files/tmzbdl466/files/2020-11/Original%20Declaración%20Conjunta%20VI%20Reunión%20Técnica%20Internacional%20Sobre%20Movilidad%20Humana%20de%20Ciudadanos%20Venezolanos%20en%20la%20Región_VF.pdf).

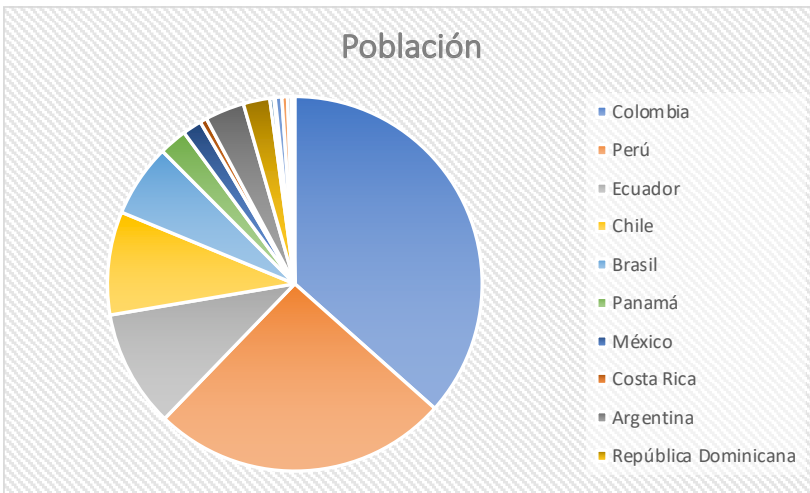
3 Proceso de Quito, *Declaración Conjunta de la VII Reunión Técnica*, Capítulo Lima, 28 de mayo de 2021, párr. 8m. Disponible en formato html: <https://www.procesodequito.org/sites/g/files/tmzbdl466/files/2021-05/DECLARACION%20CONJUNTA%20DE%20LA%20VII%20REUNION%20CAP%20LIMA.%20CASTELLANO.pdf>.

4 Cifra actualizada al 5 de marzo de 2022.

5 R4V, *Refugiados y migrantes venezolanos en América Latina y el Caribe*, marzo

Del desglose de estas cifras, se puede determinar que las 2/3 partes se concentran en tres países: el 37 % de personas venezolanas –sean estas refugiadas o migrantes– se encuentra en Colombia; el 26 % en Perú y el 10 % en Ecuador.

### Gráfico 1: Presencia de personas venezolanas refugiadas y migrantes en la región



Elaboración: Autor.

Fuente: R4V, marzo 2022.

## 1. La familia

La institución de la familia nuclear se consolida a inicios del siglo XIX. Para ese entonces tenía como significado la modernidad, la transición a la revolución industrial después de

---

de 2022. Disponible en formato html: <https://www.r4v.info/es/document/r4v-america-latina-y-el-caribe-refugiados-y-migrantes-venezolanos-en-la-region-marzo-2022>.

la agricultura, es decir, la importancia de lo urbano frente a lo rural<sup>6</sup>.

Sin embargo, durante el final del siglo XX e inicio del siglo XXI, esta institución ha tomado nuevas dimensiones, cambios que han determinado nuevos roles, nuevas estructuras o integrantes que superan el concepto de “familia tradicional”. Ante esta realidad, los Estados están llamados a realizar los cambios normativos y administrativos que garanticen la igualdad de los diversos tipos de familia incluyendo a personas refugiadas y migrantes.

Estas nuevas realidades se interpretaron mencionado que: “la familia se une a otras realidades sociales (formas de urbanización, transformación de los métodos de trabajo, evolución de la situación de la mujer, socialización de los niños y la educación. Fenómenos sociales sin caer en las trampas interminables de resurgimiento del funcionalismo”<sup>7</sup>.

En palabras de Martín Segalen:

El desarrollo de los estudios históricos sobre la familia no ha dejado nunca de demostrar [...] el hecho de que la familia es una institución en continuo cambio, un conjunto de procesos. Cada época conoce sus formas familiares; sociedad y familia son productos de fuerzas sociales, económicas y culturales comunes, sin que una sea el resultado de otra. El conocimiento del pasado de la familia es indispensable para el conocimiento

---

6 Valpuesta Rosario, “La protección constitucional de la familia”, *Revista de Derecho* No. 5, UASB-Ecuador, Quito, 2006, p. 128, disponible en formato html: <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/305>.

7 Agnès Pitrou. Segalen Martin, “Sociologie de la famille”, 1981. En: *Sociologie du travail*, 25e année No. 1, Paris, Janvier-mars 1983. P. 110, disponible en formato html: [https://www.persee.fr/doc/AsPDF/sotra\\_0038-0296\\_1983\\_num\\_25\\_1\\_1920\\_t1\\_0110\\_0000\\_2.pdf](https://www.persee.fr/doc/AsPDF/sotra_0038-0296_1983_num_25_1_1920_t1_0110_0000_2.pdf).



de su presente, siendo uno y otro indisoluble. Para ello, es necesario un análisis más crítico, una reflexión más consciente y un distanciamiento emocional, que si se pretende que se desarrolle de manera espontánea puede tardar largos años en lograrse, dado el freno que pone al progreso el sistema familiar dominante<sup>8</sup>.

La institución de la familia, al surgir como parte de los procesos sociales, económicos y culturales de la sociedad, también empieza a tener relación con el aparato estatal, misma que no suele ser en igual de condiciones y por esta razón surgen escenarios que dan cabida a la vulneración de derechos.

En este sentido, la familia se convierte en sujeto de derechos al igual que sus integrantes, a partir de su consolidación en lo jurídico, es decir: “que ha sido asumida por el Derecho para darle la cobertura legal, entendiéndolo a éste como la expresión de una decisión política de ordenar el conjunto de relaciones que se dan en una concreta sociedad [...] se traduce en identificar el tipo o tipos de organizaciones familiares que deber ser objeto de protección y regulación”<sup>9</sup>.

Esta conceptualización de la familia jurídica tiene como consecuencia que a partir de las constituciones y posteriormente leyes, se regule el modelo o modelos que tendrán como elementos clave los vínculos entre las personas que la conforman con base en derechos y obligaciones; su interacción incluye los comportamientos que han sido parte a lo largo de la historia, posibles conflictos y soluciones, así como los programas o proyectos de asistencia a los que tengan acceso<sup>10</sup>.

---

8 Ibid., p. 110.

9 Valpuesta Rosario, “La protección constitucional de la familia”, *Revista de Derecho...* p. 130.

10 Ibid, p. 130.

Sí bien es cierto, las constituciones han reconocido de diversas formas la importancia de la familia, así como han desarrollado garantías para su protección, podemos nombrar como una de las pioneras a la Constitución de Weimar (14 de agosto de 1919), que se le reconoce como la fundadora del constitucionalismo social, puesto que en su texto enuncia principios vinculados a los derechos sociales, que, con el desarrollo de los Estados, hoy claramente se han convertido en obligaciones.

Por ejemplo, el artículo 143 abordaba la educación como deber del Estado a partir de los establecimientos públicos con un equipo docente que será formado para este fin y que es parte del funcionariado público. Mientras que, el artículo 161 trata a la salud desde su conservación en conjunto con la capacidad de trabajo, la maternidad y la previsión de las consecuencias económicas de la vejez, así como la enfermedad y los acontecimientos vinculados al desarrollo de la vida.

Esta constitución en su artículo 119 dice que: “**El matrimonio, fundamento de la vida familiar y de la conservación y aumento de la nación, queda bajo la protección especial de la Constitución.** Se basa en la igualdad jurídica de los dos sexos. Incumbe al Estado y a los Municipios mirar por la pureza, sanidad y mejoramiento de la familia. Las familias numerosas tienen derecho a medidas de protección compensadoras. La maternidad tiene derecho a la protección y auxilio del Estado”<sup>11</sup>.

A pesar, de que habla de la vida familiar como consecuencia del matrimonio, deja claro que la protección que le brinde el Estado, a través de la constitución es fundamental para la consolidación del país. Es decir, reconoce su rol frente al desarrollo de las sociedades.

---

11 Énfasis del autor.

Por esta razón, para Valpuesta: “La asunción de la familia por las constituciones supone, sin duda, una manifestación de la importancia que la misma tiene para el modelo de sociedad que se quiere, y responde a la necesidad de imponer los criterios que deben regir las relaciones entre sus miembros”<sup>12</sup>.

### 1.1 Los derechos humanos: La familia

La familia, así como el derecho a la vida familiar han sido reconocidos ampliamente en el marco interno, así como del derecho internacional de los derechos humanos, partiendo en importancia de la familia y cómo estos núcleos familiares son fundamentales para el desarrollo de la vida de los seres humanos.

Partiremos enunciando que los países parte del Proceso de Quito exceptuando Guyana, reconocen en sus constituciones la protección de la familia, sin enunciar quiénes son sus miembros, sino solamente desde una perspectiva amplia. Sin embargo, existen Estados que hacen énfasis en la importancia de esta institución para el desarrollo de la sociedad como: Bolivia (artículo 62), Brasil (artículo 226), Colombia (artículo 42), Costa Rica (artículo 51), Chile (artículo 1), Ecuador (artículo 67), Paraguay (artículo 49), Perú (artículo 4), República Dominicana (artículo 55) y Uruguay (artículo 40).

Esto tiene como grandes antecedentes normativos, la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 16.3 menciona que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”; y, la Declaración sobre el Progreso y Desarrollo en lo Social (1969), en su artículo 4 que además de

---

12 Valpuesta, Rosario, “La protección constitucional de la familia”... p. 134.

determinar su importancia, la vincula con el desenvolvimiento y bienestar de sus integrantes, en especial de niños, niñas y jóvenes.

Posteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en su artículo 23, agrega que la familia tiene derecho a gozar protección del Estado y de la sociedad; y, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) lo hace en su artículo 10, que basa la protección en la asistencia para la constitución de la familia, protección a las mujeres embarazadas y el cuidado especial de niños, niñas y adolescentes sin ningún tipo de discriminación.

A nivel de la región, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), también conocida como el Pacto de San José –que fue adoptada en 1969–, en su artículo 17.1 reconoce a la familia como institución que le genera obligaciones al Estado.

Con base en la CADH, la Declaración Interamericana de la Familia (1983), en su artículo 1 define que todas las personas y en especial los niños tienen derecho a una familia y la estabilidad de esta institución.

Sobre la amplitud de la familia y sus miembros, en los conceptos enunciados en sus constituciones, Brasil ha incluido cuestiones sobre la afinidad –sea esta por matrimonio o unión de hecho–; así también contempla como entidad familiar la comunidad formada por padre o madre con sus descendientes. Mientras que, en el caso de Ecuador, la familia se reconoce en sus diversos tipos. Estas son dos muestras de reconocimientos jurídicos (derechos y obligaciones) a favor de la familia con una perspectiva más incluyente.

Se podría definir de manera uniforme a la familia, considerando las diferencias sociales y culturales. Esto lo vuelve complejo, pero hay algo que supera los lazos de consanguinidad y de afinidad y esta es la convivencia, aquella que permite la construcción de las relaciones con base en los vínculos entre sus integrantes. Familias conformadas por abuelos, nietos, primos, entre otros. Este fue el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>13</sup>.

Claro está que el concepto de familia, responde a la realidad de cada Estado y esto puede crear diferencias en su entendimiento entre los países, algo que se convierte en una limitante para definirla de manera única<sup>14</sup>, sin que esto configure una salvedad para los marcos nacionales; es más, se convierte en un reto a partir del cual deben proteger su diversidad y a sus integrantes.

En las familias existen personas con especial situación de vulnerabilidad; por esta razón en específico sobre los niños, niñas y adolescentes, el Comité de los Derechos del Niño ha alertado que los Estados en materia migratoria deben preservar la unidad de la familia como principio vinculado al interés superior del niño<sup>15</sup>.

El análisis que deben realizar los Estados para precautelar a niños, niñas y adolescentes ante un escenario de separación con sus progenitores o tutores, obliga a que se supere el concepto

---

13 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Johansen contra Noruega*, 27 de junio de 1996, párr. 76, disponible en formato html: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,5a2fa9934.html>

14 Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 19*, 39º período de sesiones 1990, párr. 2.

15 Comité de Derechos del Niño, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, 29 de mayo de 2013, párr. 66.

tradicional, ampliándolo a padres adoptivos y familiares de acogida<sup>16</sup>.

Sobre las graves consecuencias de la aplicación de normas migratorias contrarias a la protección de la familia, vale la pena escuchar la investigación realizada por el Washington Post<sup>17</sup>, durante el 2017. La historia de María Chic Reynoso y Adelaida, de nacionalidad guatemalteca, madre e hija que fueron separadas como sanción por migrar irregularmente. A la primera la deportaron a su país, mientras que la menor de edad fue llevada primero a un centro de detención y posteriormente entregada a su tía que vivía en la Florida. Pasaron 4 años, sin que se pudieran ver hasta que Estados Unidos le brindó una visa a María. El quebrantamiento del lazo familiar ha impactado y alterado la vida de estas dos personas.

Por estos motivos, la integración de la familia fue resuelta por la Corte IDH en el *Caso Loayza vs. Perú*, en la que este alto tribunal comprendió que su concepto debe ser flexible y amplio, superando la definición antropológica que se limita al núcleo; debe mirar con perspectiva amplia a los miembros de la familia<sup>18</sup>, y comprender que su protección no se reduce al “modelo tradicional” ni al matrimonio<sup>19</sup>.

---

16 Comité de Derechos Del Niño, *Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, 29 de mayo de 2013, párr. 59.

17 *Washington Post*, “A Way Back to Adelaida”, 4 de febrero de 2022. Disponible en formato html: [https://www.washingtonpost.com/podcasts/post-reports/a-way-to-back-to-adelaida/?tid=aud\\_rsslink&utm\\_source=podcasts&utm\\_medium=referral&utm\\_campaign=post-reports](https://www.washingtonpost.com/podcasts/post-reports/a-way-to-back-to-adelaida/?tid=aud_rsslink&utm_source=podcasts&utm_medium=referral&utm_campaign=post-reports)

18 Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, párr. 90, disponible en formato html: <https://www.refworld.org/es/type/CASELAW,,,57f76e448,0.html>

19 Corte IDH, *Caso Atala Rifo y niñas vs. Chile*, Sentencia 24 de febrero de 2012, párr. 142, disponible en formato html: <https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/>

## 1.2 Las familias y la aplicación de las personas en contexto de movilidad humana

Como se manifestó anteriormente, el reconocimiento jurídico por parte de los Estados de la familia es el camino que brinda derechos y obligaciones, no solamente a la institución como tal, sino que abarca a sus integrantes. Ante este escenario, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha analizado que la aplicación de los marcos internos no puede constituirse por sí mismo una limitante para el goce del derecho que tienen las personas, puesto que esto sería una complicación que quiebre el sentido y alcance del acceso en igualdad de condiciones<sup>20</sup>.

En el contexto interamericano, contamos con dos claros antecedentes. Por una parte, la Opinión Consultiva 18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que si bien es cierto la facultad de determinar las políticas migratorias relativas al ingreso, permanencia o salida de personas es de exclusividad de los Estados<sup>21</sup>, estas normas deben ser compatibles con aquellas que se han enfocado en la protección de los derechos determinados en la CADH (*Caso Vélez Loor vs. Panamá*)<sup>22</sup>.

Esta discusión entre las normas migratorias y la protección de la familia fue resuelto por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, definiendo que los Estados están obligados según lo determinado en los artículos 17 y 23 del PIDCP, a que

---

seriec\_239\_esp.pdf

20 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Mark REES v/the United Kingdom*, 15 de marzo de 1984, p. 87, disponible en formato html: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{{itemid}}:\[«001-74130»\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{{itemid}}:[«001-74130»])

21 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, p. 26.

22 Corte IDH, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, Sentencia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2010, párr. 97, disponible en formato html: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/8140.pdf>.

no se lleven a cabo arbitrariedades –en este caso en contra de las familias de las personas en contexto de movilidad humana–, puesto que de llevarse a cabo este tipo de acciones, claramente existiría una injerencia estatal y en consecuencia, dificultades para las familias<sup>23</sup>.

A pesar de que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados no aborda de manera directa el derecho a la reunificación familiar, la Conferencia Final de Plenipotenciarios, para completar la redacción de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y de un Protocolo referente al Estatuto de los Apátridas<sup>24</sup>, recomendó que se proteja la unidad familiar. Algo que fue considerado por la Declaración de Cartagena de 1984 como un principio fundamental, que 20 años más tarde sería parte del Programa Asilo de Calidad, que tenía como objetivo reforzar los procedimientos de reunificación.

Cabe mencionar que uno de los grandes temas de discusión se centró en los métodos para determinar los vínculos y ahí es cuando el principio de dependencia entre la persona refugiada y sus familiares, tiene un rol fundamental, a la luz de las discusiones llevadas a cabo en el seno del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (EXCOM) como entidad asesora de la Asamblea General.

Con estos antecedentes, el principio de dependencia debe ser entendido desde tres aspectos: este puede ser sentimental/afectivo y/o económico; se debe presumir que los hijos menores de 18 años son dependientes de la persona refugiada; y, que sobrepasa

---

23 Comité de Derechos Humanos, *Shirin Aumeeruddy-Cziffra y otras 19 mujeres de Mauritania vs. Mauricio*, CCPR/C/12/D/35/1978, 9 de abril de 1981, párr. 9.2 (b) 2 (i), disponible en formato html: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/319>.

24 Disponible en formato html: <https://www.acnur.org/5b076e3e4.pdf>.



la familia nuclear y debe contemplar las relaciones existentes con la persona que se encarga de mantener y cuidar a la familia<sup>25</sup>.

En el ámbito de las personas migrantes, la Convención internacional sobre los trabajadores migratorios de 2003, tampoco trata a la reunificación familiar de manera directa, pero solicita a los Estados que permitan que se reúnan, así como protejan la unidad familiar.

## **2. La aplicación de la reunificación familiar por parte de los Estados parte del proceso de Quito**

Cuando hablamos de personas en contexto de movilidad humana nos referimos a migrantes, refugiados, solicitantes de refugio, apátridas, desplazados internos, personas retornadas e incluso las personas que son víctimas de delitos como la trata y/o tráfico de personas.

Es decir, todas las personas son parte de los grupos en situación de especial vulnerabilidad, lo que quiere decir que los Estados deben brindarles atención de manera prioritaria, de acuerdo a sus necesidades, algo que claramente se ha venido presentado como un reto.

En este sentido, cuando analizamos las normativas aplicadas a los de personas refugiadas y migrantes de los 14 Estados que son parte del Proceso de Quito, se reconoce el estatuto o la calidad migratoria a ciertos miembros de su familia.

Este reconocimiento, es parte fundamental para que se lleve a cabo la reunificación familiar, puesto que la definición de

---

25 ACNUR, *Consultas Anuales Tripartitas sobre el Reasentamiento*, 20 y 21 de junio de 2001, Ginebra, párr. 13.

los miembros que pueden acceder a este procedimiento marca grandes diferencias. Si bien es cierto se busca que, en el caso de las migraciones, estas sean ordenadas, los elementos que obligan a la gente a moverse de un lugar a otro cuentan con varias aristas, sobre todo en casos de personas refugiadas donde la violencia no permite en ocasiones portar ni siquiera los documentos de identidad.

Ahora bien, los datos que se obtienen de las normativas internas, plantean con las siguientes reflexiones:

a. Personas refugiadas

- Los familiares de una persona refugiada que sean su cónyuge o pareja de hecho, hijos e hijas (familia tradicional) pueden acceder a la reunificación familiar en todos los países exceptuando Guyana, país que no ha suscrito ni ratificado la Convención sobre el Estatuto de los refugiados;
- Frente a estos conceptos cerrados, también nos encontramos con legislaciones que han buscado comprender las complejidades a las que se enfrentan las familias de una persona refugiada. Por ejemplo: Bolivia, añade a los hijos e hijas con discapacidad, hermanos y hermanas de la persona refugiada que dependan económicamente, al igual que niños, niñas y otras personas que se encuentren bajo su tutela jurídica.
- Por otro lado, tenemos a Brasil que deja abierto sin límite de edad este proceso a familiares que se encuentren entre el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, mientras que México y Uruguay limitan los lazos conyugales al segundo grado.

- El tratamiento para los hijos y las hijas mayores de edad, tiene las siguientes características: menores de 25 años (Colombia); en el caso de Panamá añade que se encuentre estudiando; y, mayores de 25 años, solteros y que se encuentren estudiando (Costa Rica);
- Finalmente, podemos mencionar que la dependencia económica como elemento trascendental se aplica para los familiares que se encuentran fuera de los cónyuges e hijos menores de edad, y de esta manera es aplicado por Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, México, Panamá y Perú. En su lugar, Chile ha contemplado tanto a ascendientes como descendientes, siempre y cuando se encuentren bajo su tutela, es decir, vinculado a temas judiciales.

#### b. Personas migrantes

- Sucede algo parecido con las personas refugiadas. Los familiares de una persona migrante que pueden acceder a su calidad migratoria en los 14 Estados se basan en la familia tradicional (cónyuge e hijos menores de edad, que en el caso de Guyana, son 16 años);
- Para los hijos mayores de edad, se contemplan: con discapacidad (Argentina); hasta 24 años, que estudien (Brasil); menores de 25 años, con discapacidad (Chile); mayores de 25 años, que estudien (Panamá); y, hasta 28 que se encuentren cursando estudios superiores o técnicos (Perú);
- La familia entendida más allá del cónyuge, los hijos y las hijas menores de edad ha sido integrada por: primer grado de consanguinidad (Bolivia, Brasil y Chile) mientras que Costa Rica añade el primer grado de afinidad; segundo grado de

- consanguinidad y afinidad (Ecuador y Brasil); hermano o hermana soltero menor de edad (México); hijos del cónyuge (Perú); cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad (Uruguay);
- La dependencia económica se repite como requisito en: Brasil, Chile, Panamá y Perú. Sin embargo, actuaciones como la de Costa Rica, merecen ser catalogadas como buena práctica, puesto que se limita a enunciar otros familiares dependientes, lo que da la posibilidad de centrarnos en los vínculos emocionales.

