

PRESENTACIÓN  
*José Thompson J.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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



REVISTA  
**IIDH**

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

Revista  
341.481

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

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

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

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

*Corrección de estilo: José Benjamín Cuéllar M.*

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

*Impresión litográfica: Litografía Versalles*

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

*Se solicita atender a las normas siguientes:*

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

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

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

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

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

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

## Índice

### **Presentación..... 7**

*José Thompson J.*

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

*Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE*

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

*José Juan Anzures Gurría*

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

*Silvio Beltramelli Neto*

*Mônica Nogueira Rodrigues*

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

*Jorge Tomás Broun Isaac*

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

*Alan Gerardo García Salinas*

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

*Miluska Orbegoso Silva*

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

## Presentación

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

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

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

---

1 Traducción nuestra.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



# ¿EL DERECHO A LA LACTANCIA MATERNA?

*Miluska Orbegoso Silva\**

## A MODO DE INTRODUCCIÓN

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

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

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

---

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



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

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

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

---

1 OMS. *Estrategia mundial para la alimentación del lactante y del niño pequeño: Anexo. Consulta de expertos sobre la duración óptima de la lactancia materna exclusiva. Conclusiones y recomendaciones*, Documento A54/INF.DOC./ 4, 1 de mayo del 2001, disponible en [https://www.who.int/nutrition/publications/g\\_s\\_infant\\_feeding\\_text\\_spa.pdf](https://www.who.int/nutrition/publications/g_s_infant_feeding_text_spa.pdf)

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

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

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

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

## I. LACTANCIA MATERNA

### 1. Una aproximación a su reconocimiento

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

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

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

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

3 Cfr., ibíd.

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

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

### 2. Datos relevantes sobre la lactancia materna según la OMS

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

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

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

6 Ibíd.

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

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

---

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

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

En igual sentido, por ejemplo en el caso mexicano, se recoge en la Encuesta Nacional de Salud 2012 que solo catorce de cada cien niños menores de seis meses habían sido amamantados exclusivamente con leche materna. Asimismo, un estudio<sup>9</sup> del Instituto Nacional de Salud Pública concluye que en 2012, la lactancia materna inadecuada contribuyó a la muerte de hasta 5796 niños menores de un año. Además, otro estudio del mismo Instituto señaló que si el 95 % de las mujeres alimentara a sus hijos solo con leche materna por seis meses y continuara la lactancia por un año o más, se evitarían 9936 casos de cáncer de mama y 2186 muertes de mujeres por la enfermedad. Estos son datos relevantes a la hora de entender por qué la promoción de la lactancia materna es una obligación de los Estados.

### 3. Obligación de los Estados

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

---

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

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

En ese orden de ideas, es importante ahora recalcar que para que se cumplan los compromisos a los que se obligaron dichos Estados firmantes hay que dar el primer paso: el cumplimiento de los cuatro objetivos operativos de la Declaración de Innocenti<sup>10</sup> sobre la protección, el fomento y el apoyo de la lactancia natural.

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

---

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

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

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

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

## II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

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

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

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

### 1. La lactancia como un derecho del niño

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

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

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

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

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

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

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

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

### **b. El derecho a la salud**

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

### c. El interés superior del niño

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

## 2. La lactancia materna como un derecho de la madre

### a. Principio de libertad vs interés superior del niño

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

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

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

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



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

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

En ese orden de ideas, conviene diferenciar —como la hacía Häberle— entre derechos fundamentales (*Grundrecht*) e intereses de derechos fundamentales (*Grundrechtinteresse*).<sup>23</sup> Los primeros son el contenido fáctico, los que como derechos subjetivos públicos o como exigencias son justiciables; mientras que los segundos son aquellos intereses personales que solo pueden ser

20 Cfr. Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 333. Existen tres esferas de libertad (según el TC alemán): la esfera más interna (ámbito último intangible donde no se afectan derechos de terceros), la esfera privada amplia (abarca lo privado sin que sea parte de la esfera íntima) y la esfera social (todo lo no incluido en la esfera privada amplia). Cfr. *Ibid.*, p. 316.

