ISSN 1015-5074

Presentación
José Thompson J

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

El impacto en la privacidad por las medidas de salud pública en torno a la pandemia de COVID-19
Eduardo Bertoni

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

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

Defender derechos humanos: un derecho sin reconocer, una crisis latente
Adriana Carolina Lozano Olarte
Yleana Montserrat Balboa Rivera

La reunificación familiar de personas refugiadas y migrantes de Venezuela en la Región: Proceso de Quito
Juan Sebastián Medina Canales

Tratamiento actual de datos personales de salud e intimidad humana
Diego Mendy

El control de convencionalidad: Es posible la aplicación y la interpretación por parte de la autoridad pública
Carlos Ordaya López

Afrodescendientes en las Américas y el derecho a la educación: El caso de Uruguay
Oscar Zumbi Rorra Rodríguez

REVISTA IIDH
Enero - Junio 2022
75

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

© 2022 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

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: Jacinta Escudos

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom

Impresión litográfica: Litografía Imprenta 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, teléf., 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.

Gestación por sustitución: las minorías o mayorías frente a la última palabra de jueces y juezas..... 13
Camila Denise Beguiristain

El impacto en la privacidad por las medidas de salud pública en torno a la pandemia de COVID-19..... 61
Eduardo Bertoni

Nuevas posibilidades de comunicación, nuevos peligros, nuevos desafíos: La libertad de expresión y el discurso de odio en internet.....101
Martina Brun Pereira
Brahian Furtado Duarte
Belén Hernández Rimoldi
Federico Pereyra Burghi

Acceso a la Información Pública: aplicación de la primera ley en Argentina y desafíos para la región.....133
Marcelo Krikorian

Defender derechos humanos: un derecho sin reconocer, una crisis latente..... 169
Adriana Carolina Lozano Olarte
Yleana Montserrat Balboa Rivera

La reunificación familiar de personas refugiadas y migrantes de Venezuela en la Región: Proceso de Quito 201
Juan Sebastián Medina Canales

Tratamiento actual de datos personales de salud e intimidad humana 229
Diego Mendy

El control de convencionalidad: Es posible la aplicación y la interpretación por parte de la autoridad pública.... 253
Carlos Ordaya López

Afrodescendientes en las Américas y el derecho a la educación: El caso de Uruguay 291
Oscar Zumbi Rorra Rodríguez

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 antes 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

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"[1]. 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 1° 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"[2].

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"[3]. 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"[4]; 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…"[5], 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"[6]; 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"[7]. 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"[8], 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"[9]; 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[10]. 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 Trinidade. *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"[11]. 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"[12].

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"[13] 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[14]. 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[15].

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[16], 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[17], 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–[18], 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*[19], 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*[20], es significativo en cuanto al seguimiento que se le deben dar a los futuros pronunciamiento 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[21].

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[22], 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"[23].

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[24], 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…"[25].

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"[26], 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"[27] 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"[28], 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"[29]. 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"[30].

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[31], 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"[32].

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"[33], 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"[34]. 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[35]. 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"[36] 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[37].

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 este 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.

> hiperpotentia popular que se gesta en las condiciones de un estado de rebelión hegemonizado por el bloque social de los oprimidos y su herramienta u organización política[38].

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"[39]. 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"[40], 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[41].

Lo anterior conlleva en primera medida, la necesidad de evocar una recomprensión 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[42].

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"[43], desde el Otro. Desde una exterioridad, que para Dussel implica a ese otro como la alteridad de todo sistema posible[44], 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[45]. 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[46]. 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"[47].

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[48], 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.copinh.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"[49]. 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"[50].

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 momento de crisis siempre son puertas abiertas para el reconocimiento de derechos y para caminar hacia una mejor democracia[51].

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".