**Tabla 1: Normativa aplicada a familiares de personas refugiadas y migrantes**

<b>País</b>	<b>Refugiados</b>	<b>Familia</b>	<b>Migrantes</b>	<b>Familia2</b>
Argentina	Ley No. 26.165	Tradicional	Decreto 616	Tradicional+hijos/as solteros menores de edad+ hijos/as mayores con discapacidad
Bolivia	Ley No. 251	Tradicional + hijos/as con discapacidad+hermanos/as (económico)+ niños, niñas, adolescentes, adultos que se encuentren bajo su tutela	Reglamentación del Decreto Supremo No. 1923	Tradicional+primer grado de consanguinidad o afinidad+adopción o tutela

Brasil	Ley No. 9474	Tradicional + cuarto grado de consanguinidad+afinidad que dependan económicamente	Orden Ministerial No. 12	Tradicional+padre y madre+hijos/as menores de 24 años que estudien o no importa la edad si dependen económicamente+descendientes y ascendientes hasta el segundo grado de afinidad o consanguinidad+hermano/a menor de 18 años o hasta los 24 que estudie o cualquier edad que dependa económicamente + persona brasileña bajo tutela, curaduría o guarda
Chile	Ley No. 20.430	Tradicional+ascendientes y descendientes que se encuentren bajo su tutela	Ley 21325	Tradicional+padres que dependan económicamente+hijos/as menores de 25 años+ hijos con discapacidad
Colombia	Resolución No. 6045	Tradicional+dependientes económicos como hijos/as menores de 25 años	Resolución No. 6045	Tradicional
Costa Rica	Reglamento de Personas Refugiadas	Tradicional+hijos/as mayores de 25 años solteros o que estén estudiando+ familiares en primer de consanguinidad y afinidad+padre, madre o suegros mayores de 60 años+ personas menores de edad de los cuales tenga tutoría	Ley General de Migración y Extranjería	Tradicional+otros familiares dependientes incluyendo primer grado de consanguinidad o afinidad
Ecuador	Acuerdo Ministerial 015	Tradicional+ segundo grado de afinidad o consanguinidad	Reglamento de la Ley Orgánica de Movilidad Humana	Tradicional+segundo grado de consanguinidad o afinidad
Guyana			<i>Immigration Act</i>	Tradicional (hijos/as menores de 16 años)

México	Reglamento sobre la ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político	Tradicional+ cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad que dependan económicamente	Reglamento Ley de Migración	Tradicional+padre o madre+hijos /as del cónyuge menores de edad+hermanos/as del residente solteros y menores de edad
Panamá	Decreto Ejecutivo No. 5	Tradicional+hijos/as solteros hasta los 25 años económicamente dependientes y estén estudiando+1er grado de afinidad	Decreto Ley No. 3	Tradicional+padre o madre+hijos mayores hasta 25 años que estudien y sean dependientes económicos
Paraguay	Ley 1938	Tradicional	Resolución No. 062	Tradicional
Perú	Reglamento de la Ley de Refugio	Tradicional + personas dependientes económicamente	Decreto Ejecutivo No. 1350	Tradicional+hijos/as mayores hasta los 28 años soltero que se encuentre estudiando su carrera o cuestiones técnicas+hijos/as con discapacidad+hijo menor de edad del cónyuge+hijo mayor de edad del cónyuge, soltero con discapacidad+1er grado de consanguinidad o afinidad ascendiente del cónyuge
República Dominicana	Ley General de Migración	Tradicional	Reglamento de aplicación de la Ley General de Migración	Tradicional+familiares dependientes
Uruguay	Ley No. 18.076	Tradicional+cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad	Decreto 349	Tradicional+ cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad

*Fuente:* Normas nacionales.

*Elaboración:* Autor.

### **3. Hacia dónde debe caminar la protección del principio de reunificación familiar de las personas refugiadas y migrantes de Venezuela**

Se ha hablado de dos grupos de personas en contexto de movilidad humana: migrantes y refugiados. Ambos se encuentran en situación especial de vulnerabilidad, pero a la vez, ameritan distintos mecanismos de protección.

Así, por ejemplo, las personas refugiadas son aquellas que se han visto obligadas a salir de sus países debido a fundados temores de ser víctimas de persecución por su raza, su religión, su nacionalidad, la pertenencia a un grupo social o sus opiniones políticas; y, como resultado de esto no puede o no quiere acogerse a la protección de su Estado, por lo que busca que otro país le pueda asegurar sus derechos<sup>26</sup>.

En el caso de nuestra región, contamos con una definición ampliada, la que elimina la vinculación individual de los motivos de la persecución y construye circunstancias generales como: la violencia generalizada, la agresión extranjera, conflictos internos, las violaciones masivas de los derechos humanos u otras circunstancias que perturben de forma grave el orden público, que pueden afectar la vida, integridad o seguridad de las personas que se han visto obligadas a huir<sup>27</sup>.

Basándose en que estas personas han huido de sus países por cuestiones ajenas a su voluntad, cuentan con principios para su protección como<sup>28</sup>:

---

26 Convención de 1951 sobre los refugiados y del Protocolo de 1967.

27 Declaración de Cartagena de 1984.

28 CIRERCA, *Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados*, Ciudad de Guatemala, 1989, párrs. 45-60.

- No devolución, es decir no pueden ser expulsados o devueltos a su país donde su vida, libertad o seguridad se encuentren en riesgo y no está vinculada a su reconocimiento como refugiada, por lo cual cuenta con características de *jus cogens*;
- Tratamiento basado en los derechos humanos que incluyen: protección de la familia, derechos del niño, la nacionalidad, derechos políticos y las garantías del debido proceso (CADH);
- La carga de la prueba se invierte, la persona solicitante de refugio no tiene una obligación de portar consigo pruebas de la persecución, sino que el Estado receptor es el obligado a realizar una búsqueda de información de país de origen, mientras que el relato de la persona debe persuadir a su entrevistador de la veracidad de los hechos relatados; y,
- La flexibilidad de requisitos ha permitido que cualquier documento de identidad más allá de pasaportes, puedan ser aceptados aun cuando hayan vencido; no es necesaria la presentación de otra documentación apostillada, llegándose a subsanar varios faltantes a través de una declaración juramentada.

Mientras que, según la OIM, las personas migrantes son:

Toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones. Este término comprende una serie de categorías jurídicas bien definidas de personas, como los trabajadores migrantes; las personas cuya forma particular de traslado está jurídicamente definida, como los migrantes objeto de tráfico; así como las personas cuya situación o medio de traslado no estén expresamente definidos en el derecho internacional, como los estudiantes internacionales<sup>29</sup>.



Las diferencias son amplias y por esta razón, las normas aplicables a este escenario, en particular a las personas venezolanas, han tenido varias fases y tónicas que han ido desde el cierre de las fronteras, la solicitud de documentos de identidad originales, no expirados y en buenas condiciones, permisos de salida para menores o documento de antecedentes penales notariados y apostillados hasta la aceptación de documentación vencida.

Cabe mencionar que la aplicación de estas normas ha sido realizada sin un enfoque claro, es decir, deben ser adoptadas para refugiados como migrantes, pero ahí nos encontraremos con problemas, porque si por un lado se flexibilizan los requisitos documentales, ¿qué sucede con estas personas que acceden en su mayoría a procesos de regularización migratoria –sobre todo por su rapidez, que en promedio no superan los dos meses, mientras que los procesos de refugio pueden tomar más de seis—?

Recordemos que una de las prioridades de una persona que no se encuentra en su país, es el contar con documentación migratoria. Sin embargo, a pesar de que debido al contexto público y notorio que atraviesa Venezuela, el mismo que podría ser catalogado como una grave crisis humanitaria que ha conllevado a la violación masiva de los derechos humanos y a la alteración del orden público.

Así por ejemplo podemos mencionar:

- Argentina (Disposición 520/2019) aceptó el ingreso de personas de Venezuela con cédula de identidad o pasaporte vencidos que no excedan los 2 años y de 3 años Panamá (Decreto Ejecutivo 1316) y de 5 en el caso de Ecuador (Decreto Ejecutivo 826) ; mientras que Bolivia (Resolución 274/2020) los aceptó sin límite de tiempo al igual que Brasil (Orden Ministerial No. 21-DIREX), Colombia (Resolución

- 872), Costa Rica (Resolución No. AJ-060-04-2019-JM), Perú (Resolución de Superintendencia No. 000177-2019) y República Dominicana (Resolución No. 02-DGM-2021). Mientras que Chile (Resolución 2087) aceptó los pasaportes expedidos desde el 2013;
- Las fotocopias y documentos vencidos de identidad de niños y niñas venezolanos eran aceptados en Bolivia (Resolución 148/2020) y Costa Rica (Resolución No. AJ-060-04-2019-JM);
  - No es necesario presentar los documentos apostillados o legalizados en Paraguay (Resolución No. 062); y,
  - La implementación de la regularización migratoria fue implementada por: Bolivia (Decreto Supremo 3676); Brasil (Orden Interministerial MJSP/MRE No. 19); Colombia (Resolución No. 0971); Costa Rica (Resolución No. DJUR-0164-10-2020); Ecuador (Acuerdo Ministerial No. 103); Panamá (Decreto Ley No. 3); Paraguay (Resolución No. 062); Perú (Decreto Supremo No. 001-2018-IN); y República Dominicana (Resolución No. M-MIP-EXT-00119-2021).

Frente a esta flexibilización en el ámbito migratorio que es bastante interesante, nos encontramos con los sistemas de asilo que cada vez son más rigurosos. Una muestra de ello es el tiempo que se brinda a las personas solicitantes de refugio. Por ejemplo: Bolivia brinda el plazo de 90 días al igual que Ecuador; sin embargo, solamente se receptan solicitudes en casos de fuerza mayor o caso fortuito; Colombia, dos meses término (días laborables); México, 30 días término; mientras que República Dominicana tan solo 15 días.

Frente al 50 % de los países que son parte del Proceso de Quito, la otra mitad ha considerado que la protección de las

personas refugiadas, amerita la eliminación de plazos o términos que limiten el acceso al procedimiento.

**Tabla 2: Tiempos para solicitar refugio**

Países	Tiempo
Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Paraguay, Perú y Uruguay	✓
Bolivia, Colombia, Ecuador, México y Panamá	⏸
República Dominicana	✗

Fuente: Normativa de refugio de los países.

Elaboración: Autor.

A esto se debe sumar, que en general, no existe en las leyes o reglamentos de refugio, explicación expresa sobre el tiempo que tomaría el trámite, algo que obviamente merma la seguridad jurídica. En ciertos casos, por temas administrativos, ese tiempo puede superar los seis meses o, como en el caso de Panamá, incluye la evaluación del hogar y del área de residencia (Decreto Ejecutivo No. 5).

Sí bien es cierto todo tipo de norma o procedimiento ejecutado por los Estados –en este caso para proteger a las personas migrantes de Venezuela– es una muestra del compromiso frente a sus obligaciones internacionales, debe ser parte del debate que estos mecanismos no terminan siendo los adecuados frente a una población que no puede regresar a su país de origen, donde claramente existe un escenario que pone en riesgo su vida, libertad e integridad.

La protección de los derechos humanos por parte de Venezuela se ha convertido, desafortunadamente, en una constante. El Comité de Derechos Humanos manifestó su preocupación por la debilidad del sistema democrático mediante la intromisión de la Corte Suprema de Justicia, en la que se eligieron los miembros del Consejo Nacional Electoral sin que exista un conceso político y sin la representación de la oposición. A esto se agrega las restricciones mediante la sanción de cárcel a las personas que ejerzan los derechos de libertad de expresión y acceso a la información<sup>30</sup>.

Por esta razón, la Declaración de Cartagena se convirtió en instrumento para la protección amplia de las personas refugiadas. Sin embargo, después de su aplicación en Centroamérica, Brasil y Ecuador son de los pocos que han llevado a cabo esto en sus países.

Mediante Acuerdo Ministerial 1 publicado en el Registro Oficial 584 de 6 de mayo de 2009, se ratificó la Carta de Entendimiento entre el Gobierno de la República del Ecuador y ACNUR, con el cual se apoyaba la ejecución del registro ampliado en la frontera norte, específicamente en las provincias de Esmeraldas, Tulcán, Imbabura, Sucumbíos y Orellana, limítrofes con Colombia.

El Ecuador, junto a ACNUR, construyeron una base de información de país de origen (Colombia), a partir de datos concretos sobre departamentos, municipios y veredas colombianas con índices de violencia generalizada, así como en lugares donde ocurrían persecuciones por cuestiones de pertenencia a grupos sociales determinados, sexo, religión o ideología política.

---

30 Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Intervención de Michelle Bachelet, Sesión 44, 2 de Julio de 2020, Ginebra.

Esta normativa y su política pública permitieron la ejecución de un nuevo proceso con base en Cartagena del 84, entre marzo del 2009 y marzo del 2010, cuyo resultado fue el reconocimiento de 27.774 ciudadanos colombianos como refugiados en el Ecuador. Si estas personas se suman a los refugiados reconocidos con anterioridad, en Ecuador habrían 53.000 ciudadanos colombianos en calidad de refugiados, es decir. casi el 98%.

## Conclusiones

- Los procesos de regularización migratoria, así como de flexibilización en requisitos de los diversos países del Proceso de Quito, son importantes a pesar de que en su implementación no cuentan con principios como la no devolución; esto podría causar la invisibilización de la situación de los refugiados de Venezuela.
- Es necesario reforzar los procesos de solicitud de refugio que incluyan elementos claros sobre requisitos, tiempos de resolución, eliminación de tiempo para su presentación y el tratamiento preferencial para los procesos de reunificación familiar.
- Las familias se ven afectadas cuando uno de sus familiares se encuentra en contexto de movilidad humana. Se vuelve necesario adecuar las legislaciones a familias extensas.
- A partir de la información que es de conocimiento público, los diversos informes de los sistemas regional y universal de derechos humanos sobre la situación de Venezuela, deberán ser usados para implementar mecanismos de protección a favor de la población de este país que se ha visto obligada a salir, que claramente es refugiada y que debería contar con la

protección que amerita.

- La normativa internacional de refugio fue pensada como herramienta para enfrentar circunstancias históricas. Desafortunadamente, sus víctimas no han cesado y en la actualidad hay que agregar las resultantes de lo que sucede en Afganistán, Siria, Venezuela o Ucrania. Por estos motivos, la región debe trabajar en la elaboración de una guía que permita conceptualizar la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, las violaciones masivas de los derechos humanos u otras circunstancias que perturben de forma grave el orden público.
- Finalmente, lo que viene pasando en Haití debería ser, al menos, tema de discusión en la región para integrar la categoría de refugiados ambientales, para todos aquellos que han perdido sus proyectos de vida y sus espacios para vivir, a causa de los desastres naturales.

# Tratamiento actual de datos personales de salud e intimidad humana

Diego Mendy\*

## Introducción

El tiempo actual se caracteriza por una marcada convergencia tecnológica entre paradigmas físicos, digitales y biológicos, provocando un alto grado de indefinición en los contornos de cada uno. Las consecuencias de este fenómeno se materializan en grandes transformaciones que impactan en la manera que transitamos nuestra vida<sup>1</sup>, de las cuales el sector de la salud no resulta extraño. Esta época digital aprovecha como nunca la información que es generada a partir de los datos sobre la base de sistemas de conectividad y avanzadas tecnologías de computación.

En este contexto es donde tiene lugar la **salud digital** con la pretensión de realizar un impacto positivo en la gestión, planificación y evaluación de la atención en salud, de manera

---

\* Abogado titulado por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Doctorando en Derecho (UNR). Docente de Introducción al Derecho, Derecho Privado Parte General, Filosofía del Derecho y Derecho de la Salud (FDER UNR). Secretario del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social (FDER UNR). Tesorero del Centro de Investigaciones de Derecho de la Salud (FDER UNR). Integrante del Observatorio de Salud Mental y Adicciones del Centro de Estudios Interdisciplinarios (CEI UNR).

1 Basco, Ana Inés; Beliz, Gustavo; Coatz, Diego; Granero, Paula, *Industria 4.0, Fabricando el futuro*, Banco Interamericano de Desarrollo, 2018. Disponible en <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Industria-40-Fabricando-el-Futuro.pdf> (Consultada el 23 de marzo, 2022).

que perfeccione estándares de calidad, eficiencia, efectividad y sostenibilidad de los sistemas sanitarios.

El universo de la salud digital es integrada por distintos componentes (telesalud, historia o expediente clínico electrónico, receta digital o electrónica, inteligencia artificial y robótica aplicada a salud, entre otros), pero todos estos componentes comparten una problemática que los atraviesa y configura en la actualidad y que es el principal tema de debate en esta materia: la protección de los **datos personales de salud**. Estos datos funcionan como materia prima de todos los componentes que señalamos antes y la mejor estrategia para su aseguramiento aún se discute.

La revolución tecnológica hizo inevitable su contacto con el área del cuidado de la salud, con múltiples aportes positivos: la posibilidad de profundizar la medicina preventiva; multiplicar el conocimiento médico y potenciar su difusión; empoderar el rol del paciente, con un papel más activo, etc. La aplicación de nuevas tecnologías en salud es una realidad en constante crecimiento. En el último tiempo, la inteligencia artificial ha tenido una acelerada aplicación en esta materia. En 2019 ocupó el cuarto lugar en el gasto de todos los sectores dedicados a la atención de la salud, con aproximadamente 80.000 millones de dólares. Se estima que este crecimiento se mantenga en tasas anuales promedio de un 38 % para 2022<sup>2</sup>.

Este fenómeno se enmarca en un contexto general de digitalización de la vida en todos sus aspectos. Los nuevos paradigmas de virtualidad y servicios a distancia, los cuales experimentaron un crecimiento exponencial durante la pandemia por COVID-19, lejos de resultar una “moda pasajera”, lograron penetrar en los modos de vida de sectores mayoritarios de la

---

2 Lehtinen, Lucas; Fruet Walter, Agustina. “Inteligencia artificial y salud, en tiempos de pandemia”, Lejister, 2020, Cita online: IJ-CMXVI-977.



sociedad. Así, es de esperar que en el corto y mediano plazo aumente la demanda de servicios virtuales de todo tipo, incluido el sector salud. Ante este panorama se abre camino los estudios sobre “salud digital”, concepto que incorpora a las tecnologías de la información y la comunicación en productos, servicios y procesos de atención de la salud. Desde lo jurídico, la salud digital necesita respuestas que integren componentes tanto del Derecho de la Salud como del Derecho de la Alta Tecnología. Así, desde la salud digital es posible recorrer los clásicos problemas que se abordan desde el Derecho de la Salud y reconfigurar esas respuestas para que resulten compatibles con los entornos digitales.

Sin embargo, este avance de la virtualidad en la vida en general, y en el sector salud en particular, pone a la humanidad frente a muy concretos riesgos existenciales. Nuestras vidas están cambiando de tal manera que vemos alterada nuestra propia identidad personal, nuestra forma de relacionarnos, de comprender el mundo que nos rodea y de enfrentarnos con la propia finitud de nuestra existencia. La forma primaria de afectación se observa en relación a la tradicional idea de “intimidad humana”. Este marco de riesgo resulta más intenso cuando la vulneración de la intimidad viene a través de los datos personales de salud, identificados en la mayoría de las técnicas legislativas de la región como un tipo de “datos sensibles”.

La norma ampara la recolección de datos siempre que se lleve adelante cumpliendo diferentes requisitos, siendo los dos principales el consentimiento y la anonimización. La eficacia de estos mecanismos para advertir y resguardar a los pacientes que brindan sus datos provoca cuestionamientos acerca de cuál es la mejor forma de garantizar un tratamiento seguro.

Esta tensión manifiesta entre los beneficios y los eventuales perjuicios de las tecnologías actuales en salud ha quedado

expuesta durante la pandemia por COVID-19. Por un lado, el crecimiento exponencial de aplicaciones móviles estatales eficaces para el rastreo de casos, que permitieron el seguimiento epidemiológico al mismo tiempo que se flexibilizaban los sistemas de aislamientos sociales. Por el otro, los marcos de protección de la intimidad del paciente resultan difusos, no teniéndose en cuenta principios como el de intrusión mínima, justificación de la recolección, información del destino de los datos, etc.

A continuación, se realiza un repaso de las principales soluciones jurídicas actuales que se ofrecen desde el ordenamiento normativo argentino a esta problemática luego de exponer las tensiones más representativas del aparente conflicto entre **salud** e **intimidad**.

## 1. El dato de salud como una nueva categoría

La tradicional concepción del dato de salud, vinculada a los derechos personalísimos y su protección de carácter individual, restringe fuertemente las posibilidades de aprovechamiento en el campo de la estadística y la investigación (entre otros), cuestionada en estos últimos tiempos ante la necesidad de construir un nuevo paradigma. Esta visión “abierta” del dato de salud cuestiona distintas respuestas jurídicas vigentes en la actualidad.