21 Bobbio, Norberto. *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, p. 100.

22 *Ibid.*

23 Cfr. Häberle, Peter, “Grundrechte im Leistungsstaat” en *WDSRL*, Tomo 30, Berlín, 1972, p. 122.

protegidos de forma óptima en un procedimiento.<sup>24</sup> La libertad a la lactancia materna, que es como aquí se plantea, es un derecho fundamental y no un interés de derecho fundamental que debe ser protegido y promovido por el Estado. Lo que corresponde al interés superior del niño es que sea alimentado por quienes están obligados a hacerlo, pero —aunque científicamente se ha comprobado que el mejor alimento que puede recibir desde los seis meses y hasta los dos años, como recomienda la OMS, es la leche de su madre— la libertad de esta es un derecho que no puede ser vulnerado desde ningún punto de vista en este caso concreto.

A lo sumo, el Estado está en la obligación de promoverlo brindando toda la información relevante respecto de los beneficios de la lactancia materna y, sobre todo, otorgando los medios necesarios y suficientes para que toda madre que ha decidido libremente dar pecho a su hijo pueda tener una lactancia exitosa; esto es, contar las licencias de trabajo correspondientes para amamantar y con un lactario, garantizar su libertad para lactar en público, brindándosele las atenciones médicas correspondientes y las asesorías necesarias para saber cómo iniciar, continuar y terminar la lactancia materna, entre muchas otras medidas a las que se encuentran obligados los Estados de acuerdo a los convenios y tratados internacionales que han firmado. En ese orden de ideas, Böckenförde señala que “[l]os derechos fundamentales como normas de principio o decisiones axiológicas denotan un contenido normativo determinado que exige ser realizado; no son derechos que persigan la abstención, sino que pretenden la actuación y la protección de estos contenidos”.<sup>25</sup>

24 Cfr. *Ibid.*

25 Böckenförde, Ernst-Wolfgang. “Sobre la situación de la dogmática...”, pp. 114 y 115.

Lo anterior, estaría enmarcado dentro de un escenario ideal; no obstante, hoy en día compartimos que “se habla de una libertad de elección de la mujer respecto a la decisión de alimentar a su bebé, pero en realidad están sometidas a una insistente presión informativa por parte de los profesionales de la sanidad y de la misma sociedad, no teniéndose en cuenta situaciones especiales como los ingresos de los recién nacidos en unidades especiales o los propios problemas de la lactancia, aumentando el abandono de ésta cuando regresan del hospital a sus hogares”.<sup>26</sup> Ello supera a esta investigación, pero es necesario dejarlo al menos anotado.

### b. El libre desarrollo de la personalidad

Un concepto que, desde mi punto de vista, ayuda a reforzar la posición que esgrimida es el del libre desarrollo de la personalidad que se remonta a la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776 en la cual se afirma que todo ser humano posee el derecho innato a “la búsqueda de la felicidad”. Ello “significa que cada persona puede y debe trazar por sí misma su propio proyecto vital, sin que el Estado deba interferirse salvo para salvaguardar los derechos similares de los demás”.<sup>27</sup>

En la doctrina y la jurisprudencia alemana, el libre desarrollo de la personalidad ha sido entendido como una “libertad general de acción”. Así, en una de sus primeras y más importantes

26 Castellano Navarro, Silvia y Gómez Gil, Belén. “Actuación de los profesionales sanitarios...”.

27 Díez-Picazo, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2008, p. 71.

sentencias –la del caso Elfes–<sup>28</sup> el Tribunal Constitucional Federal alemán interpretó el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 2, numeral 1, de la Constitución alemana como una “libertad de acción humana en el más amplio sentido”, como un derecho general a la libertad de acción.<sup>29</sup>