En este sentido, la doctrina ha considerado tradicionalmente al dato de salud dentro de una categoría de protección específica denominada “datos sensibles”. Esto ha sido reflejado por la legislación argentina, por lo que actualmente los datos en salud comparten espacio con otros referidos a las opiniones políticas, creencias religiosas, afiliación sindical, etc. Como consecuencia, este conjunto diverso de información se encuentra bajo ciertas

reglas generales que se aplican sin reconocer particularidades en cada uno de ellos. Es común encontrar, como un principio para la protección de los datos, la limitación de la conservación de estos hasta el cumplimiento del propósito que originó la recolección. Sin embargo, otras posturas afirman que el dato en salud cuenta con ciertos principios específicos que desembocan en soluciones distintas. El dato individual en salud hace a una carga colectiva que no siempre es compartida por otros datos “sensibles”, como puede ser el caso de los religiosos, políticos o sindicales, más vinculados a aspectos individuales de la persona. La existencia de enfermedades de transmisión genética constituye una información cuya utilidad no se agota con la vida del titular del dato, sino que seguirá representando valor a lo largo de varias generaciones familiares. Por esto creemos que necesaria la conservación del dato, en equilibrio con el respeto a su confidencialidad y seguridad, pero como dato que colabore con la toma de decisiones en materia de salud pública e investigación.

Por otro lado, son sólidos los acuerdos considerando que el único dueño o titular de los datos es la persona humana, que en el ámbito de la salud estaría representado por el paciente-ciudadano sanitario. Sin embargo, esa titularidad ha planteado la pregunta en torno a si es posible comercializar o monetizar los datos de salud. Algunas posturas consideran que la persona, en su carácter de titular, puede efectuar las transacciones que la ley permita, siempre y cuando preste su consentimiento de forma libre. Se afirma que mientras esos datos sean tratados bajo los principios que rigen su protección (confidencialidad, seguridad, anonimización, etc.) ningún daño es provocado a la persona que libremente se desprende de información personal a cambio de un interés económico. Otros, por el contrario, sostienen que la calidad especialísima del dato en salud prohíbe

cualquier tipo de comercialización<sup>3</sup>. En sintonía con lo que regula la legislación local en materia de disposición del cuerpo humano o derechos personalísimos (de profunda vinculación con la salud y en particular con la salud digital, por ejemplo, con relación a la privacidad o intimidad), esos datos se mantienen fuera del comercio y resultan inalienables. La pregunta se vuelve interesante cuando se expone el mercado que existe hoy en día con los datos personales: muchos de nosotros intercambiamos nuestros datos por accesos a páginas web, personalizaciones de aplicaciones y redes sociales, cuyos términos y condiciones de uso no siempre están en la misma sintonía. Lo mismo ocurre, cuando el dato se traslada a su guarda transfronteriza donde existen otro tipo de normas en relación con el acceso y posibilidad de cesión.

Estos debates con profundas aristas bioéticas que se están produciendo en los modelos de gestión sanitaria en todo el mundo, sirven para ejemplificar las principales controversias que existen en la actualidad dentro la literatura especializada en datos de salud. La identificación de estas posturas será de utilidad al momento de tener que diseñar nuevas estrategias jurídicas al respecto. El sentido con que se decida regular estos puntos será crucial para el desarrollo de diferentes actividades digitales. Si el legislador adopta una postura de rechazo cerrado, colocará al país como un territorio hostil en el cual se desalentará la investigación e inversión en mejores servicios de salud. Por el contrario, una posición laxa podría derivar en la conculcación de derechos elementales<sup>4</sup>.

---

3 Cantoral Domínguez, Karla, *Derecho a la protección de datos personales de la salud*, México, Novum, 2012.

4 Martínez Novem, Ricard, “Big data, investigación en salud y protección de datos personales ¿Un falso debate?” en *Revista valenciana d’ estudis autonòmics*, No. 62, España, 2017, págs. 235-280.

## 2. Tensiones axiológicas entre salud e intimidad

En Argentina, actualmente se utiliza el análisis de *big data* en relación al estudio de la *tripanosomiasis americana*, comúnmente denominada “mal de Chagas”<sup>5</sup>. Lo que se busca es diseñar un mapa actualizado de riesgo de la enfermedad, mediante el procesamiento y vinculación de grandes cúmulos de información pública, dentro de los cuales se incluyen información de oficinas de censos y estadísticas, ministerios de salud provinciales, base de datos geográficos e información de diversos efectores de salud, tales como clínicas, postas sanitarias y hospitales. A su vez, también se incluirá el análisis de registros de llamados telefónicos, que, si bien no cuantifica la cantidad de datos, permitirá la creación de un patrón de movimientos migratorios, factor de especial importancia en relación al proceso de expansión de la enfermedad.

El manejo de grandes datos en materia de salud también puede ayudar a fortalecer criterios de igualdad, tal como se está demostrando hoy en China. En el país oriental los recursos del sistema de atención sanitaria se encuentran distribuidos de forma desigual, concentrando los mejores profesionales y los hospitales más preparados, las ciudades centrales. La ciencia de datos puede ayudar a revertir esto. Actualmente, estos vicios buscan corregirse mediante inteligencia artificial, es decir, la combinación de algoritmos planteados con el propósito de crear máquinas que simulen las mismas capacidades que el ser humano. Esta es complementada a su vez con telemedicina. Ambas herramientas se utilizan en las zonas rurales chinas para diagnosticar y tratar primariamente personas con enfermedades coronarias, diabetes e hipertensión, realizando a distancia electrocardiogramas y análisis de sangre que luego serán

---

5 Puede ampliarse en <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/usaran-big-data-para-detectar-donde-se-esconde-el-chagas> 8-4-2022

revisados por los médicos de los hospitales de las grandes ciudades. Para esto se utilizan dispositivos que permiten desde medir la presión sanguínea y la actividad eléctrica del corazón, hasta el análisis más rutinario de orina y sangre. Los resultados se cargan automáticamente en un sistema de datos para una mejor consulta en línea. Desde el año pasado, compañías trabajan en plataformas inteligentes que a través de inteligencia artificial puedan detectar etapas tempranas de cáncer y de esta forma potenciar las posibilidades de tratamientos a tiempo<sup>6</sup>.

Las aplicaciones de salud digital cuentan con innumerables beneficios, entre los cuales no corresponde dejar de mencionar la optimización de los recursos, tanto económicos como humanos. El financiamiento de los sistemas de atención de la salud, especialmente en aquellos que resultan públicos, es un tema de agenda en varios países a nivel mundial. La tecnología puede resultar una aliada estratégica en el sostenimiento de estos sistemas, pero primero habrá que diseñar ingenierías financieras (mediante convenios de inversión y colaboración internacionales, etc.) para poder afrontar los costos iniciales de la instalación de la tecnología. Además, esta optimización puede lograrse en el campo de los recursos humanos permitiendo descomprimir los servicios de atención tradicionales (algo que fue necesario durante la pandemia por COVID-19). Esto no debe distorsionarse en la explotación de los equipos de salud y su precarización, ya que los beneficios de la salud digital de ninguna manera tienen que entrar en conflicto con los derechos del personal de salud.

Sin embargo, la cantidad de ventajas que acarrea la llegada de la ciencia de datos al campo de la salud no deben dejar de lado las dificultades que esto también supone. Las últimas novedades

---

6 Dai, Sarah. "A look at how China is using technology to improve rural access to quality health care", Hong Kong, 2018. Consultado el 8 de abril de 2022. Disponible en Internet: <https://www.scmp.com/tech/article/2135880/look-how-china-using-technology-improve-rural-access-quality-health-care>.

tecnológicas en el manejo de grandes volúmenes de información sensible sobre salud generan la aparición de diferentes dilemas que necesariamente implican un abordaje interdisciplinario, constituyendo una oportunidad para establecer pautas que permitan consolidar derechos que incorporen la perspectiva de la salud.

La masiva cantidad de datos que se dispone actualmente, tiene un gran valor en una sociedad globalizada. Si se suman a esto los nuevos desarrollos tecnológicos, se facilita el acceso a información sensible, lo que puede generar vulneraciones e intromisiones en la esfera de la intimidad y privacidad personal no consentidas siempre por el paciente. De esta forma, la nueva riqueza de esta época son los datos, por lo cual tanto las masivas bases privadas como las públicas son un interesante activo para gobiernos y grandes empresas privadas. Específicamente en materia de salud, el análisis de grandes volúmenes de datos mediante técnicas ofrecidas por la ciencia de datos ofrece un futuro prometedor para pronosticar tendencias y diagnosticar o prevenir enfermedades y epidemias.

Al tiempo que el *big data* se compromete a indagar sobre el comportamiento humano, se han percibido amenazas a principios y valores fundamentales, que incluyen la autonomía, la imparcialidad, la justicia, el debido proceso, la propiedad, la solidaridad y, sobre todo, la privacidad. Ante esas evidentes tensiones, algunos han tomado la decisión de prohibir abiertamente varias prácticas de la ciencia de datos, mientras que otros han advertido razonables motivos para tomar medidas preventivas contra el avance de la idea de que el *big data* compensará sus costos potenciales. Existen quienes están abocados a la construcción de una noción de intimidad que ofrezca la flexibilidad necesaria para que los resultados de la ciencia de datos puedan tener lugar, pero que al mismo tiempo se respeten los espacios más privados de la personalidad humana.

Esta es una situación familiar porque reedita muchas de las tensiones de larga data, que han caracterizado cada ola sucesiva de innovación tecnológica durante el último medio siglo, así como también su inevitable interrupción de las restricciones de la información a través de la cual se aseguró la intimidad.

El *big data* sanitario y sus alcances desafían, en muchos casos, las esferas de la intimidad humana. Existe una tensión entre el perfeccionamiento de la atención médica a partir del mejor análisis de los datos, y el alcance de las herramientas que se utilizan para recabar esta información. Los pacientes aparecen como sujetos vulnerables, cuyos derechos a la intimidad o al olvido se ven debilitados.

Todo a lo que se viene haciendo referencia es puesto en crisis por el nuevo paradigma de la ciencia de Datos. Esta impacta en la sociedad, sobre las instituciones, así como en este caso sobre la intimidad y sus garantías. En el mundo jurídico, casi siempre los problemas se dirigen a los límites, a los bordes, con especial interés cuando la controversia plantea la pugna entre derechos. Para defender el concepto de privacidad, ¿se pueden limitar o de alguna manera restringir la atención/investigación sanitaria? ¿Hay datos que obligatoriamente deben permanecer en el campo íntimo de la persona humana? Evidentemente la construcción del mundo privado hoy es mucho más flexible que hace un siglo, cuando se empezaba a definir sus contornos, a pesar del proceso de plusmodelación de la respuesta jurídica que el tema ha recibido en las últimas décadas.

Si bien nos concentramos mayoritariamente en la utilización de herramientas de ciencia de datos, las mismas consideraciones son aplicables a cualquier aspecto de la salud digital. El elemento que se repite en todos los casos es el de los datos personales de salud: si logramos construir una estrategia de protección de



datos<sup>7</sup> que establezca estándares aceptables desde una óptica humanista, habremos desbloqueado la respuesta al principal problema que se identifica en la salud digital.

En este sentido, resulta interesante analizar el caso de *Google Flu*, que trató sobre el tratamiento de datos durante la pandemia por el virus A/H1N1. Un año antes de que estallara la emergencia sanitaria, *Google* había introducido a través de su plataforma *Google.org* la herramienta *Google Flu Trends*, presentada con la finalidad de ayudar a predecir brotes de enfermedades con rapidez. Esta aplicación era capaz de analizar en tiempo real, en cualquier parte del mundo, la intensidad de las búsquedas vinculadas a la gripe A, y luego de compararla con modelos estimados previamente, predecir la intensidad de la enfermedad. Todo esto en el lapso de un día, reduciendo de manera drástica los plazos del sistema público.

Sin embargo, rápidamente *Google Flu Trends* transformó esas revolucionarias y eficientes predicciones en serios desaciertos: en determinados lugares, la herramienta pronosticó de forma excesiva a la realidad<sup>8</sup>. Algunos asignaron esta diferencia a una alteración maliciosa por parte de la empresa estadounidense en sus motores de búsqueda, con la intención de retener a aquellas personas que realizaban consultas acerca de los síntomas de la enfermedad y poderles así ofrecer más publicidad. De esta forma, *Google* retroalimentaba la intensidad de búsqueda y, como consecuencia, sobredimensionaba la pandemia. Esto atrajo grandes cuestionamientos hacia *Google Flu Trends* y, en general,

---

7 La estrategia a la cual nos referimos, además del estrictamente normativo, incorpora otros elementos igualmente importantes. Difícilmente se pueda alcanzar el éxito en las acciones emprendidas si los instrumentos normativos no cuentan con una sólida gobernanza mundial, regional y nacional en la materia

8 Butler, Declan. “When Google got flu wrong”, en *Revista Nature*, vol. 494 (7436), 2013, pág. 155.

a la aplicación de ciencia de datos en salud de forma lineal<sup>9</sup> lo que terminó provocando su cierre. Sin embargo, tiempo más tarde la comunidad científica logró volver a poner la herramienta en línea, previa corrección de errores, para intentar reconstruir su credibilidad. Actualmente *Google Flu Trends* no se encuentra abierto al público, sino que se limita a recolectar datos para ser analizada por la Universidad de Columbia y otras instituciones científicas.

A partir del caso relatado, es posible evidenciar un ejemplo donde axiológicamente el valor supremo no es la humanidad, de lo cual deriva la mediatización de las personas. Bajo las categorías metodológicas trialistas, el caso de *Google Flu Trends* ejemplifica la vinculación de oposición por secuestro de subversión entre valores. Creemos que el vínculo entre salud e intimidad debe significar una relación legítima coadyuvante de integración, contribuyendo los dos a su realización recíproca. Con frecuencia se presentan relaciones de oposición por secuestro entre la privacidad y la utilidad. Las bases de datos sanitarias significan un gran negocio especialmente para empresas privadas interesadas en determinar tanto su oferta como su demanda. La complejidad de la tensión entre salud y privacidad se da a menudo por la dificultad en comparar las potencias e impotencias de esta relación asimétrica.

La pandemia por COVID-19 ha obligado a la elaboración de diferentes normatividades específicas en todo el mundo vinculadas al tratamiento de datos durante la emergencia sanitaria. En este contexto, se instaló un debate artificial respecto de la dicotomía simuladamente generada entre privacidad y salud, como díada de derechos enfrentados, cuya subsistencia y

---

9 Puede verse <https://www.eurosurveillance.org/content/10.2807/ese.14.44.19386-en>; <https://science.sciencemag.org/content/343/6176/1203>. Consultado el 8 de abril, 2022.

coexistencia no sería admisible en el escenario de la pandemia que atravesamos, donde se plantea livianamente la idea de que debemos renunciar a nuestra privacidad para poder aprovechar nuestros datos y luchar con ellos contra el COVID-19, en vistas a preservar nuestra salud<sup>10</sup>.

Las sociedades de control y vigilancia (*surveillance nations*) preceden al COVID-19 y encuentran en este una maravillosa oportunidad de crecimiento. El debate debería ser en torno a cómo procesar bien los datos, y no cómo aceptar la hipervigilancia masiva sin protesta, introducida disimuladamente a través de aplicativos amistosos y de inocua apariencia, que reconfortan el anhelo de la sensación de una seguridad<sup>11</sup>. Nuestras vidas van a continuar luego y con el COVID-19, y resulta peligroso permitir, por descuido y aprovechamiento de ciertas industrias, sectores y actividades lucrativas, como así también por desvíos en la instalación de prácticas abusivas y violatorias de derechos, propias de los esquemas de las cuestionables sociedades de vigilancia, perder derechos cuya consolidación costó el esfuerzo de siglos de lucha. La excusa de una pandemia como la del COVID-19 puede tentarnos, en la desesperación individual y como sociedad, a perder de vista los controles adecuados, los principios y la ética de datos que deben seguirse en su procesamiento<sup>12</sup>.

---

10 Faliero, Johanna C., “Coronavirus, privacidad y protección de datos personales. Los peligros de determinismo algorítmico, la inteligencia artificial y el perfilamiento en tiempos de pandemia”, *Diario La Ley*, AR/DOC/1076/2020, Publicado del 14 de mayo de 2020.

11 Es frecuente escuchar discursos que descansan en la seguridad. Identificar los límites comprende, en cierta medida, afrontar la posibilidad de que esta sea muy difícil o imposible de alcanzar, inclusive si el avance tecnológico permitiera recolectar todos nuestros datos y sea posible el monitoreo permanente de todas y cada una de nuestras acciones y movimientos.

12 Faliero, Johanna C. “Coronavirus...”. 2020.

Todas las estrategias mencionadas anteriormente resultan altamente intrusivas y capaces de acceder a campos de la vida personal que merecen la protección del Derecho. Las mismas resultarán aceptables siempre que demuestren proteger de forma eficaz la salud pública y no exista medio alternativo con mejor intromisión en la vida privada individual. Esta intromisión parecería resultar “justificada” por las características propias de la pandemia: la tasa de contagiosidad del COVID-19, su letalidad, la ausencia de tratamientos y la eventual saturación de los servicios de salud. Cobra mayor fuerza la tarea judicial para controlar que se cumpla con las finalidades de las medidas dispuestas de forma excepcional y que éstas terminen cuando hayan desaparecido las razones que les dieron origen, especialmente en relación a las aplicaciones móviles capaces de recopilar datos sensibles y realizar tareas de geolocalización. La aparente<sup>13</sup> efectividad que han tenido estas en algunos países del mundo para permitir controlar la enfermedad y retomar actividad, vuelve tentadora su aplicación en el territorio nacional. Sin embargo, cuando se deje atrás la crisis sanitaria estaremos frente a una enorme base de datos que merecerá un cuidado especial<sup>14</sup>.

Este florecimiento tecnológico podría ser una de las principales ventajas que nos deje esta crisis y, en países como Argentina, la inesperada situación puede llegar a implicar la aceleración de un cambio de paradigma. Sin embargo, como contrapartida, esta mayor digitalización implica también la necesidad de una mayor protección de la privacidad y de los datos

---

13 Decimos “aparente” porque no está claro todavía el fin de la pandemia. Puede verse en: [https://www.clarin.com/internacional/oms-advirtio-paises-preparen-segunda-tercera-ola-contagios-coronavirus\\_0\\_OTbBexDku.html](https://www.clarin.com/internacional/oms-advirtio-paises-preparen-segunda-tercera-ola-contagios-coronavirus_0_OTbBexDku.html) (Consultado el 8 de abril, 2022).

14 Bellotti San Martin, Lucas. “Intimidad y privacidad en tiempos de coronavirus (y en los que vendrán después)”. *Diario La Ley* (09/04/20), AR/DOC/1012/2020, pág. 8.

personales, lo cual requerirá tanto de una modernización de la legislación en vigencia, como así también de un mayor control por parte de los organismos que vigilan el cumplimiento de estas normas<sup>15</sup>.

### 3. La respuesta normativa actual

En el intento de lidiar con los desafíos mencionados anteriormente, la lógica normativa en general responde utilizando instituciones que se diseñaron para hacer frente a problemas ya existentes: el anonimato y el consentimiento informado siguen siendo los mecanismos más utilizados por el Derecho ante situaciones donde la intimidad de la persona humana se puede ver comprometida<sup>16</sup>.

El anonimato y el consentimiento informado surgieron como panaceas: permitían el acceso total a diferentes datos al mismo tiempo que garantizaban que esa intromisión no afectara los derechos de los individuos. Resulta evidente el atractivo que estos instrumentos poseen: la anonimización, por ejemplo, parece llevar los datos fuera del alcance de la privacidad, donde ya no sea posible asignarlos a sujetos identificables. A pesar de todo esto, tanto el anonimato como el consentimiento informado han demostrado ser esquivos a su finalidad, ya que una y otra vez se han revelado problemas fundamentales en la implementación. Los defensores de ambos no niegan los desafíos prácticos, apuntando a perfeccionar esfuerzos, tanto creativos como

---

15 Bossi, María Florencia. “La crisis del nuevo coronavirus y la protección de datos personales”, *Diario La Ley*, AR/DOC/1069/2020, publicado el 14 de mayo de 2020.

16 Barocas, Solon; Nissenbaum, Helen. “Big Data’s End Run Around Anonymity and Consent”. En: Lane, Julia; Stodden, Victoria; Bender, Stefan, Nissenbaum, Helen. *Privacy, Big Data, and the Public Good: Frameworks for Engagement*. Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pág. 55. Traducción propia.

matemáticos y estadísticos para comprender mejor los contornos cognitivos y motivacionales de los usuarios<sup>17</sup>.

Si bien es posible lograr mejorar algunos aspectos en este sentido (por ejemplo, con la generación de políticas de privacidad comprensible para cualquier individuo), lo cierto es que la llegada de la ciencia de datos ha provocado desafíos prácticamente intratables para el anonimato y el consentimiento informado. En el caso del anonimato, ya se ha demostrado que incluso cuando los individuos no son “identificables”, aún pueden ser “accesibles”, ya que pueden estar comprensiblemente representados en registros que detallan sus atributos y actividades, y de esta forma estar sujetos a inferencias y predicciones consecuentes tomadas sobre esa base. En el caso del consentimiento, los desafíos operacionales comúnmente percibidos han merecido más atención que el hecho de su ineficacia final como una cuestión de elección individual, así como el absurdo de creer que la notificación y el consentimiento pueden especificar completamente los términos de interacción entre el recolector de datos y el sujeto emisor<sup>18</sup>.

La anonimización consiste en un procedimiento compuesto por dos fases. La primera implica despejar los rasgos identificadores personales de los datos recolectados. Entre estas características puede mencionarse el nombre, dirección, fecha de nacimiento, número de seguridad social, etc. Luego, en una segunda etapa, corresponde modificar o directamente eliminar otras categorías que puedan cumplir tareas identificadoras en un contexto determinado, como son los números de una tarjeta de crédito para un banco<sup>19</sup>.

---

17 Ibidem, pág. 55.

18 Ibidem, pág. 59.

19 Gil, Elena. *Big data, privacidad, y protección de datos*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016. Pág. 83.

De esta forma, los datos continúan siendo útiles para ser analizados y puestos a disposición del público, al mismo tiempo que se cumple con los estándares de privacidad. Pero la llegada de la ciencia de datos altera las condiciones de anonimización, ya que, al aumentar considerablemente la cantidad y diversidad de información obtenida, la reidentificación de los individuos, incluso luego de ser anonimizados, se convierte en algo mucho más factible<sup>20</sup>.

En aquellos casos donde la posibilidad de realizar mecanismos de anonimato no puede ser alcanzada, o directamente no tiene sentido llevarlo adelante, se utiliza el consentimiento informado. A menudo se lo entiende como un medio suficientemente eficaz para respetar la toma de decisiones autónoma de las personas, garantizando su autodeterminación mediante la manifestación de sus preferencias. Evidentemente, como acto en sí mismo, no protege la autonomía, sino que la persona que lo realiza debe estar investida del suficiente conocimiento acerca de los alcances del mismo<sup>21</sup>.

Generalmente, se enfoca al consentimiento informado en la forma de una “manifestación”, lo que provoca necesariamente una acción, contrario a lo que supondría la omisión de acción. Esta diferencia se manifiesta claramente en el supuesto de los paneles publicitarios de *bluetooth* o *wifi*, donde se solicita una conexión *bluetooth* o *wifi* que permitirá enviar anuncios a aquellas personas que circulen cerca de ellos. Es decir que los mensajes publicitarios solo serán recibidos por los usuarios de teléfonos celulares que cuente con esa función activada, lo que ha hecho cuestionar si esa simple activación representa un consentimiento acabado y, en definitiva, válido. Se entendió que es posible comprobar que las personas verdaderamente dispuestas

---

20 Ibidem, pág. 83

21 Barocas et al. “Big Data’s end run...”, pág. 66.

a recibir publicidad de esta manera son aquellas que cuando, informadas del mecanismo y aproximándose a pocos centímetros del panel con su celular, activan la función *bluetooth* o *wifi*. En el mismo sentido, puede seguir ejemplificándose con lo ocurrido en 2012, con la empresa inglesa *Renew*, cuando la misma decidió incorporar en diversos cestos de basura o papeleras de Londres un *gadget* capaz de leer la dirección MAC de los *smarthphones* de cualquier persona que se desplazara por la ciudad con la función *wifi* activada. A través de este software, la empresa tenía la posibilidad de identificar a esos mismos usuarios en los días sucesivos y así llegar a conocer sus rutas habituales, la velocidad al caminar, etc., para de esta forma poder mostrarles publicidad en sintonía con esa información. El problema de este sistema es que las antenas de *wifi* son capaces de identificar el número MAC asociado a un celular, que es un dispositivo muy altamente ligado a cada dueño, ya que es difícil que se comparta entre distintos usuarios, de modo que la información que de ellos se obtiene está personalmente vinculada a la persona. De hecho, con una docena de papeleras fue posible identificar más de un millón de dispositivos solamente durante el primer mes. La capacidad de esta empresa para identificar y enviar publicidad a transeúntes que no prestaron ningún consentimiento para esa recolección, ni mucho menos para el tratamiento de esos datos, derivó en grandes protestas. Debido a las críticas que despertó el sistema, *Renew* anunciaba su retirada poco después<sup>22</sup>.

Lo ejemplificado sirve para definir que el consentimiento solamente será válido cuando aquella persona que lo brinde se encuentre ante la disyuntiva de elegir entre opciones reales, sin la presencia de ningún riesgo de engaño, intimidación o consecuencias negativas significativas, cualquiera fuera su

---

22 Deusto Formación, disponible en: <https://www.deustoformacion.com/blog/desarrollo-apps/fracaso-renew-sus-papeleras-inteligentes>. Consultado el 8 de abril, 2022.



decisión. Es muy frecuente que el consentimiento no se brinde libremente en virtud de diversas razones, como podrían ser desde la coacción social, financiera o psicológica hasta la existencia de una relación de subordinación (el caso de un vínculo laboral, por ejemplo) entre la persona que debe consentir y aquella que recoge y trata los datos<sup>23</sup>.

#### 4. Ideas finales

De acuerdo a todo lo señalado, se puede afirmar que conceptos como intimidad y protección de datos, al menos de la forma en que se los entiende actualmente, no pueden ser compatibilizados exitosamente con las técnicas de la ciencia de datos. Esto expone la necesidad de repensar los beneficios y riesgos que implican para la persona humana el tratamiento complejo de datos. Es claro que la digitalización de la salud, en sí mismo, no es un fenómeno que merezca cuestionamiento, máxime en virtud de las innovadoras aplicaciones que facilitan. Sin embargo, es necesario reconocer la dimensión del grado de sensibilidad de la información que se maneja, y actuar en consecuencia.

Efectivamente, la problemática se ha visto transformada por los caracteres propios del análisis de grandes datos: su valor ya no se encuentra depositado en su primer empleo, sino en su utilización secundaria. Esa nueva dinámica no es atendida por la legislación de protección de datos, así como tampoco el rol que en ella tiene la persona humana que proporciona la información.

Las técnicas de procesamiento de datos evolucionan a tal ritmo que aquello que hoy se concibe como imposible tal vez a poco de la entrada en vigor de la norma, deje de serlo. Un clarísimo ejemplo de ello es la capacidad actual que existe

---

23 Gil, *Big data, privacidad, y protección...*, pág. 65.

de revertir, es decir, volver atrás los procesos de disociación de datos, por lo que todo el paradigma actual, que sostiene el procedimiento de disociación del dato como mecanismo seguro para seguir operando con datos una vez operando el cese de su finalidad de tratamiento, ya no es tal, sino que puede ser vulnerado. De esta forma, resulta una oportunidad perdida continuar limitando la sensibilidad del dato a la capacidad de afectación de la esfera íntima del titular con potenciabilidad discriminatoria, puesto que la sensibilidad entendida en términos interdisciplinarios en procesamiento de datos no refiere únicamente a la discriminación, sino, más ampliamente, a la capacidad de afectar o dañar a su titular, lo cual nos hubiera situado de receptorlo en una legislación de punta y ejemplar en el tema.

A esta altura ya se han identificados suficientes riesgos en el avance de la ciencia de datos sobre la esfera de la intimidad. El mundo de la inteligencia artificial nos pone ante preguntas de gran profundidad filosófica. Habrá que pensar en qué medida es posible seguir hablando de libertad humana cuando exista la posibilidad de predecir algorítmicamente la conducta humana con altísima probabilidad de éxito. Tal vez sea posible pensar un determinismo digital. Asumir esta concepción filosófica implicaría un giro copernicano sobre las respuestas construidas actualmente.

Los avances de la ciencia y de la técnica exponen una enorme laguna, carencia que comienza a ser advertida por algunos países. Un ejemplo destacado es el de Chile, donde la Comisión Desafíos del Futuro del Senado presentó el 7 de octubre de 2020 dos proyectos a tramitación con la finalidad de introducir una especial protección de la “identidad mental”, un reconocimiento como nuevo derecho humano del cerebro y su funcionalidad como núcleo del libre albedrío, pensamientos y emociones que caracterizan y diferencian a la especie humana. El

proyecto propuesto modifica el artículo 19, número 1º, de la Carta Fundamental, para proteger la integridad y la indemnidad mental con relación al avance de las neurotecnologías con el siguiente texto: “La integridad física y psíquica permite a las personas gozar plenamente de su identidad individual y de su libertad. Ninguna autoridad o individuo podrá, por medio de cualquier mecanismo tecnológico, aumentar, disminuir o perturbar dicha integridad individual sin el debido consentimiento. Solo la ley podrá establecer los requisitos para limitar este derecho, y los requisitos que deben cumplir el consentimiento en estos casos”<sup>24</sup>. Desde luego, para incorporar mecanismos tecnológicos, tanto a nivel físico como mental<sup>25</sup>, será necesaria la presencia del consentimiento de la persona humana.

Los acuerdos axiológicos en relación a nuevas tecnologías, como por ejemplo la inteligencia artificial, aún son demasiados prematuros para cristalizarse. En general, se suele sostener que el valor de lo humano ha de ser siempre superior a lo no humano (donde ingresaría la inteligencia artificial), afirmándose que carecen de la dignidad última que se es posible atribuir a la vida humana. Esta sostenida imposibilidad de jerarquizar y equiparar lo humano con la inteligencia artificial o la robótica

---

24 Díaz Tolosa, Regina Ingrid; “Regulación de los neuroderechos en Chile: ¿hacia un transhumanismo? Una mirada desde la bioética y el principio de igualdad y no discriminación”. *Suplemento Innovación & Derecho*, No. 2, Editorial La Ley, 2021, AR/DOC/761/2021.

25 La unidad entre cuerpo y mente que hasta hoy hace al individuo desde lo biológico está en el núcleo de la nueva problemática. Es por esto que los debates se centran alrededor de las dudas que provocan las posibilidades de implantar tecnología en el humano. ¿Continúa siendo humano quien que se implantó un chip en el cerebro y le permite memorizar y recitar sin errores todas las leyes vigentes en un país? ¿Y el individuo que cuenta con piernas robóticas con las que puede cruzar un río con apenas un salto? En nuestra opinión, no hay duda que en estos casos hipotéticos encontramos individuos que siguen perteneciendo a la especie humana. Lo que resulta necesario es afirmar y reafirmar la subordinación de la tecnología a la condición humana.

entra en crisis ante la difícil conceptualización de lo humano o de la humanidad<sup>26</sup>.

El transhumanismo aparece como un escalón superior en la evolución de la humanidad de tal forma que, apoyado en la biotecnología, propone expandir las capacidades de procesamiento de información, de longevidad o de memoria como nunca antes se imaginó. Sin embargo, esto implica un desarrollo más superficial de elementos que constituyen una cáscara o coraza del individuo. El interior, su espíritu (entendido este como su forma de ser, sus sentimientos, su libertad de pensamiento o, inclusive, su propia felicidad) no es afectado más que livianamente por ese desarrollo hacia la transhumanidad. El transhumanismo, aún cuando lo creamos preferible ante el posthumanismo, se apoya sobre la promesa de “*poder más*” cuando los esfuerzos deberían dedicarse a dilucidar de qué manera podremos “*ser más*”. Si bien hay consensos más o menos estables sobre los mayores poderes que adquirirán los seres humanos (mentales, biológicos, etc.), lo que todavía no aparece claramente es si seremos más humanos.

En definitiva, el porvenir de la protección de datos personales nos enfrenta con desafíos inconmensurables, tanto en el aspecto técnico como en lo jurídico. A lo largo de la historia, numerosos pasajes están marcados por la pérdida de la presunción absoluta de bondad de la Ciencia, demostrando que no todo lo que el saber logra se usa para el “bien”, por más compleja de construir resulte esa noción.

---

26 Ciuro Caldani, Miguel Ángel. *El derecho, la vida humana, la genética y el cosmos: aportes para la construcción del modelo jusfilosófico de una nueva era: problemas de integración de la juridicidad en la vida y el cosmos: responsabilidad genética cósmica*, FDER Edita, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 2019, pág. 20.

Es un desafío para el futuro velar responsablemente por el avance y garantía de los derechos humanos fundamentales que se encuentran aquí en juego, atendiendo siempre a un principio de no regresividad. Como ya fuera dicho anteriormente, los regímenes que pierdan la perspectiva humanista en la construcción de respuestas jurídicas, no valorando al ser humano en tanto sí mismo, generan conflictos aparentes entre salud e intimidad que decantan en que las personas terminen por resignar derechos fundamentales en pos a una reconfortante sensación de seguridad. Por todo esto, creemos que una de las posibilidades de consolidación del Derecho de la Salud es asumiendo la tarea de emprender acciones estratégicas que permitan facilitar la utilización de nuevas tecnologías para la atención y cuidado de la salud, procurando proteger la dignidad humana.

# **El control de convencionalidad: Es posible la aplicación y la interpretación por parte de la autoridad pública**

*Carlos Ordaya López\**

## **Introducción**

La autoridad pública es todo funcionario o servidor que pertenece y labora en la administración pública, autoridad que representa al Estado, en la adopción de decisiones, resolviendo y brindando atención en asuntos que se presentan en la sociedad en todo su conjunto, el mismo que goza de facultades, atribuciones y competencias sobre determinadas funciones que el Estado lo ha delegado.

Estas funciones que realiza la autoridad pública, deben estar respaldadas por la norma y la Constitución, a fin de garantizar de que el servicio brindado o la atención a los servicios públicos esenciales en la sociedad se garanticen con el irrestricto respeto a los derechos fundamentales de la persona, teniendo en cuenta que el administrado o ciudadano es el fin para la sociedad y no un medio para los objetivos institucionales que persigue el Estado.

Es así que, en el ejercicio de sus funciones, la autoridad se percata o se encuentra ante una norma interna de cualquier nivel, que contradice o contraviene las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos. En este caso, se presentará

---

\* Fiscal Adjunto Provincial, titular de la Fiscalía Supraprovincial especializada en derechos humanos, interculturalidad y delitos de terrorismo, Perú.

este problema de ejercer este tipo de control, para preferir la norma convencional o la norma nacional. Como ejemplo tenemos las funciones del RENIEC, a razón que en distintas oportunidades se negaron a reconocer e inscribir matrimonios de personas del mismo sexo, así como el registro de cambio de sexo; como también en el ámbito de la autoridad local, cuando el alcalde o el encargado de los registros civiles de la municipalidad se niegue a inscribir a niños que nacieron en el extranjero con padres del mismo sexo, entre otros ejemplos que se podría presentar en la práctica ante las distintas áreas de la administración pública. A todo esto, cómo resolvería la autoridad a raíz de la figura del control de convencionalidad, como creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para la aplicación e interpretación del control de convencionalidad por parte del juez, considero que no existe problema alguno, por cuanto constitucionalmente tiene la facultad de realizar el control difuso; además como dice el adagio "*Iura novit Curia*", el juez conoce el derecho. Entonces, sobre este aspecto, para el juez no se presentarían problemas para aplicar el control de convencionalidad; no obstante, considero que para la autoridad pública sí se tornaría en un dilema, desde su interpretación y aplicación, incluso esto iría más allá de desconocer de qué se trata esta figura, por cuanto desconocemos la formación jurídica de la autoridad.

En ese sentido, ¿de qué manera se podría aplicar e interpretar el control de convencionalidad en la administración pública por parte de la autoridad? ¿Es posible la aplicación e interpretación, cuando en un determinado caso se ve la necesidad de realizar esta interpretación en salvaguarda de los derechos humanos de la persona? ¿Cuál sería esa manifestación correcta que conlleve a la autoridad de realizar esa labor de interpretación, cuando la Corte IDH, señala textualmente: "(...) todas las autoridades

estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (*Sentencia de cumplimiento: Gelmán vs. Uruguay*)? Por ello, resulta muy importante analizar este problema que se presenta en nuestro país, más aún si se tiene en cuenta que entre los grandes juristas como Néstor Pedro Sagüés, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, entre otros, cuando analizan este tipo de control, no son muy claros al señalar de qué manera se debería aplicar este control por parte de la autoridad pública.

Por último, se pretende realizar un desarrollo del denominado control de convencionalidad, teniendo en cuenta sus antecedentes en su definición, su evolución jurisprudencial, cuál es la línea argumentativa que adopta la Corte IDH para ordenar a todos los Estados parte, la obligación de ejercer este tipo de control, sus ventajas y desventajas, hasta finalmente otorgar propuestas de cómo se debería ejercer este tipo de control interpretativo por parte de la autoridad pública en el ejercicio de sus funciones.

## 1. Antecedentes del control de convencionalidad

En primer lugar, es necesario señalar que a la fecha no existe una regulación normativa del control de convencionalidad tanto a nivel de la Convención y otros tratados interamericanos, pero sí se tiene claro que este control ha sido creado a través de la jurisprudencia interamericana. Es así que Néstor Pedro Sagüés nos indica que el control de convencionalidad que los jueces nacionales deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez, en los casos *Myrna Mack Chang* (25 de noviembre de 2003, considerando



27) y *Tibi* (7 de setiembre del 2004, considerando 3 y 4); pero es formulado por el cuerpo en pleno, y de modo explícito, recién en el *Caso Almonacid Arellano*, el 26 de setiembre del 2006, considerandos 124 y 125<sup>1</sup>.

Por otro lado, se señala que la génesis del control de convencionalidad obedece a un desdoblamiento del derecho positivo en aras de la –aspirada por todos– justicia material. Cuestión que acarrea cada una de las dificultades que históricamente ha tenido como lastre de dichos propósitos y que acude a herramientas similares –si no es que idénticas– a las difundidas por la Teoría de la Argumentación Jurídica elaborada al alero del constitucionalismo principialista, conocido como también como “neoconstitucionalismo”. Nos referimos al protagonismo judicial en la creación del Derecho, al empleo de la sobre interpretación de enunciados normativos y a la identificación de normas que subyacerían tras pretextos explícitos contenidos en fuentes a las que se les atribuye una jerarquía especial, combinación que construye la justificación, alcance, efectos y consecuencias del Instituto<sup>2</sup>.

Desde el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo, conforme a los siguientes elementos señalados en su cuadernillo de jurisprudencia de la Corte IDH<sup>3</sup>:

- 
- 1 Sagüés, N. *El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. concordancias y diferencias con el sistema europeo*. Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM, México, 2012. Pág. 382.
  - 2 Henríquez, M. y Núñez, J.I. “El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?”, *Revista Boliviana de Derecho*, 2016. Pág. 329.
  - 3 Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte IDH No. 07, *Control de Convencionalidad*. 2019. Versión actualizada.

- a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.
- b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias.
- c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
- d) Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública; y,
- e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

## 2. Evolución jurisprudencial del control de convencionalidad

En estas últimas décadas la Corte IDH, ha desarrollado el control de convencionalidad a través de su diversa jurisprudencia de la siguiente manera:

- a) **Sentencia Corte IDH: *Almonacid Arellano vs. Chile***, en el considerando 124 señala que: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la

Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

- b) Sentencia Corte IDH: *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú***, en el fundamento 128: “(...) En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.
- c) Sentencia Corte IDH: *Radilla Pacheco vs. México***, en el fundamento 339, señala: “(...) Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención

no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

- d) **Sentencia Corte IDH: *Cabrera García Montiel y otros vs. México***, en el considerando 225: “(...) Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.
- e) **Sentencia Corte IDH: *Gelmán vs. Uruguay***, en el fundamento 239: “(...) La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a

las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”.

**f) Sentencia Corte IDH: *Atala Riffo y niñas vs. Chile***, considerando 284: “En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana”.

**g) Sentencia de cumplimiento de la Corte IDH: *Gelmán vs. Uruguay***, en el fundamento 72 indica: “De tal modo, el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta,

en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad”.

### 3. Diferencias entre control difuso y control de convencionalidad

A fin de analizar este tipo de control, es necesario hacer una diferenciación con el control difuso. En efecto, el control de convencionalidad que estableció la Corte Interamericana es más reciente (2006), a diferencia del control constitucional (que viene desde el año 1803), fue desarrollado por primera vez en el *Caso Marbury vs. Madison*. En efecto, García de Enterría (2000) citado por Guzmán (2015)<sup>4</sup> escribió:

En primer lugar, debemos de considerar la tradición constitucional norteamericana a partir del célebre *Caso Marbury vs. Madison*, en el cual se determinó no solo que la Constitución era norma suprema, sino además que los jueces podían inaplicar la norma legal al caso concreto cuando encontraran que la misma se encontraba en desacuerdo con la norma constitucional, no obstante que dicha prerrogativa judicial no se encontraba prevista en la Carta magna. Dicha facultad se denominó *Judicial Review* y conforma lo que se denomina control difuso.

Sobre este control, tienen en común manejar (en el fondo) un mismo argumento: la invalidez de la norma inferior opuesta a la superior. En caso de confrontación entre una ley y la Constitución, ello es evidente. En el supuesto de oposición entre una cláusula de la Constitución y la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica), el asunto es más discutido,

---

4 Guzmán C. *La Constitución política: un análisis funcional*, 1ra. edición. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2015. Pág. 36.

pero, de todos modos, si el Estado debe cumplir con la Convención a todo costo y no puede alegar su constitución para incumplir al pacto, esto provoca, como resultado concreto final, que el pacto esta jurídicamente por encima de la Constitución. En efecto, la consecuencia del control de convencionalidad es que la regla constitucional que lesiona al Pacto debe quedar inaplicada, o si se prefiere, de aceptarse la expresión de Sudré: “paralizada” (lo mismo acaece, desde luego, con las normas subconstitucionales violatorias del pacto)<sup>5</sup>.

El pacto puede lesionar jurídicamente a la Constitución, en tanto que su derecho puede acarrear la inaplicación de la regla constitucional que se le oponga, o exigir la modificación de ella (téngase presente, una vez más, el *Caso “La última tentación de Cristo”*<sup>6</sup>). Por el contrario, según el control de convencionalidad, la Constitución no puede válidamente lesionar a pacto. Si ello no implica superioridad de la Convención sobre la Constitución, francamente no sabemos cómo denominar de otro modo tal estado de cosas. Por todo ello, también en principio, una norma subconstitucional nacional debe superar dos vallas: la del control de constitucionalidad y la del control de convencionalidad. Si cae por alguna de ellas, resulta inaplicable. No es suficiente, entonces, con que una regla local sea constitucional. También debe ser “convencional”<sup>7</sup>.