El concepto de libre desarrollo de la personalidad remarca el significado que tiene la personalidad como “la fundamental indisponibilidad del ser del hombre por parte de los demás y, con ello, a la vez, la fundamental disponibilidad del ser del hombre para sí mismo”;<sup>30</sup> eso significa que cada individuo es quien puede decidir libremente su proyecto vital o incluso no tenerlo. Así, “establece un proyecto de libertad individual de carácter general”<sup>31</sup> el cual se modula en cada derecho en concreto.<sup>32</sup> Esto es, que tiene un contenido específico cuando hablamos de la libertad a la lactancia materna; además, la madre tiene derecho a decidir libremente el proyecto de vida que como tal quiere tener. No es ningún secreto, sobre todo para aquellas que son progenitoras, que la maternidad cambia la vida de la mujer y la lactancia más aún. Optar por ejercer el derecho a la lactancia materna implica una serie de decisiones de vida que tienen que ver con el propio cuerpo, la vestimenta, el tiempo y la salud, entre

28 Tribunal Constitucional Federal. *Sentencia BVerfGE 6, 32 (36)*, Alemania. La demanda fue presentada por el señor Wilhelm Elfes a quien las autoridades respectivas en Mönchengladbach le negaron sin justificación alguna la renovación de su pasaporte la cual fue solicitada en el año de 1953, con base en el §7, párrafo 1, literal a, de la Ley sobre pasaportes del 4 de marzo de 1952.

29 Cfr. Tribunal Federal Constitucional. *Sentencia BVerfGE 59, 275 (278)*, Alemania.

30 Maihofer, Werner. *Estado de derecho y dignidad humana*, Euros Editores, Buenos Aires, 2008, p. 13.

31 Martínez Vázquez De Castro, Luis. *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2010, p. 21.

32 Cfr. Centro de Estudios Constitucionales. *Constitución española. Edición comentada*, Madrid, 1979, p. 40.

muchos otros temas de índole personal que solo corresponde a la madre hacerlo con base en el proyecto de vida que quiere tener.

El libre desarrollo de la personalidad protege a la madre y “establece un proyecto de libertad individual de carácter general”.<sup>33</sup> Y a diferencia de los derechos que se tienen por el solo hecho de ser humana, ese libre desarrollo es una conquista y cada cual ha de hacerse la suya propia.<sup>34</sup>

## CONCLUSIONES

En primer lugar, según lo señalado por la OMS, la lactancia materna es la mejor forma de alimentar a un niño pues entre muchos de sus beneficios permite su desarrollo sano y previene enfermedades a la madre. En ese sentido, la lactancia materna se constituye como un objetivo de los Estados que se encuentran obligados a protegerla y promoverla.

En dicho orden de ideas, pese a que la lactancia materna sea el mejor alimento para un niño, es decisión de sus padres y en concreto de la madre si da pecho o no a sus hijos pues son detentadores de la patria potestad y, por tanto, de la decisión acerca de cómo alimentarlos. Ello, no discute de ninguna manera la obligación que tiene los padres de dar alimentos a sus hijos pero sí les da la libertad de decidir qué tipo de alimentación van a ofrecerle.

---

33 Martínez Vázquez De Castro, Luis. *El principio de libre desarrollo de la personalidad...*, p. 21.

34 Cfr. Robles Morchón, Gregorio. “El libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la C.E.)”, en García San Miguel, Luis (coordinador). *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 1995, p. 48.

Por tanto, es válida la idea de que pese a lo señalado por la OMS y por distintas declaraciones de derechos, la lactancia materna se constituye como un derecho de la madre y no del niño. Este se encuentra protegido por el derecho de libertad que la madre tiene de decidir si ejerce la lactancia materna o no y, también, por su derecho al libre desarrollo de la personalidad el cual –en este caso en concreto– protege el proyecto vital que como madre cada mujer desea tener.

El Estado no podría suplir la voluntad de la madre, ante una negativa a dar leche materna ni siquiera a través del juez pues se estaría vulnerando el derecho de libertad que tiene. A lo que sí se encuentra obligado es a promover la lactancia materna y protegerla pues debe garantizar su libre ejercicio y proveer de los medios materiales, económicos y legislativos necesarios para que una madre que en libertad ha decidido dar pecho a su hijo, pueda hacerlo de la manera más autónoma posible y permitir así su continuación hasta que ella así lo disponga.