Entonces, el control de constitucionalidad, denominado control difuso, no es otra cosa más que la inaplicación de una norma inferior que, de una u otra manera, contraviene la norma

---

5 Sagüés, N. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”; en: *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, Tomo VI. 2011. p. 284.

6 García Ramírez, “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de la UNAM*, México, 2001. Pág. 764.

7 Sagüés, N. “Obligaciones internacionales y control de Convencionalidad”, pág. 284.

superior en este caso, la Constitución. Ante esto, el Juez es el facultado, conforme al artículo 138 de nuestra Constitución, en el caso peruano, y es quien deberá de inaplicar la norma para preferir la Constitución, protegiendo así los derechos fundamentales. En cambio, el control de convencionalidad será la facultad que tienen el juez, todo operador de la administración de justicia y la autoridad pública, de aplicar e interpretar la Convención y otros tratados interamericanos, así como sus propios pronunciamientos de la Corte IDH, a fin de preferir y proteger los derechos humanos establecidos en los tratados, ante una incompatibilidad de una norma interna.

#### **4. El control de convencionalidad como técnica interpretativa y argumentativa**

La Corte interamericana de Derechos Humanos desde su creación hasta nuestra actualidad, ha cumplido una función muy importante en toda Latinoamérica en defensa y respeto de los derechos humanos, y esto lo realizó fundamentalmente a través de sus decisiones, aplicando estándares argumentativos e interpretativos de acuerdo a su norma fundamental, principalmente la Convención Americana y su propia labor interpretativa que realiza a través de su jurisprudencia. Esto sirvió, para que hoy en día se consolide como se dice una “jurisprudencia interamericana”, y que de estas decisiones se crea este tipo de control de convencionalidad como un nuevo enfoque de comparación y aplicación entre la norma convencional y la norma interna.

La argumentación ius fundamental tiene cierta firmeza, por medio de las reglas y formas de la argumentación práctica general y de la argumentación jurídica. Se lleva a cabo sobre la base de que su estructura es racional. Por lo que no tiene



nada de irrazonable que un Tribunal Constitucional no solo argumente, sino que también decida. Por lo que concluye dicho autor chileno que no tendría nada de irracional que la Corte IDH creara jurisprudencialmente muchos institutos jurídicos a partir de su razonamiento motivado, entre ellos, por el control de convencionalidad<sup>8</sup>.

Es por ello que, a través de sus sentencias, la Corte Interamericana ha fortalecido y enriquecido su jurisprudencia mediante sus decisiones vinculantes para todos los Estados, así como también el llamado control de convencionalidad. Para eso no sólo aplicó las diversas técnicas argumentativas, sino también, como señala Max Silva y teniendo en cuenta a Nogueira Alcalá, que la Corte IDH insta a aplicar los métodos de interpretación aplicados en sus decisiones, para la garantía y respeto de los derechos humanos, como es la interpretación evolutiva, dinámica y finalista; el uso de principios básicos de interpretación de derechos “pro homine” o “favor persona”, progresividad, proporcionalidad, para solo señalar algunos de ellos que constituyan una fuente de ampliación de su potestad jurisdiccional<sup>9</sup>.

Ahora, sobre los efectos y tipos de producción de decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se tiene: “(..) que las sentencias del Tribunal Interamericano producen dos tipos de consecuencias, a saber: una vinculación directa –y obligatoria– para el país condenado (art. 62 y 68 CADH), y otra vinculación relativa –*erga omnes*– para todos los países miembros del modelo, que no participaron en el proceso”. Es

---

8 Mesa A. “El Control de Convencionalidad: ¿un acto racional o irracional?”, en: *Estudios Constitucionales de Chile*, Universidad de Talca, Año 16, núm. 129-166. 2017. Pág. 141.

9 Silva, M. “¿Es realmente viable el control de convencionalidad?”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, No. 3. 2018. Pág. 723.

por ello que “la norma interpretada” en la decisión no puede ser controvertida en el ámbito doméstico, ya que, de serlo, tolera el control de convencionalidad secundario (subsidiario) por vía de la Corte IDH, que debe de calificarla como inaplicable, es decir, “inconvenional”<sup>10</sup>.

En Costa Rica, Hernández Valle, refiriéndose a un constitucionalista, Simón, de nacionalidad alemana, propone una serie de supuestos y límites del principio de interpretación conforme a la constitución para el control de convencionalidad, los cuales son los siguientes:

- a) Toda interpretación conforme a la Convención presupone, como algo evidente, que la norma en cuestión es susceptible de interpretación en general. Las normas con un contenido unívoco son o bien compatibles, o bien incompatibles con la Convención; en estos casos no se puede llegar a la interpretación conforme a la Convención que se sitúa entre ambos extremos<sup>11</sup>.
- b) La interpretación conforme a la Convención “no juega ningún papel, si la decisión depende exclusivamente de la aplicación de la propia Convención”.
- c) No tiene sentido una interpretación conforme a la Convención, si una norma la viola en cualquier interpretación imaginable.
- d) Las normas convencionales no deben ser interpretadas según la máxima de que la legislación interna tiene que

---

10 Hitters, J. *El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano. Efectos. Obligatoriedad*, 2021, pág. 351.

11 Olano, H. “Teoría del Control de Convencionalidad”, *Revista de Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Universidad de Talca, Año 14, núm. 01, 2016. Págs. 68-69.

subsistir. Ello supondría una interpretación de la CADH conforme al ordenamiento interno.

A todo esto, es muy importante señalar lo que indica el jurista chileno Max Silva, cuando relaciona la aplicación de control de convencionalidad con el principio *pro homine*, donde en teoría el juez interno podría hacer lo siguiente:

- a) inaplicar una norma nacional en pos de la internacional (sea lo que fuere que esto signifique, lo que no puede ser analizado aquí);
- b) realizar una interpretación armonizante de la norma local con la internacional, lo que, por cierto, podría alterar notablemente su sentido y alcance;
- c) hacer primar la norma local, si a su juicio es más favorable;
- d) realizar una interpretación extensiva de la norma internacional, lo que podría a su vez, dar origen a la posibilidad a) o b); y finalmente,
- e) hacer una interpretación innovadora de la norma internacional, con las dos mismas posibilidades señaladas en la letra anterior<sup>12</sup>.

Sobre la interpretación “conforme”; al respecto tenemos a Hitters, donde nos indica que una de las formas más contundentes de “armonización” entre el derecho nacional y el internacional, se viabiliza a través de la denominada “*cláusula de interpretación conforme*” teniendo en cuenta al Juez de la Corte IDH, Ferrer Mac-Gregor. La misma consiste en una técnica hermenéutica por medio de la cual, las reglas contenidas en las cartas magnas

---

12 Silva, M. “¿Es realmente viable el control de convencionalidad?”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, No. 3. 2018. Pág. 723.

locales son “armonizadas” con los postulados y principios que surgen de los tratados sobre derechos humanos, así como de la jurisprudencia de la Corte IDH, para alcanzar una mayor eficacia<sup>13</sup>.

A la pregunta de si el control de convencionalidad es un control normativo o un ejercicio de interpretación, Miriam L. Henríquez nos ilustra precisando que existen dos sectores, donde para algunos autores, como Francisco Zúñiga, Gonzalo Aguilar, Néstor Sagúes, Allan Brevier y Juan Carlos Hitters, conciben al control de convencionalidad interno como un control normativo entre las disposiciones jurídicas internas y la normativa interamericana, y lo asimilan, incluso en su estructura, al control de constitucionalidad; en cambio, por el otro lado, ciertos autores como Ernesto Rey, Claudio Nash, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Humberto Nogueira, Víctor Bazán, Karlos Castilla, entre otros, consideran que el control de convencionalidad implica un ejercicio interpretativo que, en caso de lagunas o antinomias, las autoridades deben hacer en el ámbito de sus competencias para preferir la normativa de origen internacional que permite una mejor protección de los derechos humanos<sup>14</sup>. Para esta misma autora, esta diferenciación de ambas posturas resulta relevante, donde en el primer supuesto será la invalidez –inaplicabilidad–, y en el segundo, la responsabilidad internacional. Además, porque en el caso del control normativo se recurrirá al criterio jerárquico para resolver un conflicto entre la norma interna y la norma interamericana, cuestión que no ocurrirá en el evento que se le considere al control de convencionalidad como ejercicio de interpretación<sup>15</sup>.

---

13 Hitters, J., *El control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, Biblioteca Virtual de la UNAM, 2015, pág. 271.

14 Henríquez, M. “La polisemia del control de convencionalidad interno”, en *Revista Colombiana de derecho internacional*, 2014, pág. 132-133.

15 *Ibid.* Pág. 134.

Para Ferrer Mac-Gregor, en el derecho comparado, una de las fórmulas constitucionales más efectivas para lograr la armonización entre el derecho nacional y el derecho internacional, es a través de la llamada cláusula de interpretación conforme. En términos generales, podríamos sintetizarla como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia de protección<sup>16</sup>.

De todo esto, lo que consideramos para las propuestas de nuestro trabajo, son los alcances y la intensidad en la argumentación del control de convencionalidad “fuerte” o “débil”. Pablo Contreras, señala al respecto: “La clasificación aquí sugerida recoge y expande las facetas ‘destructivas’ y ‘constructivas’ del control de convencionalidad que ya propuso Néstor Pedro Sagüés. De igual forma, recoge parte de las consideraciones del Juez *ad hoc* Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado para el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”<sup>17</sup>.

Entonces, este autor nos dice que estaremos ante un control “fuerte” de convencionalidad, donde es importante la obligación del juez nacional de “desplazar” la aplicación de la norma interna por violar la CADH y la interpretación de ella en las sentencias de la Corte IDH, donde utilizó la expresión “desplazar”, en razón de la escasa especificidad de los efectos del control de

---

16 Ferrer Mac-Gregor E. “La interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en: (mismo autor) *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons-UNAM, México, 2018. Pág. 549.

17 Contreras, P. *Análisis crítico del control de convencionalidad*, Chile, 2012. Pág. 433.

convencionalidad, según la jurisprudencia de la Corte IDH. La versión fuerte del control de convencionalidad surge en el origen mismo de la doctrina: en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. En cambio, el control “débil” de convencionalidad, por otra parte, se puede entender como un mandato de interpretación de las normas internas conforme a lo dispuesto en la CADH y la interpretación que la misma ha efectuado la Corte. Es decir, en esta modalidad de control, la norma interna no es necesariamente “desplazada”, la obligación de ejercer el control de convencionalidad adopta la exigencia de una construcción interpretativa plausible que permita armonizar la Convención y los fallos de la Corte IDH, con el ordenamiento jurídico nacional del Estado Parte<sup>18</sup>.

Sobre el particular aquí tenemos dos tipos de mecanismo. La primera, el “control fuerte”, que busca aplicar la Convención sobre la norma nacional o inaplicar la norma interna para preferir la Convención por parte del operador autorizado, para luego desplazarla; esto guardaría relación con el control restrictivo que conllevaría a la inaplicación de la norma. Mientras, el control “débil”, buscaría la interpretación de la norma convencional con la norma interna, a fin de buscar una buena solución en la protección de los derechos humanos del ciudadano. Esto guardaría relación con el control constructivo en la búsqueda de la interpretación conforme al parámetro de convencionalidad, es decir, buscar armonizar entre la Convención y la norma interna. Esta última es la que nos interesa, la misma que guarda relación con las propuestas que otorgaremos de cómo debería ejercerse este tipo de control por la autoridad pública.

---

18 Ibid. Pág. 434.

## 5. La administración pública y el control de convencionalidad

### 5.1 La administración pública y función pública

En el presente acápite, se considerará sobre las funciones que cumple la administración pública, las funciones públicas y los servicios públicos que se brindan por parte del Estado a la ciudadanía.

En efecto, José Luis Martín, hace referencia sobre la administración pública teniendo en cuenta la legislación y jurisprudencia española, donde nos indica:

La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa con sometimiento pleno a Ley y al derecho (art. 103.1 CE), siendo esta una idea fundamental en relación con los procedimientos selectivos y de provisión de puestos de trabajo en el sector público y la que nos da pie para proponer fórmulas de autocontrol que podrían evitar muchos litigios, actuando preventivamente en el plano de la elaboración de las disposiciones reglamentarias y en el de la aplicación sistemática del corpus normativo en esta materia, así como en las eventuales, y por desgracia abundantes, impugnaciones. Pero a la vez, y desde otro ángulo, es necesario comprender que existe una conexión de este precepto con el artículo 23.2 y los principios de mérito y capacidad<sup>19</sup>.

Sobre la función pública, el mismo autor español precisa que corresponde regular a la ley, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE), sin perjuicio, como se verá después, de la colaboración reglamentaria. Conviene destacar que

---

19 Martín, J. *Derecho fundamental de acceso a la función pública*. Editorial Liberlex, España, 2006. Pág. 33.

la reserva alcanza no solo la “normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario”, sino también a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en esta puedan darse a los derechos y deberes, responsabilidad de los funcionarios y régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, pues habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (art. 103.3 y 149.1.18.<sup>a</sup>), habrá de ser también la ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública. Siendo así, precisa el Tribunal Constitucional, “las normas que disciplinen estos ámbitos serán en el concepto constitucional, ordenadoras del Estatuto de los funcionarios públicos” (STC99/1987, de 11 de junio)<sup>20</sup>.

Por su parte, la Carta Iberoamericana de la Función Pública, define:

La función pública está constituida por el conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que integran éste, en una realidad nacional determinada. Dichos arreglos comprenden normas, escritas o informales, estructuras, pautas culturales, políticas explícitas o implícitas, procesos, prácticas y actividades diversas cuya finalidad es garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos, en el marco de una administración pública profesional y eficaz al servicio del interés general. En el ámbito público, las finalidades de un sistema de gestión del empleo y los recursos humanos deben compatibilizar

---

20 Ibid. Pág. 34.



los objetivos de eficacia y eficiencia con los requerimientos de igualdad, mérito e imparcialidad que son propios de administraciones profesionales en contextos democráticos.

## 6. Administración pública y control difuso

En el ámbito nacional, sobre las atribuciones de la administración pública y el ejercicio del control difuso, los profesores Alfredo Bullar y César Higa, hacen precisión que la sentencia del Tribunal Constitucional (STC. No. 3741-2004-AA/TC del 14 de noviembre del 2005), era muy acertada en establecer que el control difuso o la *judicial review* solo puede ser ejercida por los tribunales administrativos o los órganos colegiados, a propósito de un caso concreto que estén conociendo. No cualquier funcionario dentro del aparato administrativo puede ejercer esta facultad, sino aquellos que van a resolver un caso y que para tomar sus decisiones no se encuentren sometidos a ninguna jerarquía administrativa, sino solo al ordenamiento jurídico<sup>21</sup>.

Ahora, respecto a que los propios administrados sean los que soliciten la aplicación del control difuso, nos señalan: “(...) que es propio de esta institución y por tanto es consustancial a ella. Al ser la autoridad que resuelve imparcialmente frente a las partes, deben ser estas las que soliciten la inaplicación. Finalmente son las partes llamadas a invocar la violación de sus derechos”. Además, agregan que la autoridad no puede de oficio determinar si es que una ley afecta los derechos de una persona, dado que ella está llamada a resolver un conflicto entre dos partes, y no puede promoverlo. En efecto, si es que ella señala que una ley

---

21 Bullar, A.; Higa, C., “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del TC”, en *Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional*, Editorial Palestra editores, Lima, Perú. 2007. Pág. 51.

afecta los derechos de una de las partes se está sustituyendo en el lugar de una de ellas, perdiendo su papel de imparcial, poniendo en desventaja a la otra. Esta última ya no tendría que defenderse de su contraparte sino también de la autoridad<sup>22</sup>.

Sergio Carullo precisa que luego de lo mencionado en el *Caso Gelmán*, respecto al deber de todas las autoridades de aplicar el control de convencionalidad de oficio, es que cobra particular importancia este fallo para que sea conocido por los funcionarios públicos de la administración del Estado miembro. Esto porque la CIDH es clara en este caso en que el capítulo de las garantías judiciales dispuesto por la CADH, rige inclusive para la actividad administrativa. La discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso<sup>23</sup>.

De acuerdo a la doctrina costarricense, se nos señala que si las sentencias del Tribunal Interamericano son vinculantes para todos los operadores jurídicos, es claro que debe también aplicarse directamente en sede administrativa sin necesidad de que exista un mecanismo procesal para ello. Estimamos que los funcionarios administrativos al igual que los judiciales, deben considerar modificada la normativa interpretada por la Corte en lo conducente y proceder directamente con la desaplicación simultánea de las regulaciones legales o reglamentarias que se opongan. Asimismo, se precisa como las sentencias de la

---

22 Ibid. Pág. 53.

23 Carullo, S. “La administración pública frente a la norma inconvencional”, en: *Revista Ius Comithalis*, año 3, núm. 5, enero del 2020, Argentina. Pág. 83.

Corte IDH tienen al menos rango constitucional según su propia jurisprudencia, y rango supraconstitucional según la Sala Constitucional; es claro que cualquier norma interna que se oponga a una resolución de la Corte IDH sería inconvencional y, por tanto, el funcionario administrativo estaría obligado a desaplicarla<sup>24</sup>.

En principio, en el caso peruano, no está permitida la aplicación del control difuso en sede administrativa y mucho menos para la autoridad pública; entonces al no existir la facultad normativa que ampara esta aplicación, resulta imposible su concreción en sede interna. Supongamos que exista esa facultad para los órganos administrativos y la autoridad pública y conforme a estas atribuciones, en cualquier momento inaplican las normas administrativas. Esto conllevaría a un desorden total, no solo por su inaplicación de las normas, sino por la falta de rigurosidad en el estudio y análisis de la inaplicación; además a esto, cuál sería el órgano revisor en consulta para evaluar si efectivamente se ejerció como corresponde el control difuso, a diferencia de los jueces, que cuando estos ejercen este control difuso se eleva en consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Por lo que considero que la finalidad de buscar la protección a los derechos humanos y fundamentales en un Estado constitucional resulta muy positiva; no obstante, esta no puede ser ejercida a cualquier precio.

---

24 Hernández, R. *Derecho Constitucional y derecho convencional*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2021. Pág. 157.

## 7. Las desventajas y críticas en la aplicación del control de convencionalidad por parte de la autoridad pública

En *Las tres paradojas del control de convencionalidad*, por Claudia Orunesu y Jorge L. Rodríguez, se precisa que la Corte Interamericana en su decisión originaria en el *Caso Gelmán vs. Uruguay*, pareció ampliar el espectro de sujetos competentes para llevar a cabo el control de convencionalidad, ya que en lugar a referirse a los “jueces” (*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*), o los “órganos del Poder Judicial” (*Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú*), o los “jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” (*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*), pasó a hablar de “cualquier autoridad y no solo del Poder Judicial” (*Gelmán vs. Uruguay*), según resalta Bazán. Esto es algo que resulta difícil de aceptar, puesto que los argumentos con los que la Corte Interamericana ha intentado justificar el control de convencionalidad, como vimos, funcionan para órganos jurisdiccionales, no para cualquier autoridad<sup>25</sup>.

Agrega que, de acuerdo a lo señalado por la Corte Interamericana, con lo siguiente: “(...) en casos de graves violaciones a las normas de derecho internacional de los derechos de protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de los ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías e instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de Convencionalidad (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial”. Respecto a este

---

25 Bazán, V. “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y revertir la responsabilidad internacional del Estado”, en: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 19, Madrid, 2015. Pág. 25-70. Disponible en <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.19.02>.

párrafo para los autores mencionados, la Corte parece no solo reconocer acriticamente el carácter antidemocrático del ejercicio del control de convencionalidad, realzándolo como si eso fuera una virtud y sin ofrecer argumento alguno para intentar salvar la andanada de objeciones que ha motivado, sino además estima que la actuación de todas las autoridades públicas –no solo jueces– debe ser contramayoritaria. Pensamos más bien, y apelando al principio de caridad, que el párrafo demuestra que la retórica de la Corte Interamericana no siempre debe ser tomada literalmente.

Por otro lado, se señala que el “falso” control de convencionalidad que han difundido por repetición sin reflexión, la CoIDH y un importante número de doctrinarios no sea todo lo que estos últimos han dicho, soñado, deformado, alterado y manipulado, sino tan solo una mera aplicación de la Convención Americana. Al parecer se confirma con las dos manifestaciones que se dice tiene esa manoseada figura jurídica, a saber<sup>26</sup>:

- a) Cuando existe una sentencia en la que el Estado es parte, el Estado debe cumplir y aplicar la sentencia.
- b) Cuando el Estado no es parte en un caso, el Estado debe emitir y aplicar sus normas nacionales de manera válida y compatible con la CADH, así como la determinación, juzgamiento y resolución de casos particulares teniendo en cuenta dicho tratado y sus precedentes jurisprudenciales.

Por lo que concluye este autor, que todo esto es: ninguna novedad de fondo. Simplemente se dice que el Estado por medio de todos sus órganos y autoridades debe cumplir con las obligaciones internacionalmente adquiridas, las cuales en el

---

26 Castilla, K. “El control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho constitucional”, *revista Derecho Estado*, Universidad de Externado, 2014. Pág. 161.

caso de la Convención Americana implican justamente lo que se describe en los dos puntos antes citados, contenidos en los artículos 1, 2 y 68 de la CADH.

Por su parte, Juan Alonso Tello, señala que si fuese el caso que la jurisprudencia de la Corte IDH estuviese incluida en la doctrina del control de convencionalidad, tendríamos que discutir con mayor detenimiento sobre las distintas dificultades que se presentan:

- a) se constriñe la libertad interpretativa del juez nacional, atándolo a las interpretaciones que pudiesen venir desde la Corte IDH;
- b) su aplicación supone un “sacrificio ideológico”, pues antepones la ideología que anima la actuación de la Corte IDH por sobre el techo ideológico que campea en una Constitución local al momento de interpretar una regla constitucional; y,
- c) “encadena” a los Estados que no fueron parte de una controversia y que, por tanto, no fueron escuchados ni pudieron aportar su opinión al respecto, a una tesis jurisdiccional determinada, trastocándose con ellos las habituales reglas del debido proceso<sup>27</sup>.

Para Miriam L. Henríquez, el control de convencionalidad es una institución originada pretorianamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos perfiles no han sido definidos con precisión desde un inicio, sino que se han construido de manera paulatina en el devenir jurisprudencial. Lo dicho hace del control de convencionalidad un modelo todavía inacabado, en que además la doctrina desarrolla tesis diversas

---

27 Alonso, J., “La doctrina del control de convencionalidad; dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad”. 2015. Pág. 205-206.

sobre su naturaleza, lo que da lugar a numerosas incertidumbres relativas al alcance de los destinatarios, parámetro, objeto y efectos del control<sup>28</sup>.

De todo esto, se puede agregar, que el control de convencionalidad no tiene fundamentos y bases sólidas de cómo debería argumentarse e interpretarse entre las normas de la Convención y los tratados interamericanos con las normas internas de cada país; eso sucede por cuanto no está debidamente establecido si en un caso determinado entre un país parte, esto sea vinculante para los demás países partes que no fueron objeto de la demanda y declarados responsables de violación a los derechos humanos; como también, lo que más nos interesa de cómo debería de aplicarse e interpretarse por parte de un autoridad pública, sin haberse legislado y autorizado por una norma interna de cada país. Como diríamos, no se trata de decir que todos deban ejercer este control para garantizar los derechos humanos de los ciudadanos, pero nos dice cómo debemos de hacerlo, más aún cuando estamos ante diversas legislaciones que limitan las funciones y competencias de cada órgano o institución del Estado.

## **8. Las ventajas y beneficios del control de convencionalidad por parte de la autoridad pública**

La trascendencia de la nueva doctrina sobre el control difuso de convencionalidad es de tal magnitud, que probablemente en ella descansa el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo

---

28 Henríquez, M. “La polisemia del control de convencionalidad interno”, *Revista Colombiana de derecho internacional*, enero-junio 2014. Pág. 138.

constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico “diálogo jurisprudencial” entre los jueces nacionales y los interamericanos, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas<sup>29</sup>.

La ampliación del catálogo de derechos humanos en el escenario nacional no se limita al texto constitucional; el sistema de protección de normas cerradas y estáticas se transforma en uno abierto y dinámico, al nutrirse constantemente con los criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte IDH. No obstante, dicha ampliación no merma para nada la soberanía, sino por el contrario, los derechos subjetivos que nacen de los tratados internacionales son para todas las personas, por lo que se ofrecen más garantías dentro de los Estados<sup>30</sup>.

La ampliación de estos derechos en instancias internacionales garantiza el acceso de justicia que podemos alcanzar, cuando en sede nacional no se obtiene una respuesta alguna sobre la vulneración de nuestros derechos; por eso, las instancias internacionales garantizan que podamos conseguir el reconocimiento de nuestros derechos y esto conlleva a evitar la impunidad de las violaciones a los mismos.

El Control de convencionalidad interno o difuso se presenta como un laudable instrumento para evitar que el Estado incurra

---

29 Ferrer Mac-Gregor, “La Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez Mexicano”, en *Estudios Constitucionales*, 2011. Pág. 622.

30 Martínez y Cubides. “Influencia de la Corte Interamericana de derechos humanos y del control de convencionalidad. Análisis de dos casos paradigmáticos”, *Revista Juz*, México, 2015. Pág. 121.



en responsabilidad internacional por acto u omisión ilícitos que redunden en la violación de derechos humanos, ya que se daría respuesta adecuada a *ad intra* a semejante transgresión sin exponer a aquel a una denuncia ante la Comisión IDH y una eventual demanda ante la Corte IDH<sup>31</sup>.

## 9. Propuestas para la aplicación e interpretación del control de convencionalidad por parte de la autoridad pública

Ante esto, las principales interrogantes que se tienen para la presente investigación son de qué manera se aplicaría el control de convencionalidad por parte de la autoridad en la administración pública desde la sentencia *Gelmán vs. Uruguay* en nuestro país, y de qué forma sería su aplicación, teniendo en cuenta que este tipo de control en un primer momento se otorgó a los jueces, y luego se fue otorgado en forma progresiva a otros órganos de justicia, hasta la sentencia *Gelmán vs. Uruguay*, en la cual se estableció que este control de convencionalidad, “es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”. Sobre este último nos centraremos para analizar y determinar sobre su desarrollo de este control y cuál sería su trascendencia en su aplicación por parte de la administración pública, específicamente por la autoridad que tenga la función y la facultad de ejercer dicha facultad cuando encuentre en el dilema de aplicar la norma interna y la norma convencional.

En la sentencia de la Corte IDH *Gelmán vs. Uruguay*, y en su sentencia de cumplimiento, no nos señala a qué autoridad se

---

31 Bazán, V. “El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2015. Pág. 63.

refiere, como el facultado o autorizado para efectuar este tipo de control entre las normas nacionales y las normas convencionales dentro de la administración del Estado en su nivel y su jerarquía; tampoco nos dice a qué tipo de autoridad, según la profesión a que nos referimos, por cuanto una cosa distinta será sobre una autoridad formada en leyes que desempeña funciones al servicio de la ciudadanía, y la otra, referido a una autoridad que no tenga conocimiento en leyes; ahí va nuestra preocupación, que resulta un poco difícil el ejercicio de este control para este sector de autoridades.

En efecto, supongamos que se refiere a todo funcionario, servidor público, que desempeña funciones a favor de la población, donde se brinda servicios a la ciudadanía en representación del Estado, así como también se puede decir que este funcionario o servidor público tenga poder de decisión sobre determinado caso, conforme a las funciones que le fueron encomendados. Ante esto, procederemos a delimitar las razones que ampara efectuar este tipo de control a favor de las autoridades públicas en sede nacional, como también las recomendaciones para una buena aplicación e interpretación de este control.

### **9.1 Normas internas que respaldan este control de convencionalidad**

La norma constitucional, en su artículo 38, nos señala sobre la defensa constitucional: “Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar y cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la nación”. Por otro lado, el artículo 39 de la Constitución sobre la función pública dice: “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación”.

La vulneración de los derechos fundamentales y los derechos humanos, establecidos en la Constitución y en la Convención Americana respectivamente, se cometen con frecuencia por acción y omisión de las autoridades públicas, principalmente ante los pésimos y defectuosos servicios que se prestan; aunque el procedimiento para estos servicios se da por las siguientes razones: la primera por acción y omisión de las funcionarios y servidores públicos que con sus actos violan y transgreden los derechos; y otro, que las mismas normas administrativas, directivas, y otros –donde se regula el procedimiento de los funcionarios públicos–, conlleva muchas veces a la vulneración de estos derechos.

Queda muy claro que la autoridad pública no podría inaplicar una norma interna, sea cual sea su jerarquía para ejercer este tipo de control, a razón de que no está autorizado por la norma constitucional, a diferencia del Juez, que sí puede ejercer el control difuso y más aún, el control de convencionalidad. Ante este panorama, la autoridad pública o el funcionario público que presta servicios a la ciudadanía, sí podría ejercer el control de convencionalidad desde su interpretación, mas no de la inaplicación de la norma interna; es decir, lo que se podría buscar es la mejor interpretación de la norma interna conforme al parámetro convencional. Como lo señala el profesor Néstor Pedro Sagüés, se ejercería un “control constructivo” o como lo conoce otro sector de la doctrina, el ejercicio del “control débil” de convencionalidad, entre las normas internas conforme a lo dispuesto por la Convención Americana, así como también de la misma interpretación que realiza la Corte Interamericana, esto con la finalidad de proteger los derechos humanos del ciudadano.

A todo esto, debemos de tener en cuenta la norma constitucional del artículo 38, cuando nos dice que todos los peruanos tienen el deber de respetar, cumplir y defender

la Constitución y el ordenamiento jurídico. Esto conlleva a señalar que la autoridad o funcionario tiene ese deber de respetar la Constitución, como norma principal de todo Estado Constitucional de derecho, teniendo la obligación y el deber de respetar y hacer cumplir los derechos fundamentales que se consagran en ello, así como también el deber de reconocer los tratados internacionales sobre derechos humanos que suscribió el Perú. Este desconocimiento ha conllevado muchas veces a responsabilidades internacionales al Estado peruano, incluso al pago de cuantiosas sumas de dinero por reparación a las víctimas.

Ahora, cuando la Constitución en su artículo 39, nos indica “que todos los funcionarios y trabajadores del Estado, están al servicio de la nación”, de igual forma nos amerita a señalar que esta autoridad como representante del Estado, se encuentra al servicio la población. Es así que, al haber sido elegido o designado para representar al Estado, tiene el deber de brindar un buen servicio, e incluso este servicio tiene que ejercerse respetando los derechos de todo lo administrado o de cada ciudadano que recurre a su entidad a buscar una solución a sus conflictos, necesidades o cualquier asunto público que requiere. Esta labor que efectúa la autoridad pública tiene que tener el objeto de proteger y garantizar los derechos del ciudadano, no solo para buscar la paz, la armonía y la supervivencia como personas humanas, sino de lograr su satisfacción en el reconocimiento y vigencia de sus derechos y más aún, que el Estado se encuentre al servicio de la población.

En ese sentido, considero que los artículos 38 y 39 de la Constitución, coadyuvan a reforzar el razonamiento que la autoridad pública sí está en las facultades y deberes de garantizar el reconocimiento de estos derechos humanos del ciudadano, por cuanto su función que cumple en representación del Estado, así como que se encuentra facultado para defender y respetar la

Constitución y no solo eso, también de hacer cumplir y hacer respetar a sus funcionarios o servidores que se encuentran bajo su dirección. Entonces al momento de ejercer esa función deberá de garantizar ese respeto a los derechos humanos, si bien no podría inaplicar una norma, a razón que no es una labor simple sino compleja, en vista de que tiene que seguir un procedimiento; pero sí puede buscar la mejor interpretación constructiva entre la norma interna y la Convención Americana, con el objeto de buscar la mejor opción de solución al caso concreto. Para eso se debe de tener en cuenta que el Estado no solo está en la obligación de garantizar, reconocer esos derechos, sino también de promoverlos para una mejor convivencia entre ciudadanos y autoridades.

## **9.2 Propuestas de cómo debería aplicarse e interpretarse este tipo de control de convencionalidad**

Entonces, nos queda claro, que la autoridad pública, tiene el deber de reconocer, defender, respetar y promover el respecto de los derechos humanos de la persona, en representación del Estado. Las siguientes propuestas son:

- a) Ante la presentación de una solicitud o requerimiento, existe la posibilidad de que haya normas que dificultan el procedimiento de la petición, así como en el otorgamiento de derechos. Esto requerirá que la autoridad pública deba armonizar entre la norma procedimental con la norma convencional, a efectos de obtener procedimientos adecuados y conducentes a una respuesta pronta de acuerdo a la pretensión que se plantea, en caso de ser positiva y conforme a ley. Deberá otorgarse respuesta inmediata, en caso de ser negativa en el reconocimiento de esos derechos, con las

razones y la justificación que corresponden, a fin de que el ciudadano pueda interponer los recursos correspondientes que franquea nuestro ordenamiento jurídico.

- b) De acuerdo a la competencia que tiene la autoridad pública, está en la obligación de atender los requerimientos del ciudadano, no pudiéndose desviar o realizar otras funciones que no le competen; por lo tanto, si bien no puede realizar control difuso administrativo y mucho menos control difuso de las normas, sí puede ejercer el control de convencionalidad en sentido constructivo, buscando la mejor interpretación que garantice los derechos humanos de la persona. Es así que deberá ejercer esta interpretación más favorable desde las disposiciones convencionales y constitucionales con las normas internas que regulan su función, y contra disposiciones administrativas que se opongan a un trámite rápido y urgente a la necesidad del ciudadano, analizando en qué caso le confiere la obtención y/o reconocimiento de ese derecho, otorgando respuesta inmediata, sin transgredir sus funciones y competencias que le fueron asignadas por la Constitución y otras normas.
- c) Si bien la autoridad está obligada a los mandatos que le asigna la Constitución a cada entidad del Estado, muchas de ellas gozan de cierta autonomía e incluso muchas de ellas están supeditadas al cumplimiento del principio de legalidad. Pero estas funciones deben de estar en concordancia con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y los derechos humanos de la Convención; ante todo, se deberá de ejercer esta función con cierta discrecionalidad a tener en cuenta no solo las normas que lo reglamentan, sino la Constitución, específicamente en el respeto a los derechos del ciudadano, a su dignidad, a su conciencia y a su libre ejercicio de la libertad de sus demás

derechos. Es decir, la autoridad no puede ser formalista a las normas o reglamentos de acuerdo a la función que desempeña, sino que muchas veces deben de actuar con cierta discrecionalidad a fin de proteger los derechos del ciudadano.

### **9.3 Es necesario su reglamentación de este control en sede interna**

Es una necesidad urgente que los Estados partes, se ponga de acuerdo y reglamenten respecto al control de convencionalidad, a fin de establecer una uniformidad internacional en las decisiones. Esta preocupación debería de provenir desde la Organización de Estados Americanos (OEA), por cuanto desde su creación de este control en el año 2006, existen ciertos problemas desde su interpretación jurisprudencial, así como de una doctrina diversa que conlleva más a confusiones en su aplicación y su interpretación, la doctrina y distintos conceptos respecto a cómo deberían cumplirse las sentencias de la Corte Interamericana, dónde disponen ejercer el control de convencionalidad, que si son o no vinculantes; si de las sentencias donde establecen responsabilidad internacional, el Estado que no fue parte del proceso o litigio es vinculante o no dicha decisión. Así como también, cómo debería de ejercerse este control por parte de la autoridad pública, si este puede o no inaplicar la norma interna o solo puede hacer interpretaciones entre la norma interna, la Convención y sus propias sentencias de la Corte, entre otros aspectos que resultan necesarios, a fin de que los Estados parte, de acuerdo a su propio sistema jurídico legislen y reglamenten sobre este control; esto con el objeto de que la autoridad no pueda actuar temerosa de ser sancionada o despedida al momento de ejercer este tipo de control o incluso de que la autoridad no pueda extralimitarse en sus funciones.

En ese sentido, el control de convencionalidad, al no estar debidamente desarrollado por la misma Convención Americana y las propias sentencias de la Corte Interamericana, nos determina a señalar que no existen bases sólidas sobre una fundamentación normativa en la Convención y muchos menos bases jurisprudenciales en sus propias sentencias de la Corte, que permitan tener como reglas o directrices en la debida aplicación e interpretación de este control, y, más aún para la autoridad pública que muchas veces no es muy conocedora de las normas internas y más aun de normas convencionales. Si bien la finalidad que tiene la Corte es positiva al buscar que toda autoridad cumpla con ejercer este control a fin de garantizar los derechos humanos de la persona en cada Estado parte, esta debe tener un sustento sólido tanto normativa como jurisprudencialmente, como debería ejercerse, más aún para este sector de autoridades.

## Conclusiones

1. La autoridad pública no puede inaplicar una norma interna. No obstante, este control de convencionalidad lo realizará desde una perspectiva de la interpretación constructiva o control débil de convencionalidad; es decir, deberá de interpretar la norma interna con la Convención y las propias decisiones de la Corte Interamericana a fin de proteger los derechos humanos de la persona.
2. La autoridad pública, mediante el ejercicio del control de convencionalidad “constructivo o débil”, deberá de buscar la interpretación más armoniosa que se encuentre acorde con las normas internas, desde la Constitución hasta la norma administrativa que le otorga facultades de decisión.



3. Es necesario que este control de convencionalidad sea reglamentado por los Estados parte, y por la misma Corte IDH, a fin de buscar y establecer uniformidad en su aplicación e interpretación, y más aún para la autoridad pública, ya que muchas autoridades no están formadas en leyes y más aún en normas convencionales; esto con la finalidad de que la autoridad no tenga temor, al momento de aplicar este control, de ser sancionado o despedido; y también, a fin de que no pueda extralimitarse en sus funciones.

## Anexos

En síntesis, tenemos el siguiente cuadro ilustrativo:

No.	Caso	Qué resuelve
1	Almonacid Arellano vs. Chile	El poder judicial debe realizar una “especie” de control de convencionalidad.
2	Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú	Los órganos del Poder judicial deben desarrollar, no solo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad, incluso de oficio.
3	Radilla Pacheco vs. México	Que el control de convencionalidad no solo es para el tratado, sino también para la propia interpretación que realiza la Corte Interamericana.
4	Cabrera García Montiel y otros vs. México	El test de convencionalidad involucra a jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.
5	Gelmán vs. Uruguay	Cualquier autoridad pública, y no solo el Poder Judicial, debe llevar la fiscalización convencional.
6	Atala Riffo y niñas vs. Chile	Se impone la adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales a los principios establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH.
7	Gelmán vs. Uruguay	Existe la obligación de las autoridades internas de efectuar el control de convencionalidad preventivo, teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte IDH.

## **Afrodescendientes en las Américas y el derecho a la educación: El caso de Uruguay**

*Oscar Zumbi Rorra Rodríguez\**

*Uno de los mayores historiadores del siglo XX señalaba que los “mitos nacionales” constituyen un problema en el que hay que saber distinguir entre lo que se impone desde arriba y lo que llega desde abajo. Estos mitos no surgen espontáneamente de la existencia real de las personas, son más bien algo que estas aprenden de alguien: de los libros, de historiadores e historiadoras, de las películas, de la televisión y, por qué no, en estos tiempos que corren, desde las redes sociales<sup>1</sup>.*

---

\* Licenciado en Psicología (Universidad de la República del Uruguay, Facultad de Psicología). Terapeuta Cognitivo Comportamental (Sociedad Uruguaya de Análisis y Terapia del Comportamiento. Con el auspicio de la Asociación Latinoamericana de Análisis y Modificación del Comportamiento. Capítulo Nacional de la *Association for Behavior Analysis*). Magister en Derechos de Infancia y Políticas Públicas (Universidad de la República del Uruguay, Facultad de Ciencias Sociales, Facultad de Derecho, Facultad de Medicina y Facultad de Psicología). Especialista en Afrodescendencia y Políticas Públicas (Universidad de la República del Uruguay, Facultad de Ciencias Sociales). Especialista en políticas públicas para la igualdad (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales). Especialista en estudios Afrolatinoamericanos y Caribeños (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales). Ex Prof. Adjunto del Programa APEX-Cerro de la Universidad de la República del Uruguay. Licenciado en Psicología del área de Denuncias e Investigación de la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo del Uruguay.

1 Ministerio de Desarrollo Social, *Plan Nacional de Equidad Racial y Afrodescendencia*. Montevideo, 2019.

## Introducción

En el contexto latinoamericano, Uruguay es reconocido por su carácter precursor en materia de políticas de universalización de la enseñanza formal. El impacto de la progresiva expansión de la oferta de la educación básica iniciada desde fines del siglo XIX, disminuyó sensiblemente las tasas de analfabetismo en el país, que pasaron de representar el 35.4 % de la población de 15 y más años en 1908 al 3.2 % en 1996 2002 (INE) y 1.5 % en 2011, según el Instituto Nacional de Estadística. El sistema educativo uruguayo logra consolidarse en la primera parte del siglo XX; a partir de la década de 1950, se logró un fuerte incremento de la matrícula de enseñanza primaria y secundaria, etapa en la que, además, se constata un creciente acceso de las mujeres y de la población perteneciente a los estratos sociales más bajos<sup>2</sup>.

Desde la fundación del estado-nación uruguayo, la educación ha invisibilizado a las minorías étnico-raciales, ignorándolas en los contenidos curriculares y en los conflictos de convivencias existentes, teniendo como consecuencia una fuerte discriminación racial. La ausencia de políticas educativas tendientes a mitigar dicha problemática, tiene como consecuencia desempeños escolares descendidos y la deserción precoz originada en comparación con el resto de la población. La forma de discriminación la constituyen acciones institucionales como la ausencia de contenidos identitarios y la ausencia de respuestas ante hechos de discriminación concretos por parte del Estado<sup>3</sup>.

- 
- 2 Calvo, J. (coord.), Borrás, V., Cabella, W., Carrasco, P., De los Campos, H., Koolhaas, M., Macadar, & Varela C. *Atlas sociodemográfico y de la desigualdad del Uruguay. Fascículo 1: Las necesidades básicas insatisfechas a partir de los censos 2011*. Instituto Nacional de Estadística, Programa de Población de la Facultad de Ciencias Humanas e Instituto de Economía de la Facultad de Ciencias Económicas. Universidad de la República, Ministerio de Desarrollo Social, Fondo de Población de las Naciones Unidas. Montevideo, Uruguay, 2013.
  - 3 Rorra, O. “La escuela racializada y sus impactos subjetivos en las niñas y niños

Como antecedentes nacionales sobre la educación y la discriminación racial en niños y niñas afrouruguayos se pueden citar los estudios “Escuela pública y racismo: borradores para una investigación necesaria”<sup>4</sup>; la Encuesta Continua de Hogares (en adelante, ECH)<sup>5</sup>; y, el “Panorama de la Infancia y Adolescencia en la Población Afrodescendiente”. Este estudio forma parte de *Población afrodescendiente y desigualdades étnico-raciales en Uruguay*<sup>6</sup>.

El Código de la Niñez y la Adolescencia (2004) en su artículo 9° (Derechos esenciales) define que todo niño y adolescente tiene derecho a la educación y a ser tratado en igualdad de condiciones, cualquiera sea su sexo, su religión, etnia o condición social. Bajo esta premisa se propone la producción de conocimiento innovador al respecto de las relaciones multiculturales en la escuela, así como colaborar con la tendencia internacional de la inclusión de las multiculturalidades en la agenda pública del Uruguay.

Las desigualdades entre la población afrouruguaya y el resto de la población uruguaya tiene una de sus manifestaciones más visibles en el terreno de la participación y el desempeño educativo. Los estudios realizados hasta el momento consignan que, a pesar de que las sucesivas generaciones de uruguayos logran acumular más años de estudio, las brechas entre “blancos”

---

afrouruguayos”. Tesis de Maestría. Universidad de la República, Facultad de Psicología. Montevideo, 2015.

4 Florit, H. “Escuela pública y racismo: borradores para una investigación necesaria”. En: *Quehacer Educativo. Revista Técnico Docente*, No. 14. 2ª. época. Junio a noviembre de 1994. FUM-TEP. Uruguay. Pp. 14-15.

5 Instituto Nacional de Estadística (INE). *Encuesta Continua de Hogares*. Montevideo. 1996 y 2006.

6 Cabella, W., Nathan, M. y Tenenbaum, M. *Atlas sociodemográfico y de la desigualdad del Uruguay. Fascículo 2. La población afrouruguaya en el censo de 2011*. Trilce, Montevideo, 2014.

y “negros” permanecen estables o experimentan mejoras de muy baja magnitud<sup>7</sup>. Asimismo, el promedio de años aprobados en el sistema educativo en las personas con ascendencia afrodescendiente está por debajo del observado entre las personas de ascendencia blanca en todas las edades mayores a 15 años. Incluso, la diferencia por ascendencia es mayor a la diferencia de género<sup>8</sup>.

La ausencia de antecedentes contemporáneos a nivel nacional y lo incipiente del tema, hace pertinente su estudio y análisis. La situación de las niñas, los niños y adolescentes afrouruguayos es desfavorable en relación al resto de la población, presentando índices descendidos en todas las áreas, destacándose la educativa<sup>9</sup>. En lo que refiere al ámbito escolar, el rezago escolar es el doble en la población afrouruguaya en comparación al resto de la población. En varios estudios, la escuela primaria es la más mencionada como ámbito discriminador<sup>10</sup>.

---

7 Cabella, Wanda. “Panorama de la infancia y la adolescencia en la población afrouruguaya”. En: Scuro, L. (coord.) *Población afrodescendiente y desigualdades étnico raciales en Uruguay*. PNUD, Parlamento del Uruguay, AECID, INE, UNIFEM, UNFPA. Montevideo. 2008; Porzecanski, R. “Raza y desempeño educativo en el Uruguay contemporáneo: Un análisis de la brecha entre afro-descendientes y blancos”. Trabajo presentado en el III Congreso de la Asociación Latinoamericana de Población, realizado en Córdoba, Argentina, del 24 al 26 de septiembre de 2008.

8 Bucheli, Marisa; Cabella, Wanda. “El perfil demográfico y socioeconómico de la población uruguaya según su ascendencia racial”. INE. 2007. Disponible en [www.ine.gub.uy](http://www.ine.gub.uy); Bucheli, Marisa; Porzecanski, Rafael. “Desigualdades salariales y discriminación por raza en el mercado de trabajo uruguayo”. En: Scuro, L. (coord.) *Población afrodescendiente y desigualdades étnico raciales en Uruguay*. PNUD, Parlamento del Uruguay, AECID, INE, UNIFEM, UNFPA. Montevideo. 2008.

9 INE 2006-2007.

10 Florit, H. “Escuela pública y racismo...”. Pp. 14-15. También Rudolf, S., Díaz, A., Díaz J., Ricarte, C., & Rorra, O. “Las vivencias de la discriminación en la población afrodescendiente uruguaya”. En: Scuro, L. (coord.) *Población*

En el caso de la secundaria, a partir de los 12 años, la proporción de estudiantes en general que asisten a un establecimiento educativo comienza su curva descendente y se empieza a ampliar la brecha entre la población afrouruguaya y el resto de la población. Uno de cada dos jóvenes de 18 años dejó de asistir a la educación formal, entre las y los afrouruguayos. Esta proporción asciende a dos de cada tres jóvenes.

A la hora de evaluar los avances en términos de equidad étnica-racial que hoy existe en Uruguay, la mirada se detiene en las adecuaciones institucionales que de manera paulatina se han instalado dentro del Estado y en la existencia de una normativa que ampara la conquista de los derechos de ciudadanía de la población afrouruguaya. Este análisis constituye un desafío, dado el escaso desarrollo de investigaciones sobre la educación desde una perspectiva étnico-racial en el Uruguay. La brecha racial respecto al ámbito educativo refleja un conjunto de prácticas racistas que evidencian aún una realidad estructural del Estado uruguayo.

Para ello, la estrategia metodológica de este trabajo fue una aproximación teórico-conceptual sobre raza, educación, desigualdad y derecho a la educación. Se realizó una búsqueda de material vinculado directa e indirectamente a la temática de la investigación disponible a nivel nacional e internacional. Se consultaron estudios sociodemográficos nacionales sobre los indicadores de educación y exclusión afrodescendiente.

## 1. Obligaciones de los Estados sobre el principio de igualdad y no discriminación en América Latina y el Caribe

Existen aproximadamente 200 millones de afrodescendientes en las Américas. Las y los afrodescendientes se encuentran entre los grupos minoritarios más vulnerables del hemisferio. Es necesario destacar que en la Declaración de la Conferencia de Santiago y en la Declaración de la Conferencia de Durban, los Estados Americanos reconocieron que las y los afrodescendientes tienen que hacer frente a la segregación racial como resultado de prejuicios y discriminaciones sociales que prevalecen en las instituciones de los Estados, reconociendo, además, que esto se debe a los siglos de esclavitud y el olvido histórico de sus derechos<sup>11</sup>.

En el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (en adelante, “Sistema Interamericano”, o “SIDH”), la defensa de los derechos de personas y grupos históricamente discriminados han sido una prioridad en general y, en particular, la población afrodescendiente de las Américas. En este marco, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Comisión”, “la Comisión Interamericana” o “la CIDH”), ha promovido los derechos humanos de los grupos étnico-raciales. Un ejemplo de eso fue que en el 2005 se dispuso la creación de una Relatoría especializada sobre los Derechos de las Personas Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial, la cual ha expresado de manera reiterada su preocupación en relación al acceso y garantía de los derechos humanos de las personas afrodescendientes en las Américas<sup>12</sup>.

---

11 OEA. Secretaría de Asuntos Jurídicos (SAJ), Departamento de Derecho Internacional (DDI), Afrodescendientes.

12 *Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de las personas afrodescendientes*, 2021.



El derecho humano de igualdad ante la ley se encuentra consagrado y protegido por variados y diferentes instrumentos del Sistema Interamericano; la Convención Americana; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y, la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, tratados que consagran la garantía del derecho a la igualdad para todas las personas en condiciones de no discriminación. Por su parte, la Carta Democrática Interamericana dispone la eliminación de todo tipo de discriminación, especialmente la étnica y la racial, así como las diversas formas de intolerancia.

La jurisprudencia interamericana ha señalado en innumerables oportunidades que la igualdad se basa en la naturaleza humana y no se desliga de la dignidad esencial personal, por lo que considera incompatible con la superioridad en privilegios de un grupo humano respecto de otros. Por consiguiente, la Comisión reafirma la importancia de eliminar todas las formas de discriminación, directas, indirectas y múltiples.

Tanto la Comisión como la Corte IDH han emitido observaciones de forma sistemáticas a los Estados sobre su obligación a adoptar todas las medidas que sean necesarias para luchar contra la discriminación directa e indirecta, entre ellas eliminar las leyes con contenido discriminatorio de su ordenamiento jurídico; así como abstenerse de expedir leyes con lenguaje discriminatorio; combatir los esquemas y creencias discriminatorias; y, promulgar normas y adoptar las medidas necesarias, como acciones afirmativas, para el reconocimiento de la igualdad efectiva de todas las personas ante la ley.

Sobre esta base, el Sistema Interamericano entiende que existe una igualdad formal y una igualdad material. La primera implica la exigencia de criterios razonables y objetivos para prohibir

tratos diferenciales arbitrarios. La segunda, la igualdad material o estructural, reconoce que hay grupos poblacionales que requieren de medidas afirmativas como forma de equiparación, particularmente aquellos expuestos a especiales condiciones de vulnerabilidad que los sitúa en una posición de desventaja y obstaculiza el ejercicio de sus derechos.

## **Racismo estructural en las Américas**

En 1965, la Asamblea General de la ONU firma y adopta la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (en adelante, “CERD”). La CERD define la discriminación racial como: “(...) toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”<sup>13</sup>.

Aunque científicamente se haya demostrado que el concepto de raza es una construcción social e ideológica, en el espacio simbólico y en el cotidiano social, aún tiene impacto. El término ha sido utilizado para clasificar y excluir sistemáticamente a miembros de determinados grupos y otorgarles valor social a otros. El racismo actualmente se refiere a comportamientos cargados de odio y menosprecio hacia personas con características diferentes. El racismo afirma la existencia de un orden racial y de la inferioridad “innata” o “natural” de un grupo humano sobre otro, o lo que es lo mismo, la superioridad del propio colectivo.

---

13 Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. (Artículo 1, Inciso 1.)

El lenguaje con que se expresa el racismo es variable, así como la severidad de sus consecuencias, pero tiene hoy en día la finalidad de marcar las diferencias y perpetuarlas. El racismo encubre las relaciones de explotación y dominación; por lo tanto, el foco de atención debe ser el discurso de raza, como forma de identificar, constituir y excluir colectividades sociales<sup>14</sup>.

Diversas teorías religiosas y académicas han sido elaboradas para apoyar opiniones raciales del mundo. La esclavitud y el colonialismo tenían sus cimientos en filosofías racistas. La idea de una misión civilizadora sirvió de justificación para la opresión religiosa y cultural. Las formas modernas de racismo como el nazismo y el apartheid reconstruyeron el conjunto del Estado en torno a una ideología racista. De igual modo, el nacionalismo anticolonial se formuló en muchos lugares de modo que creaba y perpetuaba la discriminación por motivos de raza. Las medidas anatómicas, el tamaño de la cabeza y el color de piel comenzaron a ser clasificados como rasgos de tipologías raciales específicas, correlatos de los supuestos niveles de inteligencia o estadios de civilización. El colonialismo fue la principal fuente para la difusión de las ideas sobre las diferencias raciales entre los europeos y los pueblos “descubiertos”<sup>15</sup>.

Existe una relación entre teorías, ideologías racistas y las políticas públicas que se fundamentan en ellas, y los sistemas económicos que dependen de la explotación de grupos desfavorecidos. Muchos profesionales del derecho conceden una gran importancia a la diferencia entre prejuicio y discriminación, la diferencia entre racismo como prejuicio o cómo discriminación. El prejuicio es una actitud racista que se encuentra en la intimidad de las convicciones personales y

---

14 Stolke, A. *Racismo y sexualidad en la Cuba Colonial*. Alianza, Madrid. 1992.

15 Omi, M. & Howard, W. *Racial Formation in the United States: From the 1960's to the 1980's*. Routledge, New York. 1986.

alimenta, inevitablemente, la discriminación ejercida a partir de las funciones que el particular prejuicioso desempeña en el espacio público:

(...) el prejuicio se transforma en una costumbre –se arraiga en la mentalidad como si no tuviese historia– y el paisaje social estratificado racial y étnicamente que crea y reproduce se transforma en una especie de naturaleza inamovible (...). La reproducción de ese medio social estratificado por raza y etnia retroalimenta, a su vez cerrando el círculo, el prejuicio personal, pues permite pensar que la desigualdad omnipresente tiene una razón de ser en supuestas cualidades “naturales” que determinan la inferioridad de las posiciones sociales de los no blancos<sup>16</sup>.

En tanto que discriminación es la concreción de esa convicción personal en la esfera pública. Además, la discriminación, por su parte, consiste en ofrecer oportunidades y tratamiento, negativamente diferenciado, a las personas sobre las cuales recae el prejuicio racial, lo que acaba por restringir su acceso al pleno usufructo de recursos, servicios y derechos.

Las situaciones de racismo estructural de las personas afrodescendientes han sido informadas y denunciadas a nivel internacional por la sociedad civil afro latinoamericana durante décadas. Se ha reclamado a los países que realicen acciones para restituir los derechos de esta población, señalando el agravamiento de la desigualdad étnico-racial a causa de las ausencias de políticas públicas destinadas a la reparación de las causas de la trata esclavista y la discriminación racial.

---

16 Segato, R. *La nación y sus otros: introducción/identidades políticas/la monocromía del mito*. Prometeo, (S-D). 2007(a).

Así mismo, la Comisión ha realizado llamados a los Estados del hemisferio a impulsar un cambio estructural que garantice la igualdad formal y material para todos los grupos étnico-raciales. En esa medida, solicita otorgar reparaciones integrales, con el objetivo de lograr la visibilización y divulgación de la memoria histórica. Además, adoptar medidas de satisfacción, restitución de derechos, garantías de no repetición, rehabilitación e indemnización por violaciones sufridas, integrando una perspectiva interseccional e intercultural, en consonancia con los estándares del Sistema Interamericano y los lineamientos del Plan de Acción del Decenio de las personas afrodescendientes en las Américas (2016-2025)<sup>17</sup>.

## **2. Los datos como defensa de los derechos de las personas afrouruguayas**

Uruguay abolió la esclavitud pero luego de más de dos siglos de dicha realidad, la población afrouruguaya continúa sufriendo, hasta hoy, las consecuencias estructurales del racismo. La población afrouruguaya es la minoría étnico-racial de mayor presencia numérica en el país. A pesar de ello, la posibilidad de analizar cuantitativamente sus características sociodemográficas es reciente. Pasaron 159 años sin que se incluyeran preguntas orientadas a recabar datos sobre la raza en los censos nacionales; el único antecedente al Censo de Población de 2011 fue el censo de 1852.

Entre estos dos censos, no existió ningún instrumento oficial que incluyó una pregunta para captar la condición étnico-racial de la población; solo a fines de la década de los noventa se vuelve

---

17 OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Prensa Comunicados, 2020. 216 (UNFPA, 2012).

a contar con datos sobre raza en Uruguay, a partir de preguntas incorporadas en distintas ediciones de la Encuesta Continua de Hogares (ECH), un instrumento oficial que está orientado a relevar información sobre las características de los hogares y la población<sup>18</sup>.

El Censo de 2011 consistió en contabilizar en términos porcentuales, que el 8.1 % de la población total del Uruguay es afrouruguaya, cifra algo por debajo de los datos recogidos por la ENHA 2006 y la ECH entre los años 2007-2012. Dichos porcentajes varían entre el 9.1 % y 10.6 %, según el año considerado. Los datos de la ENHA 2006 indicaron que el 9.1 % de la población declara tener ascendencia afro o negra, mientras que en la ECH se alcanza el 10.6 % en 2008; 9.9 % en 2010; y, el 9.4 % en 2011, por mencionar algunos años.

Estudios cualitativos y cuantitativos que han surgido en el Uruguay en los últimos 24 años, a través de las encuestas continuas de hogares (1996-1997 y 2006) y el Censo 2011, proyectan que la población afrouruguaya representa el 8.1 % del total de la población del país. Los indicadores de vulnerabilidad de dicha población referente al bienestar socioeconómico, educación, salario, pobreza y necesidades básicas insatisfechas, son sistemáticamente más bajos que en el resto de la población.

Los resultados de los estudios de los años 1996 y 1997 muestran como principales resultados que las personas de “raza negra” declararon haber alcanzado menores niveles de instrucción en proporciones muy significativamente mayores al conjunto de la población. El mayor porcentaje alcanzó sólo Primaria y entre los que alcanzaron nivel secundario, una proporción sustancial cursó Enseñanza Técnica. También hay

---

18 Calvo, J. (coord. Et al). *Atlas sociodemográfico y de la desigualdad del Uruguay...* 2013.

que destacar que presentan mayor proporción de deserción en prácticamente todos los niveles de enseñanza<sup>19</sup>.

En el año 2006 se realiza la segunda ECH que incluye la variable etnia-raza, ocasión en la cual se profundizan los datos respecto a la educación y afrodescendencia. Este estudio refuerza que, en la etapa primaria, si bien es casi universal el acceso al sistema tanto para “blancos” como a las personas afrouruguayas, los estudiantes “blancos” tienen niveles de rezago y repetición claramente menores.

Entre la población que en 2006 contaba con edad escolar de 6 a 11 años, un 29 % de las personas afrouruguayas repitió al menos un año de estudios, frente a un 18 % del resto de la población. En el ciclo secundario también se aprecian desigualdades evidentes, teniendo las y los afrouruguayos menores niveles de cobertura y mayores guarismos de abandono y repetición. La ECH registra un 63 % de jóvenes afrodescendientes de 12 a 17 años estudiando en secundaria frente a un 78 % de “blancos”. Finalmente, entre las múltiples desigualdades existentes en la rama superior de educación, vale destacar que sólo un 6.5 % de estudiantes afrodescendientes de entre 18 y 24 años completó al menos un año de educación terciaria, frente a un 17.4 % de la población blanca de tales edades<sup>20</sup>.

En el último informe realizado sobre el estado de la educación en Uruguay 2017-2018 se concluye que, si bien se ha avanzado en el egreso de media superior –que aumentó de 24 % a 36 % entre 2006 y 2018–, en el caso de los jóvenes de 23 años las mejoras respecto a 2006 son claras – de 32 % a 43 % en 2018–, pero la magnitud del cambio en un período tan importante de tiempo

---

19 Beltrami, M. *Encuesta continua de hogares. Módulo de raza. Principales resultados*. Instituto Nacional de Estadística, Montevideo. 1998.

20 Porzecanski, R. “Raza y desempeño educativo en el Uruguay...”. 2008.

es escasa –11 puntos porcentuales en 12 años–. En 2018, un 51 % de la población de 23 años abandonó el sistema educativo sin finalizar la educación obligatoria. A nivel de egreso de la educación obligatoria, Uruguay mantenía en 2017 su ubicación inferior respecto al promedio de América Latina y a países como Brasil y Chile.

La distancia con el promedio de América Latina era de 20 puntos porcentuales en 2007 y de 22 en 2017. Lo que refiere al cambio en el patrón de desigualdad: la diferencia entre la proporción de cambio entre los adolescentes de bajos y altos ingresos no varía significativamente y continúa siendo menor la proporción de asistentes entre los de menores ingresos que entre los de ingresos medios y altos<sup>21</sup>. ( ).

A pesar de que las sucesivas generaciones de personas uruguayos logran acumular más años de estudio con los gobiernos de izquierda las brechas entre la población afrouruguaya y el resto de la población permanecen estables o experimentan mejoras de muy baja magnitud. El promedio de años aprobados en el sistema educativo por personas con ascendencia afrodescendiente está por debajo del observado entre las personas de ascendencia europea en todas las edades mayores a 15 años<sup>22</sup>.

En materia de analfabetismo, los datos del Censo 2011 manifiestan que las y los afrouruguayos cuentan con las mayores tasas frente al resto de la población en todos los departamentos del país: “(...) oscila entre el 1 % y 2 % hasta el grupo 35-39 años y luego experimenta un aumento abrupto, llegando a ubicarse en

---

21 *Informe sobre el estado de la educación en Uruguay 2017-2018*.

22 Cabella, W., et al. *Atlas Sociodemográfico y de la desigualdad del Uruguay. Fascículo 2*. Florit, H. “Escuela pública y racismo...”, pp. 14-15.



valores superiores al 10 % entre las personas de 75 y más años; la proporción de analfabetos entre los no afrodescendientes, en cambio, es inferior al 1 % en las edades comprendidas entre 15-45 años y si bien presenta un aumento a partir de esa edad, se mantiene siempre por debajo del 6 % de la población”<sup>23</sup>.

La brecha étnico-racial en el ámbito educativo se va extendiendo gradualmente a medida que aumenta la edad de la población estudiantil. En relación a eso, un análisis realizado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante, “CEPAL”) muestra, a partir de datos del Censo 2011, que el porcentaje de niños, niñas y adolescentes entre los 12 y 17 años que concurren a un establecimiento educativo, es del 83.1 % para la población no afrodescendiente y del 74 % para la población afrodescendiente. Uruguay presenta en este tramo etario las mayores desigualdades de América Latina, debido a que la escolarización de las personas afrodescendientes de este grupo es algo menos de la mitad respecto a la de los jóvenes no afrodescendientes (36 %)<sup>24</sup>.

Mientras que las personas afrouruguayas tienen en promedio 6.9 años de educación, el resto de la población cuenta en promedio con 8.4 años. Sólo el 13 % de la población afrodescendiente supera el nivel educativo de secundaria, respecto a un 18 % del resto de la población. En la población no afro, casi un 9 % logra culminar el nivel terciario y menos del 3 % de las personas afrodescendientes alcanzan a cursar este nivel. Lo anterior da

---

23 Cabella, W., et al. *Atlas Sociodemográfico y de la desigualdad del Uruguay. Fascículo 2*.

Florit, H. “Escuela pública y racismo...”, pp. 14-15.

24 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), “Afrodescendientes y la matriz de la desigualdad social en América Latina: retos para la inclusión”, Documentos de Proyectos (LC/PUB.2020/14), Santiago, 2020.

cuenta que las tasas más altas de desafiliación en el sistema educativo se presentan en la población afro<sup>25</sup>.

Asimismo, existe una segmentación de la participación estudiantil en la oferta educativa en relación de la condición étnico-racial. Por cada niña o niño afrouruguayo que concurre a un establecimiento de enseñanza privada de primaria, hay trece niños y niñas que asisten a un establecimiento público. Entre los no afrodescendientes este indicador es mucho más bajo: por cada persona que asiste a un establecimiento privado hay cuatro que lo hacen en una institución pública. Las dificultades de los afrouruguayos para acceder a una oferta de instituciones educativas de buena calidad podría afectar negativamente el desempeño escolar y el abandono del sistema educativo<sup>26</sup>.

### 3. Políticas de educación y racismo en el Uruguay

La educación de la población afrouruguayo se remonta en el siglo XVIII, cuando el Cabildo fundó la primera escuela municipal de varones, a la que podían asistir los estudiantes afrouruguayos, sin relacionarse con los hijos de padres españoles. En 1815 se fundó la Escuela de la Patria, donde se impartió educación primaria destinada a niños de todas las clases y etnias. En 1826, la Provincia Oriental dispuso el establecimiento de escuelas de primeras letras a lo largo del territorio, y en 1830 mediante comunicados en la prensa se denunciaba la discriminación de que eran objeto los pardos y morenos en las escuelas públicas.

---

25 *Plan Nacional de Equidad Racial y Afrodescendencia*, 2019.

26 Cabella, W., et al. *Atlas Sociodemográfico y de la desigualdad del Uruguay. Fascículo 2*. Florit, H. "Escuela pública y racismo...". En: *Quehacer Educativo. Revista Técnico Docente* No. 14. Pp. 14-15.

La educación para los sectores populares iba de la mano de la educación de labores técnicas más que intelectuales y un acceso limitado a la educación. En 1879 fue fundada la Escuela de Artes y Oficios, para recluir a los vagos e incorregibles; más que una institución para la formación técnica, era un ámbito de corrección de los sectores populares. Un ejemplo de ello era que estaba bajo la órbita del Ministerio de Guerra y Marina. “Donde negros y blancos confundándose no se veía en aquellos niños otra cosa que futuros ciudadanos pacíficos, laboriosos y honrados, sin más distintivo que el de su talento y virtudes”<sup>27</sup>.

A principios del siglo XX, la educación fue concebida como un instrumento de cambio social y de progreso que trató de revertir las desigualdades existentes, y aunque en estas décadas parecía superada la problemática de la inclusión de los niños afrodescendientes en las aulas, subsistían dificultades en la asistencia y culminación del ciclo educativo primario. Finalizando la década de los treinta, la existencia del analfabetismo entre afrodescendientes era mencionada por integrantes del colectivo a través del periódico *Rumbos*, donde además se exhorta a los adultos a asistir a los cursos ofertados por el Estado. Para 1947, en la *Revista Uruguay*, se llegó a afirmar que de aquellos afrouruguayos y afrouruguayos que habían cursado estudios primarios, entre un 50 % y 70 % no había concluido el ciclo escolar completo<sup>28</sup>.

En sociedades como las nuestras en la cual la educación es una de las herramientas para acceder al bienestar particular

---

27 Frega, A., Chagas, K., Montaña, O. & Stalla, N. “Breve historia de los afrodescendientes en el Uruguay”. En Scuro, L. (coord.). *Población afrodescendiente y desigualdades étnico-raciales en Uruguay*, 2008. Pp. 5-102.

28 Chagas, K., y Stalla, N. “De la esclavitud a la abolición”. En: Scuro, L. (coord.) *Población afrodescendiente y desigualdades étnico-raciales en Uruguay*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Uruguay, 2008. Pp. 7-24.

y económico, este determinismo se visualiza más acentuado. En un mismo espacio educativo transitan realidades sociales heterogéneas; uno de estos es la de los estudiantes afrouruguayos. Existe una extensa bibliografía que evidencia que la brecha educativa persiste en las personas de origen afrodescendiente respecto al resto de la población y que dicha desigualdad racial instituye una de las principales fuentes de las diferencias sociales<sup>29</sup>.

A la hora de evaluar los avances en términos de políticas públicas de la comunidad afrouruguaya que hoy existen en el Uruguay, la mirada se puede detener en las adecuaciones institucionales que de manera paulatina se han instalado dentro del Estado. El actuar institucional respecto a la agenda afrouruguaya se expresa en la conformación de dependencias y equipos de trabajo dentro del Estado. Asimismo, el posicionamiento del tema étnico-racial dentro del Estado surge de la existencia de un escenario internacional de articulación de movimientos afrodescendientes de varios países de América Latina y el Caribe, en el que se logra asentar una plataforma programática para la diáspora y, fundamentalmente, del trabajo organizativo y de la capacidad política del movimiento social afrouruguayo<sup>30</sup>.

Desde la fundación del estado-nación, la educación ha invisibilizado a las minorías étnico-raciales ignorándolas en los contenidos curriculares y en los conflictos de convivencias existentes, cuyo origen es el racismo estructural. El abandono

---

29 UNFPA, “Población afro en Uruguay: ahora visibles, pero aún sin políticas. Apuntes para el debate del Fondo de Población de Naciones Unidas en Uruguay”, No. 1. 2012, Disponible en: [http://www.unfpa.org.uy/userfiles/publications/65\\_file1.pdf](http://www.unfpa.org.uy/userfiles/publications/65_file1.pdf).

30 Ministerio de Desarrollo Social, *Plan Nacional de Equidad Racial y Afrodescendencia*. Montevideo, 2019.

de políticas educativas tendientes a mitigar dicha problemática, tiene como consecuencia desempeños escolares descendidos en comparación con el resto de la población<sup>31</sup>.

En el año 2005, el Estado uruguayo comenzó a gestionar diferentes ámbitos y estrategias de implementación de legislación y políticas públicas para la lucha contra la discriminación racial. En materia de legislación, se destacan dos importantes avances. En primer lugar, en 2008 se aprueba la Ley General de Educación (Ley 18.4373) que se posiciona como el puntapié inicial para un cambio de paradigma en torno a las desigualdades, reconociendo a la educación como un derecho humano fundamental, alineado a la normativa internacional ratificada por Uruguay. Asimismo, asume que el Estado deberá asegurar a los colectivos vulnerados la generación de oportunidades para el pleno goce del derecho, reconociendo por ende la existencia de inequidades.

En segundo lugar, en 2013 se aprobó la Ley 19.1224 “Afrodescendientes: Normas para favorecer su participación en las áreas educativa y laboral”. La misma reconoce que la población afrodescendiente que vive en el territorio uruguayo como descendiente de personas esclavizadas y víctimas del tráfico y la trata esclavista, ha sido víctima histórica del racismo y la discriminación por parte del Estado y la sociedad toda. Concretamente en materia educativa, prevé dos medidas, a saber: a) la incorporación de cupos específicos en todas las becas y apoyos educativos que brinda el Estado, reconociendo su rezago histórico producto de las desigualdades raciales, y b) insta a incorporar la historia y el aporte de la comunidad afro en la construcción histórica, política y cultural, en las currículas educativas y en la formación docente.

---

31 Calvo, J. (coord.), et al. *Atlas sociodemográfico y de la desigualdad del Uruguay. Fascículo 1*. 2013.

En lo que refiere a la ejecución de las políticas públicas se enfatizó en la creación los llamados Mecanismos de Equidad Racial (en adelante, “MER”). Dichos mecanismos han sido definidos como el conjunto de una nueva institucionalidad, que por lo general tienen las siguientes características: “1) ubicación dentro de la estructura orgánica del Poder Ejecutivo; 2) funciones y competencias que le son reconocidas; 3) recursos que le son asignados; y 4) roles diferenciados entre actores de sociedad civil y ámbito estatal”<sup>32</sup>.

A continuación, se enumeran los MER que se crearon, entendiendo como los espacios institucionales para la formulación, implementación y/o seguimiento de políticas educativas con énfasis en la equidad étnico-racial.

1. Grupo de Trabajo para la revalorización de los aportes de la afrodescendencia a la historia y cultura de Uruguay en el Ministerio de Educación y Cultura (2011-2015).
2. Sección de Promoción y Coordinación de Políticas Públicas de Acciones Afirmativas para Afrodescendientes en el Ministerio de Educación y Cultura (2005-2015).
3. Grupo de Trabajo Étnico Racial en la Administración Nacional de Educación Pública (2012- 2015).
4. Grupo de Trabajo sobre Educación y Afrodescendencia en la Dirección Nacional de Educación del Ministerio de Educación y Cultura (2016-2019).

Estas formas organizativas, tuvieron la intención de incluir la perspectiva de la equidad étnico-racial en educación primaria y secundaria. Para ello se realizaron diferentes acciones, como

---

32 *Plan Nacional de Equidad Racial y Afrodescendencia*. Ministerio de Desarrollo Social, Montevideo. 2019.

debates educativos, creación de materiales y coordinaciones entre los diferentes subsistemas de la educación.

Durante este periodo (2005-2019), los diagnósticos y las evaluaciones educativas por parte del Estado Uruguayo fueron una gran preocupación generalizada. Siendo el responsable de dichas tareas el Instituto Nacional de Evaluación Educativa (INEED) cuya misión es: “Orientar la toma de decisiones informada para contribuir a que se garantice el derecho de los educandos a recibir una educación de calidad; aportar información para el diálogo, debate y construcción de políticas educativas en nuestro país, sobre una base de información relevante, rigurosa y válida, construida desde una posición de independencia y transparencia; y promover la articulación de las diversas perspectivas y valoraciones acerca de la educación”.

Ante este análisis se podría concluir de forma apresurada que las políticas públicas de los últimos años no han tenido los resultados esperados, sin embargo, es necesario continuar profundizando sobre algunos aspectos.

En Uruguay se han aplicado políticas específicas para las personas en situación de pobreza obteniendo logros que han permitido su disminución de los hogares de un 40 % (2005) a un 8.8 % (2019). Pero aún existen sectores particulares que obligan a buscar soluciones específicas. Estos padecen situaciones de desigualdad estructural cuyas raíces se prolongan a lo largo de siglos, siendo un ejemplo de ello el caso de las personas afrouruguayas. La ideología colonial y el racismo institucional continúa permeando la instrumentación de las políticas públicas con perspectiva étnico-racial, sobre todo a lo que refiere a la desestructuración del pensamiento colonial, el racismo

institucional y las dificultades concretas en la instrumentación de la política social<sup>33</sup>.

Estas definiciones fueron un logro de la sociedad civil, que luego de la finalización del golpe de Estado cívico-militar comenzaron a exigir la inclusión de la variable étnico-racial a través de la autoidentificación, como un derecho humano inherente a la identidad.

Este trabajo subraya, como en estudios anteriores, que para generar políticas públicas de educación que reviertan la discriminación racial, es necesario analizar las estructuras del pensamiento colonial y el racismo estructural que durante el periodo analizado continuaron inalteradas<sup>34</sup>.

Un camino posible de identificación del problema son las categorías de racismo de CEPLA (2006), descritas anteriormente, y cómo ellas actúan en todos los estamentos de los gobiernos de izquierda. Las categorías de racismo “de costumbre”, de convicción y el emotivo fueron factiblemente las cuales guiaron las políticas de educación en este periodo, ya que las acciones para la lucha contra la discriminación racial en el ámbito educativo no se establecieron en cambios estructurales sino en coaliciones periféricas de la institucionalidad y sus subsistemas.

---

33 Gainza, P. “Desafíos en la instrumentación de políticas públicas con perspectiva étnico-racial”. En *Horizontes críticos sobre afrodescendencia en el Uruguay contemporáneo*. Primera Jornada Académica sobre Afrodescendencia. Montevideo. 2016.

34 Calvo, J. (coord.), et al. *Atlas sociodemográfico y de la desigualdad del Uruguay. Fascículo 1*; Rorra, O. “La escuela racializada y sus impactos subjetivos...”. 2015. Gainza, P. “Desafíos en la instrumentación de políticas públicas...”. En: *Horizontes críticos sobre afrodescendencia en el Uruguay contemporáneo*.



La lucha contra el racismo institucional, a través de sus prácticas institucionales, se mantuvo intacta, ya que continua la reproducción de las desventajas de la población no blanca<sup>35</sup>. En líneas generales, las estrategias de intervención de los MER se han caracterizado por su heterogeneidad de enfoque, tiempo de ejecución y nulo impacto socioeconómico<sup>36</sup>. Estas institucionalizaciones del tema fueron fragmentadas con objetivos y fines diversos, entrampadas en diferentes agencias estatales perteneciendo a un modelo de desarrollo de orientación liberal en el que la nueva “cuestión social” se asimila principalmente a la pobreza y las estrategias básicas son asistenciales. La estrecha relación de la población afrodescendiente con el racismo estructural es clave para pensar niveles de desarrollo de políticas públicas y una nueva institucionalidad.

En un marco de derechos humanos, debemos promover la idea de que todos los seres humanos somos iguales ante la ley y que la existencia de razas deriva de un proceso histórico-social, cuyo principal objetivo es lograr la dominación de una parte de la humanidad en beneficio de otra. En este sentido, en la actualidad todas las personas con información podemos llegar a comprender y aceptar la inexistencia de razas, la igualdad entre los seres humanos y la no discriminación. Sin embargo, esto no es suficiente si lo que se quiere promover es una estrategia de combate al racismo y de promoción de la equidad étnico-racial.

Se constituyen como elementos indispensables en este sentido la revisión de las políticas sociales con perspectiva étnico-racial, la asignación de recursos técnicos y materiales a estas líneas de trabajo, la generación de una pedagogía de la descolonialidad y de la desestructuración del racismo, la

---

35 Segato, R. *La nación y sus otros...* 2007.

36 ECH, 2016.

generación de políticas públicas con perspectiva de derechos humanos, así como la generación de indicadores (cualitativos y cuantitativos) que den cuenta del proceso de desestructuración del racismo institucional<sup>37</sup>.

Ante esta realidad resulta necesario construir planes de desarrollo integrales que trabajen el racismo y la discriminación racial a nivel institucional a través del diseño de políticas públicas y acciones afirmativas de carácter estructural que estén estrechamente ligadas a la educación.

La función esencial de la educación se asienta sobre los derechos humanos y que reconozca y respete la diversidad cultural, especialmente entre los niños y los jóvenes, para prevenir y erradicar todas las formas de intolerancia y discriminación. Dicha posición es clave para modificar las actitudes y los comportamientos basados en el racismo, la discriminación racial y la promoción de la tolerancia y el respeto de la diversidad en nuestro país<sup>38</sup>.

Si bien las leyes aprobadas en este periodo son un avance normativo fundamental, resta el desafío de su implementación plena, lo que implica en definitiva afrontar el racismo institucional terminando con la reproducción histórica de prácticas no igualitarias, para el efectivo acceso de la población afro en Uruguay al derecho a la educación.

Una posibilidad para una construcción de una democracia plena en relación a lo étnico, podría ser la inclusión de los elementos fundamentales de una política en busca de desarrollar una educación que responda a las características, necesidades

---

37 Gainza, P. "Desafíos en la instrumentación de políticas públicas...". En: *Horizontes críticos sobre afrodescendencia en el Uruguay contemporáneo*.

38 Rorra, O. "La escuela racializada y sus impactos subjetivos...". 2015.

y aspiraciones de los grupos étnicos, promoviendo la identidad cultural, la interculturalidad y la multiculturalidad, por encima de la nacionalidad, que marca siempre una posición hegemónica de un grupo u otro.

## Conclusiones

Las conclusiones que se exhiben a continuación se refieren a los objetivos que guiaron este trabajo. De acuerdo con el análisis de la información, surgen diversas dimensiones de la problemática y a pesar de llegar a algunas reflexiones, estas no pretenden más que abrir nuevas interrogantes en torno a la temática.

Uruguay, al igual que el resto de los países que esclavizaron a las personas africanas, creó diferentes estrategias de sometimiento social durante y después de la trata esclavista. Por un lado, existe un dilema racial uruguayo, que tiene un carácter estructural. Sin embargo, dicho racismo estructural tiene características particulares que lo definen y le dan identidad propia. En la actualidad, el constructo cotidiano de la población afrouruguaya, aparece como la principal víctima de la invisibilidad, resultante de la persistencia del pasado.

Las políticas públicas afrontan retos complejos y múltiples para revertir las brechas en América Latina y el Caribe. En el caso de la educación, los desafíos son amplios y sabidos: mejorar las capacidades y el reconocimiento de los docentes; difundir el uso educativo de las tecnologías de la información; mejorar la gestión a nivel de la escuela y de los organismos centrales y descentralizados. A nivel comunitario, trabajar con las familias a fin de retener a niñas, niños y jóvenes en el sistema y promocionar por su progresión oportuna; aumentar la jornada

escolar con la correlativa expansión en la oferta pertinente de contenidos y proveer educación preescolar de manera universal. Estas son las columnas de un salto cualitativo en lo relativo a la igualdad, logros educativos y una menor segmentación de la capacidad de incorporar conocimientos mediante la educación<sup>39</sup>.

“En el ámbito de la igualdad, la educación juega un papel decisivo. Una menor segmentación del aprendizaje y los logros por niveles socioeconómicos, género, territorio y etnia permite reducir las brechas de desigualdad de una generación a la siguiente. Asimismo, dispone a las nuevas generaciones para insertarse productivamente en el mercado laboral y con mejores opciones de movilidad social y ocupacional a lo largo del ciclo de vida, lo que reduce futuras brechas salariales y de bienestar<sup>40</sup>”.

Si bien en los últimos quince años ha habido importantes mejoras en materia de bienestar de la población nacional, se constata que la población afrouruguaya continúa rezagada en materia educativa. Para llegar a esta conclusión se articuló la perspectiva del racismo estructural y cómo afecta en la educación de la población afrouruguaya desde una concepción de políticas públicas.

Esto se debe a que el Estado continúa teniendo acciones que promueven el racismo institucional y esto sobrepasa a las personas y programas que se encuentran en la ejecución de los mismos. Aunque la brecha racial educativa se explica, por un lado, a partir de los diferentes niveles de acumulación intergeneracional de activos, igualmente está relacionado con

---

39 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)/Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), “Afrodescendientes y la matriz de la desigualdad social en América Latina: retos para la inclusión”, Documentos de Proyectos (LC/PUB.2020/14), Santiago, 2020.

40 CEPAL/UNFPA, “Afrodescendientes y la matriz de la desigualdad social en América...”.

el impacto de la discriminación o de las actitudes racistas por parte del gobierno<sup>41</sup>.

El desarrollo de las políticas públicas de discriminación racial en el Uruguay tuvo como una de sus principales características el tener objetivos homogéneos en cada Ministerio y no encontrarse dentro de una estrategia de gobierno nacional. Esta realidad ocurre también en el ámbito de las políticas públicas de la educación y tuvo como resultado poco o nulo impacto en el desempeño de los resultados educativos de la población estudiada.

Otro elemento sumamente fundamental, es el derecho de las comunidades a participar en el diseño de sus programas educativos. El aislamiento estructural en la participación de las minorías étnico-raciales en el Uruguay, en la planificación educativa nacional, constata una ideología asimétrica basada en la inferioridad cultural afrodescendiente. Esta posición que se concretiza en la mayoría de los países es inaceptable en regímenes democráticos basados en la inclusión multicultural.

Lo que importa destacar en esta tensión y debate de intereses –donde no debería haberlo, ya que se trata de derechos humanos, que por definición no deberían ser negociables– es lo complejo de pensar en políticas públicas desde puntos de vista descoloniales.

La CIDH y su REDESCA, en este sentido son claras: la educación es un instrumento transformador, que le permite al ser humano potencializar sus capacidades múltiples y participar plenamente en todos los espacios en condiciones de igualdad y no discriminación.

---

41 Oficina de Planeamiento y Presupuesto, Presidencia de la República; Banco Interamericano de Desarrollo; Facultad de Ciencias Sociales; Universidad de la República. *Estrategia Nacional de Políticas Públicas para la Población Afro uruguaya y Afrodescendiente 2018-2030*. (Versión 3-25/09/2018). Uruguay. 2018.

El principio de igualdad y no discriminación debe regir la educación y formación de todas las personas, por lo que es necesario que el Estado uruguayo asegure que tanto instituciones públicas como privadas no discriminen a las personas afrouruguayas.

# Instituto Interamericano de Derechos Humanos

## Asamblea General

(Composición 2022)

### *Presidencia Honoraria*

Thomas Buergenthal  
Sonia Picado

Claudio Grossman  
*Presidente*

Wendy Singh  
*Vicepresidenta*

Mónica Pinto  
*Vicepresidenta*

Carlos M. Ayala Corao  
Lloyd G. Barnett  
Eduardo Bertoni  
Allan Brewer-Carías  
Antonio A. Cançado Trindade  
Santiago A. Cantón  
Douglass Cassel  
Margaret Crahan  
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*

### **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

Julissa Mantilla Falcón  
Margarette May Macaulay  
Esmeralda Arosemena de Troitiño  
Joel Hernández García  
Edgar Stuardo Ralón Orellana  
Roberta Clarke  
Carlos Bernal Pulido

### **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Ricardo Pérez Manrique  
Humberto Antonio Sierra Porto  
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot  
Nancy Hernández López  
Patricia Pérez Goldberg  
Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch  
Verónica Gómez

REVISTA **IIDH**

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

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.



